



## مطالعه تطبیقی

# قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها

## لزوم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران

□ دکتر میرحسین عابدیان<sup>۱</sup>

□ مستشار دیوان عالی کشور و استادیار دانشگاه آزاد اسلامی

### چکیده

قابلیت اجرای شرط کیفری، یعنی توافق پیشاپیش طرفین در ارزیابی خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد، از موضوعاتی است که در نظامهای حقوقی مختلف، اختلاف نظرهای قابل توجهی را به خود اختصاص داده است. دلیل این تشنگی، علاوه بر دلایل تاریخی، به ویژه در نظامهای حقوقی عرفی، شاید نوع نگرش نسبت به اصل آزادی قراردادها و تحولات اصل مزبور به اقتضای تحولات اقتصادی و سیاسی و گرایشهای آزادی طلبانه در دنیا بوده است. بررسی نظامهای حقوقی، در مجموع، سه نظریه عمده در خصوص موضوع را نشان می‌دهد: اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اجرای شرط کیفری با امکان تعدیل قضایی، تمیز بین شروط کیفری و شروط تعیین کننده خسارت. در نظام حقوقی ایران، ماده ۲۳۰ قانون مدنی، اجرای مطلق شرط کیفری را مقرر داشته است. این نوشتار، پس از ذکر مقدماتی راجع به شروط کیفری، در صدد

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.  
 - مقالات ارسال‌نیاید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.  
 - مقالات متناسب با یک شماره آماده شود و طولانی و دنباله‌دار نباشند.  
 - مقاله‌های ارسال‌شده از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۶ کلمه) افزون نباشد.  
 - دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.  
 - چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، و حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل سه و حداکثر هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.  
 - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.  
 - ارجاعات در متن مقاله بین پرانتز (نام مؤلف، سال انتشار، شماره صفحه) نوشته شود.  
 - در مورد منابع غیر فارسی، همانند منابع فارسی عمل شود و معادل لاتین کلمات در پایین صفحه بیاید.  
 - نقل قولهای مستقیم بیش از چهل واژه به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی‌متر) از راست درج شود.  
 - شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.  
 - یادداشتهای توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود.  
 - در یادداشتهای چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، ذکر نام نویسنده و شماره جلد و صفحه کافی است و مشخصات تفصیلی مأخذ باید در فهرست پایان مقاله بیاید.  
 - در ارجاعات بعدی فارسی از «همان» و در ارجاعات غیر فارسی به تناسب از «op.cit.» (پیشین) و «Ibid.» (همان) استفاده شود.  
 - در صورت ترجمه بودن مقاله، اصل مقاله ترجمه شده، معرفی نویسنده، معرفی کتاب یا مجله مأخذ همراه ترجمه ارسال گردد.  
 - منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:  
 کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، تعداد جلد، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.  
 مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/ سال، تاریخ انتشار، شماره جلد، شماره صفحات مقاله.  
 پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده (آخرین تاریخ و زمان تجدید نظر در پایگاه اینترنتی)، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.  
 نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.  
 - مجله در ویرایش یا کوتاه کردن مقالات آزاد است.  
 - مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.  
 - آرا و نظرهای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.  
 - نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) یا نشانی الکترونیکی (razavi-magazine@imamreza.net) ارسال کنند.

بررسی تحلیلی نظریه‌های سه‌گانه و ارزیابی آنهاست. نتیجه بررسی، لزوم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران را، از حیث پیش‌بینی امکان تعدیل قضایی شرط کیفری، تأیید و تأکید می‌کند. کلید واژگان: شرط کیفری، وجه التزام، تعدیل قضایی، شروط کیفری و شروط تعیین‌کننده خسارت، اجرای مطلق شرط کیفری، ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران، اصل آزادی قراردادها.

### طرح مسئله

حقوق خصوصی در بیشتر کشورهای دنیا، کم و بیش اصل حاکمیت اراده را به عنوان یکی از اصول مبنایی در انعقاد قراردادهای خصوصی به رسمیت شناخته است. مطالعه در پیدایش و تحولات این اصل در طول قرون اخیر به روشنی گویای این نکته است که اصل آزادی قراردادها همواره در مسیر یکنواختی حرکت نکرده است. گاه توسل و تمسک به این اصل در حقوق کشورها به اوج خود رسیده و گاه لزوم مداخله قانونگذار در قراردادهای خصوصی، به منظور حفظ مصالح جامعه یا حمایت از حقوق طرف ضعیف قرارداد، موجب نادیده گرفتن این اصل یا تحدید حدود آن شده است. در اروپا سیر اصل حاکمیت اراده دائماً در حال اوج و نزول تدریجی بوده است؛ برای مثال، در حقوق انگلیس، از اواسط قرن هجدهم به واسطه تحولات اقتصادی و سیاسی و گرایشهای آزادی‌طلبانه در این زمینه‌ها، توجه به اصل حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی آغاز شده و از اوایل قرن نوزدهم، حقوق انگلیس شاهد تحوّل عمده‌ای در زمینه از بین بردن قوانین مغایر با اصل آزادی قراردادها بوده است. این حرکت به نحوی که ادعا شده است (Atiyah, 1990: 356-357) در سال ۱۸۷۰ م. به اوج خود رسید، لکن از سال ۱۸۷۰-۱۹۷۰ م.، در مدتی قریب به صد سال یا بیشتر، گرایش به اصل حاکمیت اراده عمدتاً به منظور تحولات اقتصادی جدید و به وجود آمدن و گسترش بازارهای آزاد که به ایجاد گونه‌های مختلف انحصار در ارائه کالا و خدمات منجر گردیده، سیری نزولی طی کرده است. در این میان، مقررات متنوعی در خصوص حمایت از حقوق مصرف‌کننده و طرف ضعیف قرارداد متضمن کنترل‌های تقنینی شروط ناعادلانه قراردادی از جمله اعلام بطلان برخی شروط قراردادی منافی با حقوق وی، وضع گردید. از جمله این مقررات می‌توان

به «Consumer Credit Act 1974» و «Unfair Contract Terms Act 1977» اشاره کرد. اعتقاد بر این است که حقوق انگلیس از سال ۱۹۷۰ یا ۱۹۸۰ م. به بعد، تحوّل جدیدی مبنی بر گرایش مجدد به اصل حاکمیت اراده را طی می‌کند. آثار این تحوّل، گرایش به ملغی کردن مقررات قانونی درباره مداخله در قراردادهای خصوصی و نیز مقاومت دادگاهها در خصوص تفسیر موسّع این مقررات<sup>۱</sup> است.

در حقوق اسلام، اصل آزادی قراردادها، از دیرباز در انعقاد قراردادهای معین و نیز شروط ضمن عقد به عنوان یک اصل اساسی مورد پذیرش بوده است. آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (مائده/ ۱) و روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۲</sup> معمولاً به عنوان مبنای نقلی لازم‌الوفاء و لازم‌الاجرا بودن قراردادهای معین و نیز شروط ضمن آن، مورد استناد و تمسک واقع شده (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۳۶/۲ به بعد؛ موسوی بجنوردی: ۲۸/۳ به بعد؛ آل کاشف الغطاء: ۲۴/۱) و در غیر مواردی که عقد یا شرط به دلیل شرعی، باطل اعلام گردیده، لزوم وفای به عقد و شرط صحیح، ریشه در اعتبار قصد مشترک طرفین و در نتیجه، اصل آزادی قراردادها داشته است. گرچه در باب لزوم وفای به شروط ابتدایی (عقود غیر معین) بین فقهای عظام اختلاف نظر بسیار دیده می‌شود، فقهای نظیر مرحوم ملا احمد نراقی صاحب *عوائد الایام*، مرحوم سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی صاحب *عروة الوثقی* و *حاشیه المکاسب* و نیز برخی فقهای معاصر در لازم‌الوفاء بودن عقود غیر معین نیز تردید نکرده‌اند.

۱. برای مثال، می‌توان به برخی آرای اخیر کمیته قضایی مجلس اعیان (House of Lords) در زمینه شروط کیفری اشاره کرد. ر.ک:
۲. در اخبار متعددی عبارت «المسلمون عند شروطهم» ذکر شده است: از جمله، صحیحۀ عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سمعته یقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب الله عزّ و جلّ، فلا یجوز له، ولا یجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم، فیما وافق کتاب الله جلّ و عزّ». همچنین در صحیحۀ دیگری از ابوعبدالله علیه السلام نقل شده است: «المسلمون عند شروطهم إلا کلّ شرط خالف کتاب الله جلّ و عزّ، فلا یجوز» (حرّ عاملی، بی‌تا: ۳۵۳/۱۲؛ نراقی، ۱۴۰۸: ۴۲).

The Scaptrade [1983] 2 AC 694; Sport International Bussum Bv v. Inter-footwear Ltd. [1984] 2 All ER 321.

در حقوق ایران، ماده ۱۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> جای هیچ گونه تردید در لزوم احترام به اراده مشترک طرفین و لزوم وفا به قراردادهای خصوصی در صورت عدم مغایرت آن با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه باقی نگذاشته است؛ اگرچه در طول حاکمیت این ماده به عنوان یک قاعده عمومی، قانونگذار دامنه آن را با پذیرش استثنا در خصوص برخی قراردادهای معین، با هدف حمایت از حقوق جامعه و نیز حقوق طرف ضعیف قرارداد، محدود نموده است. از جمله این مقررات می توان به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ و قانون کار مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام اشاره کرد.

یکی از مصادیق اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ظاهر شده است. این ماده در باب خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد، تعیین پیشاپیش خسارت از سوی طرفین را به صورت شرط ضمن عقد، لازم الاجرا تلقی کرده و حق هرگونه جرح و تعدیل در خصوص مبلغ مورد توافق را از قاضی سلب نموده است. ماده مزبور مقرر می دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به کمتر یا بیشتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند».

با توجه به نص صریح این ماده، رویه قضایی نیز معمولاً خود را به تبعیت محض از مفاد این ماده محدود کرده و اجازه بحثی در خصوص دامنه شمول این ماده و محدود کردن قلمرو آن در برخی موارد<sup>۲</sup> را به خود نداده است.<sup>۳</sup> مؤلفان و مفسران قانون

۱. «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

۲. کنترلهای قضایی شروط ناعادلانه قراردادی (Judicial control of unfair contract terms) و از جمله شروط کیفری را در حقوق بسیاری از کشورهای اروپایی می توان ملاحظه کرد. این کنترلها معمولاً مقدمه ای برای کنترلهای تقنینی (Legislative control) شده است.

۳. برای مثال، ر.ک: رأی شماره ۲۵۴۴-۱۲/۸/۱۳۲۱ شعبه ۷ دیوانعالی کشور و رأی شماره ۲۹۰۷-۲۱/۹/۲۵ شعبه ۶ دیوانعالی کشور (مندرج در قانون مدنی در آراء دیوانعالی کشور، مهدی نیکفر، کیهان، ۱۳۷۲، ص ۶۳)؛ همچنین برای دیدن تلاشی در رویه قضایی برای محدود کردن دامنه اصل حاکمیت اراده به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد، ر.ک: رأی شماره ۳۸/۲۶۱/۸۰-۳۸/۷/۳۰ شعبه ۳۸ دیوانعالی کشور.

مدنی (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۴، ش ۸۰۸ به بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ش ۴۰۴ به بعد) نیز این ماده را مصداق بارز حاکمیت اراده باطنی طرفین قرارداد تلقی کرده، حسب مفاد این ماده متذکر شده اند که خسارات تعیین شده از سوی طرفین عقد، در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهدات قراردادی، بدون توجه به میزان خسارت واقعی وارده به متعهدله و نیز بدون توجه به سایر اوضاع و شرایطی که موجب تخلف متعهد از اجرای تعهد قراردادی شده است، از ناقض قرارداد قابل وصول است.

همچنان که اشاره شد، حکم این ماده در اصل حاکمیت اراده و آزادی طرفین قرارداد در تعیین پیشاپیش میزان خسارات ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی و لزوم احترام به اراده باطنی آنان ریشه دارد؛ بنابراین، حسب حکم ظاهری این ماده، حتی اگر طرفین قرارداد، خسارت ناشی از عدم اجرای تعهدی با ارزش مالی اندک را مبلغی گزاف و قابل ملاحظه تعیین کنند که هیچ گونه تناسبی با خسارت واقعی ناشی از عدم اجرای عقد نداشته باشد، انتخاب طرفین برای آنان لازم الوفا و در دادگاه قابل اجرا خواهد بود.

به رغم پذیرش اصل حاکمیت اراده، در حقوق کشورهای مختلف اروپایی، در باب لازم الاجرا بودن چنین شرطی، اختلاف نظر بسیاری دیده می شود. علاوه بر اینکه غالب کشورهای تابع سیستم حقوقی عرفی و کشورهای با نظام حقوقی نوشته، دیدگاههای کاملاً متفاوتی نسبت به حدود و قلمروی لازم الوفا و لازم الاجرا بودن چنین شرطی دارند. در بین کشورهای تابع هر یک از سیستمهای حقوقی مذکور نیز دیدگاه یکسانی نسبت به موضوع حکمفرما نیست.

نگارنده در این مقاله، می کوشد تا اصول حقوقی حاکم بر موضوع را در حد توان در کشورهای مختلف، مشخص کند و لزوم یا عدم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران را به بحث می گذارد. بدیهی است که بحث در زمینه تمامی ابعاد شروط مربوط به تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد از سوی طرفین عقد، در این مختصر ممکن نیست؛ از این رو، پس از بحث اجمالی عمومی در خصوص چنین شروطی، بحث تفصیلی در خصوص اصول حاکم بر قابلیت اجرای شروط مذکور در سیستمهای مختلف حقوقی بیان می شود.

این مختصر، شامل دو بخش است: در بخش نخست، مقدمات عمومی و در بخش دوم، دیدگاهها و اصول مختلف در باب قابلیت اجرای شرط کیفری بررسی می‌شود و موضع سیستمهای حقوقی کشورهای مختلف از جمله ایران نیز مشخص می‌گردد. در پایان، در قالب یک استنتاج کوتاه از مباحث مطرح شده، دیدگاههای مختلف، اجمالاً بررسی تحلیلی می‌شود و لزوم تجدید نظر در ماده ۲۳۰ ق.م. ایران مطرح می‌گردد.

### مقدمات عمومی

#### تعریف، عنوان و موضوع شرط کیفری

طرفین قرارداد ممکن است ضمن انعقاد عقد یا به صورت قراردادی جداگانه، خسارات ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی را پیشاپیش تعیین کنند؛ بدین صورت که برای مثال، متعهد در صورت نقض قرارداد، مبلغ معینی را به طرف دیگر تأدیه کند یا عمل معینی را انجام دهد یا از انجام عمل معینی امتناع ورزد. چنین شرطی را «شرط جزایی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ش ۴۰۴) یا «شرط کیفری» (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۳۶) گویند که در لسان حقوقدانان ایران غالباً به «وجه التزام» شهرت یافته است. تعبیر «وجه التزام» با توجه به اینکه موضوع شرط ممکن است علاوه بر تأدیه وجه معین، انجام فعل یا ترک فعل معینی نیز باشد، خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد؛ از این رو، در این مقاله با عنوان «شرط کیفری» به شرط موضوع بحث اشاره خواهد شد. در حقوق فرانسه نیز چنین شرطی، «شرط کیفری»<sup>۱</sup> نامیده شده است.

یادآوری می‌شود که در سیستم حقوقی عرفی،<sup>۲</sup> بین شروط کیفری<sup>۳</sup> و شروط مورد توافق در مقام تعیین و تخمین پیشاپیش خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی<sup>۴</sup> تمایز قائل شده‌اند؛ از این رو، در این مقاله، در مقام بحث از سیستم

۱. «Clause Penale»؛ در حقوق آلمان از این شرط با عنوان «Vertragsstrafe» یاد شده که معادل مناسب فارسی آن «کیفرهای قراردادی» است.

- 2. Common law.
- 3. Penalty clause.
- 4. Liquidated damages.

حقوقی نوشته،<sup>۱</sup> شرط کیفری به شروطی اطلاق می‌شود که خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد را پیشاپیش تعیین می‌کند، ولی در اصطلاح حقوقی عرفی، شرط کیفری و شروطی که در صدد تخمین خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد می‌باشند به معنای مصطلح در سیستم مذکور مورد بحث واقع می‌شود.

همان طور که از تعریف فوق روشن می‌شود، موضوع شرط کیفری ممکن است پرداخت وجه معین، انجام فعل یا ترک فعل معینی باشد، اما آنچه نوعاً در قراردادها مرسوم است، اشتراط تأدیه وجه معینی از سوی متعهد در صورت تخلف از اجرای تعهد است؛ بنابراین، طرفین قرارداد ممکن است شرط کنند که متخلف از اجرای تعهد، باید وجه معینی را به متعهدله بپردازد یا مال معینی را به او تملیک نماید یا فعل معینی را در مدت معینی از زمان انجام ندهد و نظایر آن؛ برای مثال، اشتراط به پرداخت ماهیانه وجه معینی در صورت عدم تکمیل تعهدات قراردادی از سوی پیمانکار ساختمان در مدت معین در قرارداد احداث بنا، شرط کیفری است که در پیمانهای مربوط به احداث بنا فراوان دیده می‌شود.

شرط کیفری از حیث صحت و بطلان در هر سیستم حقوقی، تابع شرایط عمومی صحت قراردادها در آن نظام حقوقی است و باید کلیه شرایط لازمه صحت قرارداد را دارا باشد؛ برای مثال، در نظام حقوقی ایران، وجود شرایط عمومی صحت مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.، لازمه صحت هر شرط کیفری است؛ از این رو، شرط کیفری که موضوع آن معین یا معلوم نباشد و یا واجد جهت نامشروع باشد، به سبب دارا نبودن شرایط عمومی صحت محکوم به بطلان خواهد بود. به علاوه، شرط کیفری مانند هر شرط ضمن عقد دیگر، نسبت به قرارداد اصلی جنبه فرعی و تبعی دارد؛ بدین معنا که صحت و اعتبار شرط کیفری به صحت قرارداد اصلی منوط است و در صورت بطلان قرارداد اصلی به هر دلیل، شرط کیفری نیز فاقد اعتبار خواهد بود. در عین حال، جنبه تبعی شرط ایجاب می‌کند که بطلان شرط، خللی به صحت معامله اصلی وارد نسازد مگر اینکه بطلان شرط مذکور، موجب تزلزل در ارکان قرارداد اصلی

1. Civil law.

شود (برای تفصیل در این باره، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۳؛ عابدیان، ۱۳۷۷: ۲۱۴: Treitel, 1988). به عنوان یک اصل مقدماتی اشاره به این نکته ضروری است که اصولاً شرط کیفری در نظام حقوقی نوشته معتبر و صحیح است؛ گرچه در بسیاری از کشورهای تابع نظام حقوقی مذکور، شرط کیفری به صورت مطلق در دادگاه قابلیت اجرا ندارد (Treitel, 1988: 208)؛ به عبارت دیگر، شرط مذکور غالباً در شرایط معینی، قابلیت تعدیل از سوی قاضی را دارد، اما در نظام حقوقی عرفی، شرط کیفری [که اصطلاحاً در مقابل شرطی به کار می‌رود که به موجب آن، طرفین واقعاً خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی را پیشاپیش تخمین زده و تعیین کرده‌اند] باطل و غیر قابل اجراست. چنین شرطی در نظام حقوقی عرفی در واقع، خسارت ناشی از نقض عقد را برآورد و ارزیابی نمی‌کند، بلکه وسیله‌ای برای تهدید و اجبار متعهد به اجرای تعهد و تنبیه او در صورت سر باز زدن از اجرای تعهد است، اما شرطی که به موجب آن، طرفین واقعاً در صدد تخمین و برآورد خسارات احتمالی ناشی از عدم اجرای قرارداد برآمده‌اند و در واقع، با خساراتی متناسب است که عملاً از عدم اجرای تعهد قراردادی متوجه متعهدله می‌شود، صحیح و معتبر و بدون هیچ گونه قید و شرطی لازم‌الوفاء و لازم‌الاجراست. تمیز این دو دسته شروط از یکدیگر در قالب قواعدی صورت می‌گیرد که دادگاهها در طول سالیان دراز مشخص کرده‌اند.

### ماهیت حقوقی شروط کیفری

شرط کیفری ماهیتاً قرارداد خصوصی طرفین درباره تعیین پیشاپیش مبلغی است که در صورت تخلف متخلف از اجرای قرارداد، مکلف به پرداخت آن است. چنین شرطی، خواه در ضمن قرارداد اصلی شرط شود و خواه به صورت قراردادی جداگانه نسبت به عقد اصلی جنبه تبعی و فرعی پیدا می‌کند و اثر الزام آور آن به اعتبار عقد اصلی منوط است. توافق طرفین در خصوص شرط کیفری، معمولاً ممکن است در یکی از قالبهای زیر ملاحظه شود:

الف) چنانچه موضوع تعهد اصلی، انجام عمل معینی است، مانند تحویل مبیع از ناحیه فروشنده به خریدار، شرط کیفری ممکن است تعهد به پرداخت وجه ثابت و

معینی در صورت عدم اجرای تعهد باشد.

ب) گاه موضوع قرارداد اصلی، ترک فعل معینی در برهه خاصی از زمان است، مانند تعهد به عدم اشتغال به تجارت معینی در محدوده مکانی خاصی در زمانی معین. در این صورت، شرط کیفری ممکن است پرداخت وجه ثابت و معلومی در صورت تخلفی متعهد و ارتکاب فعلی باشد که ترک آن، موضوع تعهد بوده است.

ج) طبیعت تعهد موضوع قرارداد اصلی، گاه چنان است که در زمان معینی باید انجام و تکمیل شود، مانند تعهد به احداث بنا در قراردادهای ساختمان در فرجه زمانی معین. در چنین فرضی، موضوع شرط کیفری معمولاً پرداخت وجه معینی متناسب با تأخیر متعهد در اجرای تعهد در صورت تخلف اوست.

د) گاه موضوع شرط کیفری با شدت و ضعف نقض ارتكابی از سوی متخلف از اجرای تعهد مرتبط است؛ بدین معنا که میزان وجه موضوع شرط با شدت نقض قرارداد ارتباط مستقیم دارد؛ برای مثال، در قرارداد فروش هزار بشکه نفت، شرط می‌شود که فروشنده در صورت عدم تحویل هر بشکه در مدت مشروط قراردادی، به پرداخت وجه معینی به خریدار متعهد است. در این صورت، بسته به کیفیت تخلف متعهد، میزان وجهی که باید به عنوان خسارت مورد توافق به خریدار تأدیه گردد، متفاوت خواهد بود.

یادآوری می‌شود که گاهی توافق طرفین در خصوص شرط کیفری، مبهم و بدون تعیین دامنه و حدود و ثغور شمول شرط است. در این فرض، تعیین دامنه شمول شرط کیفری و تعیین تعهد مربوط به آن، معمولاً دشوار و در قالب قواعدی صورت می‌گیرد که در هر نظام حقوقی برای تفسیر قراردادها وجود دارد. به رغم تفاوتی موجود در زمینه قواعد تفسیر قراردادها در نظامهای مختلف حقوقی، غالباً کشف اراده مشترک طرفین با توجه به متن قرارداد و اوضاع و قرائن حاکم در زمان انعقاد آن تلاش می‌شود.

### مقصود از اشتراط شرط کیفری

طرفین قرارداد از اشتراط شرط کیفری، ممکن است مقاصد متعددی را مد نظر داشته باشند، اما معمولاً شرط مذکور به یکی از اهداف ذیل در قرارداد درج می‌شود:

۱. تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد؛
۲. محدود کردن مسئولیت قراردادی طرف متخلف؛
۳. تحت فشار قراردادن متعهد به اجرای تعهد (cf. Nicholas, 1992: 234).

در ادامه هر یک از موارد فوق را به اختصار توضیح می‌دهیم. گاه و شاید در غالب مواردی که طرفین قرارداد از حیث قدرت معاملی<sup>۱</sup> در موضعی تقریباً مساوی قرار دارند، شرط کیفری به منظور تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد در قرارداد مندرج می‌شود. طرفین عقد در زمان انعقاد قرارداد با توجه به اوضاع حاکم در آن زمان، میزان خسارت احتمالی ناشی از عدم اجرای تعهد از سوی متعهد را ارزیابی کرده و در ضمن عقد اصلی، یا در قراردادی جداگانه، اجبار متعهد به پرداخت خسارت مذکور را شرط می‌کنند. اشتراط شرط کیفری با این مقصود، بسیار پسندیده و مزایای متعددی برای طرفین دارد؛ مزایایی از قبیل:

۱. چنین شرطی بار اثبات ورود خسارت به متعهد را در نتیجه تخلف متعهد که امری نسبتاً دشوار است، منتفی می‌سازد.
  ۲. تعیین میزان خسارت از سوی دادگاه، بر فرض اثبات ورود ضرر به متعهد، که متضمن رعایت تشریفات و صرف هزینه‌هایی است، منتفی می‌شود.
  ۳. متعهد نیز از پیش می‌داند که نقض قرارداد برای او چه بهایی خواهد داشت؛ از این رو، با توجه به اوضاع حاکم در زمان اجرای قرارداد، می‌تواند تصمیم عقلایی در خصوص اجرا یا عدم اجرای تعهد به موقع اتخاذ کند.
- منظور طرفین از اشتراط شرط کیفری در قرارداد، ممکن است محدود کردن مسئولیت قراردادی متعهد باشد؛ بدین توضیح که طرفین با توافق بر تعیین مبلغی اندک به عنوان خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد، خسارات قابل وصول از سوی متعهد در صورت تخلف متعهد را به میزان مذکور کاهش داده، محدود می‌کنند. شروط محدودکننده مسئولیت و شروط کیفری مربوط به تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد از حیث ماهیت حقوقی با یکدیگر تفاوت دارند؛ شرط

1. Bargaining Power.

محدودکننده مسئولیت در واقع، سقفی برای حداکثر مسئولیت متعهدله مشخص کرده، مقرر می‌دارد که در صورت نقض قرارداد، متعهد به جبران خسارت متعهدله حداکثر تا سقف معین شده در قرارداد مکلف است. در این فرض، متعهدله به اثبات تقصیر قراردادی متعهد و ورود ضرر به خویش در نتیجه این تقصیر و نیز اثبات میزان خسارت وارده مکلف است. اما باید گفت چنین شرطی، مانع این می‌شود که متعهدله بیش از مبلغ معین شده در شرط، توانایی وصول خسارت را داشته باشد، گرچه خسارت واقعی وارده به متعهدله به مراتب بیشتر از سقف مندرج در قرارداد باشد. لکن شرط کیفری میزان مسئولیت متعهد در صورت نقض قرارداد را به صورت ثابت و مقطوع معین می‌کند و در صورت تخلف متعهد از اجرای قرارداد، متعهدله بدون نیاز به اثبات ورود ضرر به خویش و نیز میزان خسارت وارده، می‌تواند مبلغ معین شده در شرط را استیفا کند. حال، چنانچه مبلغ مندرج در شرط کیفری به مراتب کمتر از میزان خسارتی باشد که طرفین در زمان انعقاد عقد با توجه به اوضاع حاکم، توانایی پیش‌بینی ورود آن به متعهدله در صورت نقض قرارداد را داشته‌اند، شرط کیفری در واقع، به منزله شرط محدودکننده مسئولیت عمل کرده، مسئولیت قراردادی متعهد را به مبلغ مندرج در شرط کاهش می‌دهد.

شروط محدودکننده در نظامهای حقوقی دنیا، تابع سیستمهای کنترلی است که از سوی قانونگذار به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد وضع شده است. این شروط در برخی شرایط، برای مثال در صورت عدم وجود ارتباط عقلایی بین خسارت واقعی و سقف معین شده در قرارداد در سیستم حقوقی انگلیس، باطل و اجرانشدنی است و متعهد به جبران خسارت واقعی به متعهدله، بدون در نظر گرفتن شرط محدودکننده مسئولیت مکلف است.<sup>۱</sup>

نکته محل بحث، بررسی قابلیت تسری مقررات مربوط به شروط محدودکننده

۱. برای بحث تفصیلی درباره شروط محدودکننده مسئولیت و ارتباط آن با شروط کیفری، ر.ک: Lawson, 1995: 102; Yates, 1982: ch.1.

در حقوق انگلیس، غالب مقررات مربوط به کنترل شروط محدودکننده مسئولیت در «Unfair Contract Terms Act 1977» منعکس است و چنین شروطی در سیستم مذکور تابع ملاک «Reasonableness» می‌باشد.

مسئولیت به شروط کیفری محدود کننده مسئولیت (مسئولیت متعهد) است. در برخی نظامهای حقوقی مانند سیستم حقوقی فرانسه (Treitel, 1988: 181; Nicholas, 1992: 233) و آمریکا (cf. UCC s.2.718 comment 1; Restatement 2<sup>nd</sup>, Art. 356 comment a & d) به این سؤال پاسخ مثبت داده شده و حداقل برخی از مقررات مربوط به شروط محدود کننده مسئولیت قابلیت اعمال نسبت به شروط کیفری که در عمل مسئولیت متعهد را محدود می سازند، دانسته شده است. در سیستم حقوقی انگلیس این موضوع، محل بحث و اختلاف فراوان است (McKendrick, 1994:2; Working paper, no.61; Treitel, 1988:234; Id., 1995:886-7).

متأسفانه حقوق کشور ما، فاقد مقررات ویژه در خصوص شروط محدود کننده مسئولیت است. گرچه با توجه به اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ ق.م. و مفهوم مخالف ماده ۲۲۱ قانون مذکور، اصل نفوذ شروط مذکور را در حقوق ایران باید پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۱۹؛ همو، ۱۳۶۸: ۴، ش ۸۳۷)، در عین حال، برخی از مفسران حقوق مدنی، احتمال بطلان شرط در برخی موارد خاص را منتفی ندانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۲۰-۲۱؛ همو، ۱۳۶۸: ۴، ش ۸۴۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۱، ش ۴۲۰). در خصوص تسری این بطلان به شرط کیفری محدود کننده مسئولیت در قرارداد، بحثی در ادبیات حقوقی کشور ما نشده است، اما به نظر می رسد استدلال به بطلان شروط محدود کننده مسئولیت در موارد خاص، قابلیت انطباق و تسری به شروط کیفری تعیین کننده مسئولیت را نیز دارد؛ بنابراین، در مواردی که تحدید مسئولیت متعهد به سبب نامشروع بودن، باطل شمرده شده است (کاتوزیان، ۱۳۵۷: ۲۰-۲۱)، این بطلان را نیز باید به شروط کیفری محدود کننده مسئولیت در قرارداد ناظر دانست.

مقصود از اشتراط شرط کیفری ممکن است زیر فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهد باشد؛ یعنی حصول نوعی اطمینان برای متعهدله از اجرای به موقع تعهد. در این فرض، طرفین در توافق در خصوص شرط، خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد را تخمین و ارزیابی نمی کنند، بلکه مبلغی معمولاً نامتناسب با خسارات احتمالی که از تخلف متعهد منتج می شود، تعیین و آن را موضوع شرط کیفری قرار می دهند. امکان دستیابی به چنین هدفی از طریق شرط کیفری، راه سوء استفاده از شرط

برای متعهدله را به ویژه در مواردی که طرفین از قدرت معاملی یکسان برخوردار نیستند، باز می کند. با اشتراط چنین شرطی در واقع متعهدله، اولاً متعهد به اجرای قرارداد را تحت فشار بیش از حد می گذارد که تعهدات قراردادی را به موقع اجرا کند. ثانیاً در صورت تخلف وی از اجرای قرارداد، مبلغی گزاف و نامتناسب با خسارات وارده به خویش به عنوان مبلغ موضوع شرط از متعهد مطالبه و الزام او به پرداخت مبلغ مذکور را حسب مفاد شرط از دادگاه درخواست می کند.

امکان توسل به چنین هدفی که عرفاً و عقلاً ناپسند می نماید، قانونگذاران بسیاری از کشورها را بر آن داشته است که امکان ابطال چنین شرطی یا حداقل تعدیل آن را برای قاضی فراهم آورند. در نظام حقوقی عرفی چنین شرطی که در واقع با هدف تنبیه متخلف از اجرای تعهد در قرارداد درج گردیده، باطل و بلااثر شمرده شده است<sup>۱</sup> و در غالب کشورهای تابع نظام حقوقی نوشته به قاضی، اختیار تعدیل چنین شرطی و متناسب کردن آن با خسارت واقعی وارده به متعهدله در نتیجه تخلف متعهد از اجرای قرارداد اعطا گردیده است (برای مثال، ر.ک: ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان و قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه الحاقی در اصلاحات سال ۱۹۷۵ م).

### قابلیت اجرای شروط کیفری

گفته شد که شرط کیفری اصولاً از حیث صحت و بطلان، تابع شرایط عمومی صحت معاملات در هر نظام حقوقی است. بعلاوه، شرط مذکور نسبت به عقد اصلی جنبه فرعی و تبعی دارد؛ بنابراین، اگر شرط کیفری واجد تمامی شرایط عمومی صحت و نیز در ضمن عقد صحیحی نیز باشد، به ظاهر در صحت عمومی آن تردید روا نخواهد بود؛ نتیجه صحت چنین شرطی، قابلیت اجرای آن است؛ از این رو، علی القاعده متعهد متخلف از اجرای تعهد، حسب مفاد شرط، به پرداخت وجه موضوع شرط یا انجام دادن

۱. برای مثال، در حقوق انگلیس، از دیرباز در اجرایی نبودن چنین شرطی تردید نشده است. مهم ترین دعوا در این زمینه، دعوی Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] AC 79 است که در آن، ملاکهای تشخیص چنین شرطی از شرطی که به موجب آن، طرفین در واقع، در مقام تخمین و ارزیابی پیشاپیش خسارت احتمالی ناشی از نقض قرارداد هستند، ارائه گردیده است. این ملاکها هنوز هم در حقوق انگلیس اعمال می شوند.

یا ترک کردن فعل موضوع شرط مکلف خواهد بود. لکن همان طور که اشاره شد، گاه شرط کیفری با هدف زیر فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهد، در قرارداد درج می شود. در این صورت، وجه موضوع شرط غالباً مبلغی گزاف و نامتناسب با خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد است. بعلاوه، شرط مذکور ممکن است در عمل مسئولیت متعهد را تحدید کند و آن در فرضی است که وجه موضوع شرط نسبت به خسارت واقعی وارده به متعهدله در نتیجه تخلف متعهد، مبلغی بسیار اندک و ناچیز است.

استفاده از شرط کیفری برای دستیابی به دو هدف مذکور، در بسیاری از نظامهای حقوقی، وضع مقرراتی ویژه در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری را در پی داشته است. در این بخش، اصول مربوط به قابلیت اجرای شرط مذکور و موضع نظامهای حقوقی مختلف در قبال آن روشن می گردد. شایان یادآوری است که در مواردی که شرط کیفری در عمل به عنوان شرط محدودکننده مسئولیت عمل می کند ممکن است مقررات ویژه مربوط به اعتبار شرط اخیر نیز نسبت به شرط کیفری تسری یابد.

بررسی نظامهای حقوقی معتبر و مهم دنیا نشانگر حاکمیت سه رویه مختلف در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری است. در برخی از نظامهای حقوقی، شرط کیفری بدون هیچ گونه قید و شرط و محدودیتی، قابل اجراست؛ هر چند هیچ گونه تناسبی با خسارت واقعی وارده به متعهدله در نتیجه تخلف متعهد نداشته باشد. برخی از نظامهای حقوقی ضمن پذیرش اصل قابلیت اجرای شرط کیفری، در مواردی که وجه مندرج در شرط به نحو قابل ملاحظه‌ای، بیشتر یا کمتر از خسارت واقعی وارده به متعهدله است، برای قاضی اختیار تعدیل شرط کیفری را قائل شده‌اند. در دسته‌ای دیگر از سیستمهای حقوقی، اساساً قول به تمایز بین شرط کیفری و شرطی که در واقع خسارت ناشی از عدم اجرای عقد را پیشاپیش تعیین می کند، اختیار شده و شروط دسته نخست باطل و بلااثر شمرده شده است. در نظامهای اخیر، شرط کیفری به معنای اخص خود به کار رفته و صرفاً به شرطی اطلاق می شود که وجه مورد توافق به موجب آن، گزاف بوده و به هیچ وجه، با خسارات احتمالی ناشی از عدم اجرای تعهد متناسب نیست. سه رویه مذکور محتاج بررسی تفصیلی جداگانه است که در ذیل آنها را پی می گیریم.

## الف) اجرای بدون قید و شرط شرط کیفری

### ۱. اصل اجرای مطلق شرط کیفری

برخی نظامهای حقوقی، اصل اجرای بدون قید و شرط شرط کیفری را پذیرفته‌اند. قانون مدنی فرانسه تا پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م.، به این اصل تصریح کرده بود: «هرگاه قراردادی مقرر نماید که متخلف از اجرای قرارداد، مبلغ معینی را به عنوان خسارت پرداخت خواهد کرد، مبلغی بیشتر یا کمتر از آن به نفع طرف دیگر حکم نخواهد شد» (صدر ماده ۱۱۵۲ ق.م.). در ۱۹۷۵ م. تغییر مهمی در این ماده قانون مدنی با الحاق بخش دیگری به آن حاصل شد: به موجب این الحاقیه، به قاضی اختیار داده شد که مبلغ وجه التزام را در صورتی که به نحو واضح و آشکاری، زیاد یا کم باشد، تعدیل کند.

در حال حاضر، قانون مدنی بلژیک به موجب ماده ۱۱۵۲ و قانون مدنی کبک به موجب پاراگراف اول ماده ۱۰۷۶ هنوز بر این اصل تأکید و تصریح دارند و رویه قضایی نیز در تبعیت از مواد مذکور غالباً به اجرای بدون قید و شرط شرط کیفری مندرج در قراردادها پذیرفته است. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران نیز که مقتبس از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م. است، اصل اجرای شرط کیفری را بدون حق هیچ گونه جرح و تعدیلی پذیرفته و مقرر می دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدییه نماید، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند».

درباره این اصل، دو نکته شایان یادآوری است: اولاً، در تمامی نظامهای حقوقی ذکرشده در بالا که اصل اجرای مطلق شرط کیفری پذیرفته شده و همچنین در نظام حقوقی فرانسه پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م.، شرط کیفری اصولاً به عنوان وسیله‌ای برای ارزیابی و تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد مورد بحث قرار گرفته است. نص صریح مقررات قانونی کشورهای مذکور به روشنی مؤید این مدعاست. حال از نظر تئوریک، این بحث مطرح است که اگر مبلغ مندرج در شرط کیفری بیش از حد و به نحو معتدله‌ای بیشتر از خسارت احتمالی قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد عقد باشد، آیا اساساً عنوان تعیین پیشاپیش خسارت به عمل طرفین در خصوص توافق در مورد



شرط کیفری صدق می‌کند؟ برای مثال، طرفین قراردادی با ارزش مالی تعهد مندرج یکصد هزار ریال در آن، توافق می‌کنند که در صورت تخلف در اجرای قرارداد، متعهد به پرداخت مبلغ یک میلیون تومان به متعهدله مکلف باشد، در چنین فرضی، آیا می‌توان عمل طرفین را توافق در تعیین خسارت دانسته و موضوع را مثلاً در حقوق مدنی ایران، مشمول ماده ۲۳۰ قانون مدنی دانست؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است. نظامهایی که اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرفته‌اند، شرط را به عنوان وسیله‌ای برای تعیین و تخمین خسارت به رسمیت شناخته‌اند.<sup>۱</sup> حال اگر طرفین تعهداً مبلغی فوق‌العاده گزاف را که عرفاً به هیچ‌وجه با خسارات محتمل ناشی از عدم اجرای قرارداد متناسب نیست، موضوع شرط کیفری مورد توافق قرار دهند، چنین شرطی را نباید شرط کیفری مورد شناسایی قانونگذار و نتیجتاً اجراشدنی دانست. رأی از دادگاههای بلژیک نیز این نظر را تقویت می‌کند (Treitel, 1988: 220). به موجب این رأی، اشتراط به پرداخت مبلغی گزاف به عنوان شرط کیفری قابلیت اجرا ندارد؛ زیرا چنین شرطی در واقع، شرط کیفری واقعی نیست (Ibid.).

در روئے قضایی ایران تصمیمی که حاکی از ابطال شرط کیفری به لحاظ گزاف بودن آن نسبت به خسارت واقعی وارده به متعهدله باشد، دیده نشده است. برخی از حقوقدانان با تمسک به هدف چنین شرطی مبنی بر انتفاع ناروای طلبکار، عدم نفوذ چنین شرطی را پیشنهاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۴۴/۴-۲۴۵). به نظر می‌رسد قول به بطلان چنین شروطی، اگر وجه مندرج در آن گزاف و به نحو معتابهی نامتناسب با خسارت واقعی باشد، قوی و با عدالت در روابط قراردادی موافق است، به ویژه اینکه عدم شمول ماده ۲۳۰ قانون مدنی به چنین شرطی با توجه به اینکه عرفاً این شرط وسیله تعیین و تخمین خسارت نیست، توجیه‌شدنی و دفاع‌پذیر می‌باشد.

ثانیاً، در غیر مورد فوق یعنی در مواردی که وجه مندرج در شرط کیفری به نحو معتابهی گزاف و نامتناسب با خسارت احتمالی واقعی نیست، در نظامهایی که اصل

۱. برای مثال، در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران به عبارت «... مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید...» توجه کنید. به همین ترتیب، در صدر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه نیز عبارت «... by way of damages...» جالب توجه است. ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی بلژیک نیز حاوی عبارت مذکور است.

اجرای مطلق شرط کیفری پذیرفته شده است، شرط کیفری به هیچ‌عنوان از سوی قاضی کاهش یا افزایش نمی‌یابد و به هیچ‌وجه نیز ابطال‌شدنی نیست؛ به عبارت دقیق‌تر، مفاد شرط بی‌کم‌وکاست برای متعهد لازم‌الوفا و از سوی دادگاه، لازم‌الاجراست. قانون مدنی فرانسه در اصلاحات ۱۹۷۵ م. تعدیل‌پذیری وجه موضوع شرط کیفری از سوی قاضی را اگر وجه مندرج در آن به نحو واضح و آشکاری زیاد و یا اندک باشد، به رسمیت شناخت. گفته شده است که به رغم این تغییر در قانون مدنی فرانسه، هنوز باید اصل اجرای مطلق شرط کیفری را در این نظام پابرجا دانست و امکان تعدیل از سوی قاضی، چیزی جز استثنا بر این اصل نیست، اما با توجه به اهمیت بیش از حد این استثنا و عمومیت آن، باید بر این بود که حقوق فرانسه، موضع خود را نسبت به اجرایی بودن شرط کیفری تغییر داده و دیگر اصل اجرای مطلق شرط کیفری را نمی‌توان به حقوق این کشور منتسب دانست (Treitel, 1988: 220-221).

مهم‌ترین دلیل برای توجیه پذیرش اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست. به موجب این اصل، قراردادهای خصوصی طرفین تا جایی که با قانون و نظم عمومی مخالف نباشند، اجرا می‌شوند؛ بنابراین، شرط کیفری نیز که قرارداد خصوصی طرفین در باب تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد است، نیروی الزام‌آور خود را از قصد مشترک طرفین می‌گیرد. در این باره، باید دو نکته را بررسی کرد:

الف) اصل حاکمیت اراده را نباید اصلی مطلق و بدون قید و شرط پنداشت. روابط اقتصادی حاکم بر جامعه و لزوم حمایت از مصرف‌کننده و نیز طرف ضعیف قرارداد، لزوم دخالت قانونگذار در قراردادهای خصوصی را توجیه می‌کند. چنین دخالتی کم و بیش در تمامی کشورهایی که به اصل آزادی قراردادهای پای‌بنداند، دیده می‌شود. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ ش.، قانون کار مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام و نظایر آن، نمونه‌هایی از این دخالتها در کشور ماست. در غالب کشورهای اروپایی نیز به رغم پذیرفته شدن اصل حاکمیت اراده، مقررات ویژه‌ای در خصوص شرط کیفری مبنی بر تعدیل‌پذیری یا حتی ابطال‌پذیری آن در شرایط معین وضع گردیده است؛ بنابراین، اصل حاکمیت اراده

را نباید منافی دخالت قانونگذار در وضع مقررات ویژه برای شرط کیفری، در صورت اقتضای مصالح و اوضاع فردی و اجتماعی دانست.

ب) اساساً می‌توان استدلال کرد که عدم اجرای شرط کیفری که حاوی مبلغی نامتناسب با خسارات احتمالی واقعی است و به هدف تعیین پیشاپیش خسارت نیز در قرارداد مندرج نشده، با اصل حاکمیت اراده منافاتی ندارد (cf. Atiyah, 1990: 368-369). اگر مقصود از اشتراط شرط کیفری، تحت فشار گذاشتن متعهد برای اجرای به موقع تعهد و تنبیه او در صورت عدم اجرای آن است و طرفین در واقع، بدون توجه به میزان خسارت احتمالی ناشی از نقض قرارداد، مبلغی گزاف و نامتناسب را موضوع شرط مورد توافق قرار داده‌اند، می‌توان ادعا کرد که در زمان اندراج چنین شرطی در قرارداد، هیچ یک از طرفین، واقعاً اجرای آن را قصد نکرده‌اند. متعهد زمانی که به چنین شرط گزاف و نامعقولی تن می‌دهد هرگز قصد نقض قرارداد را ندارد؛ از این رو قصد اینکه عواقب ناشی از نقض متوجه او شود، به متعهد انتساب یافتنی نیست. از سوی دیگر، متعهدله نیز به قصد اخذ وجه شرط، به اندراج شرط اقدام نمی‌کند، بلکه مقصود اولیه او از اندراج چنین شرط نامعقولی، زیر فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهد است؛ بنابراین، می‌توان استدلال کرد که در زمان انعقاد قرارداد، هیچ یک از طرفین اجرای چنین شرط کیفری را قصد نمی‌کنند؛ پس عدم اجرای آن از سوی دادگاه، شاید با اصل حاکمیت اراده منافاتی نداشته باشد.

## ۲. استثنائات اصل اجرای مطلق شرط کیفری

سیستمهای حقوقی که اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرا شده‌اند، غالباً استثنائاتی را در بر دارند که حسب قوانین موضوعه، مشخص شده و دامنه قابلیت اجرای شرط کیفری را محدود می‌کند. این استثنائات را به سه دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱. اعطای قدرت تعدیل وجه مندرج در شرط کیفری به قاضی در موارد خاص.
۲. بی‌اعتبار بودن شرط کیفری در موارد معین و منصوص قانونی. وجه مشترک هر دو دسته استثنائات این است که در موارد خاص و استثنایی حسب قوانین مشخص شده‌اند و قاضی در اجرای آنها، با توجه به ماهیت استثنایی بودن آنها بر

اصل، باید به قدر متیقن اکتفا کرده، از تفسیر موسع خودداری کند.

### ۳. اعطای اختیار به قاضی برای تعدیل شرط کیفری در برخی موارد.

این استثنا عمدتاً در مواردی است که بخشی از تعهد موضوع قرارداد از سوی متعهد اجرا شده و سپس وی از اجرای ادامه تعهد تخطی ورزیده است. ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی بلژیک متضمن این استثناست و مقرر می‌دارد که شرط کیفری، در صورت اجرای بخشی از تعهد از سوی متعهد ممکن است تعدیل شود. قانون مدنی بلژیک در خصوص این استثنا به همین ماده اکتفا کرده، اما شرایط اعمال اختیار از سوی قاضی و نیز چگونگی تعدیل را مشخص نکرده است. این شرایط و نیز چگونگی تعدیل را از ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۱۹۷۵ م. می‌توان استفاده کرد: زمانی که بخشی از تعهد اجرا شده است، شرط کیفری بدون هیچ‌گونه لطمه‌ای به اعمال ماده ۱۱۵۲- به نسبت سودی که از اجرای بخشی از قرارداد عاید طلبکار شده است، از سوی قاضی کاهش می‌یابد.

حسب مفاد این ماده، متناسب با انتفاعی که از اجرای بخشی از تعهد عاید متعهدله شده است، قاضی مبلغ شرط کیفری را کاهش خواهد داد. این استثنا در قانون مدنی فرانسه تابع ماده ۱۱۵۲ قرار داده شده که اختیار عمومی در تعدیل شرط کیفری را در صورت زیاد یا اندک بودن آن به نحو واضح و آشکاری، مقرر کرده است؛ بنابراین، حتی در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد موضوع قرارداد از سوی متعهد، چنانچه مبلغ وجه التزام به نحو معتابهی زیاد باشد، قاضی بدو وجه مذکور را حسب اختیار ناشی از قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی، تعدیل و سپس از مبلغ تعدیل شده، با توجه به ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی، به نسبت سودی که طلبکار از اجرای بخشی از تعهد برده است، خواهد کاست.

قانون مدنی ایران فاقد هرگونه مقرراتی در باب تعدیل شرط کیفری است. با وجود این، اجرای پاره‌ای از تعهد به هر تقدیر، بخشی از مسئولیت قراردادی متعهد را منتفی می‌سازد و بعید به نظر می‌رسد در مقام اطلاق، قصد مشترک طرفین به اجرای کامل شرط کیفری، حتی در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد تعلق گرفته باشد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۴۵/۴)؛ برای مثال، در قرارداد فروش ده تن گندم به خریدار، به

موجب شرط کیفری مقرر می‌شود که فروشنده در صورت عدم تحویل مبیع در موعدی معین، مبلغ یک میلیون ریال به عنوان خسارت به خریدار پرداخت کند. حال اگر فروشنده پنج تن از گندم مورد معامله را در موعد قراردادی تحویل داده و سپس به هر دلیل، به تحویل بقیه آن در موعد مقرر موفق نشده است، آیا الزام او به پرداخت تمامی وجه موضوع شرط کیفری، عادلانه و با قصد مشترک طرفین موافق است؟ به نظر می‌رسد در این خصوص باید در حد امکان و با توجه به مفاد قرارداد و اوضاع حاکم در زمان انعقاد آن، قصد مشترک طرفین را احراز کرد. اگر قصد مشترک طرفین به اجرای تمامی تعهد (بدون تجزیه‌پذیری) در مدت معین تعلق گرفته و پرداخت وجه موضوع شرط کیفری در صورت تخلف از تکمیل و اتمام تعهد مورد توافق قرار گرفته است، در این صورت، در سیستم حقوقی ایران، محملی برای تعدیل شرط کیفری وجود نخواهد داشت، اما اگر طرفین به صورت مطلق در خصوص شرط کیفری توافق کرده‌اند، باید بین دو فرع زیر قائل به تفکیک شد:

۱. اگر تعهد اصلی موضوع قرارداد تجزیه‌پذیر بوده و از اجرای بخشی از آن، سودی عاید طلبکار شده است. در این صورت، تبعیت از قصد مشترک طرفین و نیز عدالت و انصاف اقتضا می‌کند که وجه موضوع شرط کیفری به نسبت انتفاعی که متعهدله از اجرای بخشی از قرارداد برده است، تعدیل شود.

۲. اگر تعهد اصلی ماهیتاً تجزیه‌پذیر نیست یا اجرای پاره‌ای از تعهد هیچ‌گونه سودی عاید طلبکار نکرده است. در این صورت، قول به تجزیه و تعدیل وجه موضوع شرط کیفری در سیستم حقوقی ما دشوار خواهد بود.

این نکته شایان یادآوری است که آیا طرفین می‌توانند شرط کنند که حتی در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد و انتفاع طلبکار از آن، در فرض تخلف متعهد از اجرای بقیه قرارداد، نامبرده به پرداخت تمامی وجه موضوع شرط کیفری مکلف خواهد بود؟ به عبارت دیگر، آیا طرفین با توافق خلاف می‌توانند اختیار قاضی در تعدیل شرط کیفری را در صورت اجرای پاره‌ای از تعهد منتفی سازند؟ از نظر اصول حقوقی پاسخ به این سؤال به سادگی مثبت به نظر می‌رسد؛ زیرا تبعیت از قصد مشترک طرفین، دلیل اجرای مطلق شرط کیفری است و چنانچه چنین قصدی

به اجرای کامل شرط حتی در صورت اجرای بخشی از قرارداد تعلق گرفته باشد، تردید در لزوم وفا به خواست مشترک طرفین قرارداد و لازم‌الاجرا بودن توافق آنان روا نخواهد بود؛ بنابراین، اگر نص صریح قانونی بر بطلان چنین شرطی وجود نداشته باشد، توافق طرفین معتبر و صحیح تلقی می‌شود.

سیستمهای حقوقی ایران و بلژیک فاقد مقررات صریحی در این زمینه است؛ از این رو، تبعیت از قصد مشترک طرفین، صحت چنین شرطی را در سیستمهای مذکور اقتضا می‌کند. در حقوق فرانسه قسمت اخیر ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی، توافق بر خلاف مفاد این ماده را باطل و بلااثر شمرده است؛ بنابراین، در نظام حقوقی مذکور، با اجرای بخشی از قرارداد و انتفاع طلبکار از آن، متعهد از پرداخت بخشی از وجه موضوع شرط کیفری معاف می‌شود؛ ولو اینکه طرفین خلاف آن را مورد توافق قرار داده باشند. قانون مدنی کبک نیز صریحاً توافق طرفین در باب منتفی ساختن اختیار تعدیل شرط کیفری در صورت اجرای بخشی از تعهد را نافذ و معتبر شمرده است (قسمت اخیر (دوم) ماده ۱۰۷۶ قانون مدنی کبک).

در سیستمهای حقوقی که اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرفته‌اند، گاه در موارد استثنایی و منصوص، شرط کیفری باطل و بلااثر شناخته شده است. این موارد در کشورهای مختلف متفاوت بوده و معمولاً به قراردادهای معین در شرایطی خاص اختصاص دارد؛ برای مثال، می‌توان به مقررات قانون کار فرانسه در باب قرارداد استخدام اشاره کرد. حسب مقررات این قانون، اشتراط شرط کیفری در انواع معینی از قراردادهای استخدام ممنوع شناخته شده است (قانون کار، کتاب اول، مواد ۱۴۲-۱۲۲ و کتاب هفتم، مواد ۷۵۹-۷۵۱؛ همچنین ر.ک: Nicholas, 1992: 232). همچنین به موجب پاراگراف سوم ماده ۱۹۰۷ قانون مدنی بلژیک قراردادهای وام، اشتراط بیش از نصف یک درصد سرمایه به عنوان سود ناشی از تأخیر تأدیه ممنوع شده است.

### ب) اجرای شرط کیفری با حق تعدیل

۱. اصل اجرای شرط کیفری مشروط به امکان تعدیل قضایی آن  
 بسیاری از سیستمهای حقوقی تابع نظام حقوقی نوشته و برخی از کشورهای تابع نظام

حقوقی عرفی، ضمن اینکه شرط کیفری را اجراپذیر می‌دانند، اما در شرایط معینی به قاضی اختیار تعدیل وجه موضوع شرط کیفری را اعطا کرده‌اند. در حقوق آلمان حسب صراحت ماده ۳۳۹ قانون مدنی آن کشور، اصل لزوم و اعتبار شرط کیفری پذیرفته شده است: «اگر بدهکار (متعهد) در قبال طلبکار (متعهدله)، در صورتی که تعهد خویش را انجام ندهد یا آن را به نحو مناسبی اجرا نکند، تعهد به پرداخت مبلغی به عنوان وجه التزام نماید، چنانچه (متعهد) مرتکب نقض قرارداد شود وجه التزام (به نفع طلبکار) ضبط می‌گردد...». با وجود این، قانون مذکور در ماده ۳۴۳ امکان کاستن مبلغ مندرج در شرط کیفری را به مبلغی معقول، در مواردی که وجه مذکور به نحو نامتناسبی زیاد باشد، به رسمیت می‌شناسد:

«اگر مبلغ وجه التزامی که بر عهده متعهد است، به نحو نامتناسبی بالا باشد، ممکن است وجه مذکور با تصمیم دادگاه حسب درخواست مدیون به مبلغی معقول کاهش یابد».

مقررات مشابه قانون مدنی آلمان در خصوص امکان تعدیل وجه موضوع شرط کیفری به مبلغی معقول را می‌توان در قوانین کشورهای دیگر نظیر اتریش (قسمت دوم ماده ۱۳۳۶ قانون مدنی اتریش)، سوئیس (قسمت سوم ماده ۱۶۳ قانون تعهدات سوئیس) و آفریقای جنوبی ملاحظه کرد. ماده ۳ از قانون مربوط به شروط کیفری آفریقای جنوبی مصوب ۱۹۶۲ م. مقرر می‌دارد:

اگر در جریان دادرسی مربوط به ادعای وجه موضوع شرط کیفری بر دادگاه، معلوم شود که وجه مذکور خارج از هرگونه تناسب با صدماتی است که به واسطه عمل یا ترک فعلی که در ارتباط با آن شرط کیفری توافق، به طلبکار وارد شده است، دادگاه ممکن است وجه موضوع شرط کیفری را به اندازه‌ای که در شرایط موجود عادلانه می‌یابد، کاهش دهد....

قانون مدنی فرانسه که تا پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م. اصل اجرای مطلق شرط کیفری را پذیرفته بود با الحاق قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی در ۱۹۷۵ م. به جرگه کشورهای پیوست که به اجرای شرط کیفری مشروط به امکان تعدیل قضایی آن قائل‌اند. حسب الحاقیه اخیر، به قاضی اختیار کاستن یا افزودن مبلغ

مندرج در شرط کیفری، در صورتی که به نحو واضح و آشکاری زیاد یا اندک باشد، اعطا گردیده است.

با پذیرش قابلیت تعدیل قضایی شرط کیفری، دو نکته مهم مطرح است: الف) در چه شرایطی، شرط کیفری از سوی قاضی تعدیل می‌شود؟ به عبارت دیگر، اختیار قاضی در تعدیل شرط کیفری در چه صورتی و با وجود چه شرایطی ایجاد می‌شود؟

ب) بر فرض وجود شرایط لازم برای تعدیل قضایی، قاضی قدرت خویش در تعدیل شرط را چگونه اعمال می‌کند؟ به عبارت دیگر، مبلغ مندرج در شرط تا چه اندازه‌ای باید کاهش یا افزایش یابد؟

پاسخ به این دو پرسش، به بررسی مقررات سیستمهای حقوقی کشورهای نیاز دارد که اصل اجرای شرط کیفری مشروط به امکان تعدیل قضایی آن را پذیرفته‌اند.

## ۲. قلمرو اختیار تعدیل قضایی شرط کیفری.

در نظامهای حقوقی قائل به اختیار و قدرت تعدیل شرط کیفری برای قاضی، پیدایش این قدرت به این شرط منوط است که مبلغ مندرج در شرط کیفری بسیار زیاد باشد. قانون مدنی آلمان «به نحو نامتناسبی بالا بودن»<sup>۱</sup> شرط کیفری، قانون مدنی فرانسه «به نحو آشکاری بیش از اندازه»<sup>۲</sup> بودن آن، قانون قرارداد هند به «نامعقول» (ماده ۷۴ قانون قرارداد هند) بودن وجه مندرج در شرط، و قانون مربوط به شروط کیفری آفریقای جنوبی به «خارج از هرگونه تناسب»<sup>۳</sup> بودن آن اشاره می‌کنند. مسلم است که احراز بیش از اندازه زیاد بودن وجه مندرج در شرط کیفری به مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارات متحمل شده از سوی متعهدله ناشی از نقض قرارداد، نیازمند است.

نکته مهم این است که در این مقایسه، آیا خسارات واقعی وارده به متعهدله را باید مد نظر قرار داد یا خساراتی که طبق مقررات قانونی مربوط به خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد، از سوی متعهدله قابل وصول است؟ ثمره بحث در این است که

1. "... Disproportionately high ..." Art. 343.  
 2. "... Manifestly excessive ..." Art. 1152.  
 3. "... Out of proportion..." s.3 South African conventional penalties Act 1962.

متعهدله ممکن است علاوه بر خسارات قابل وصول، متحمل خساراتی نیز شده باشد که به عللی، فرضاً به دلیل عدم امکان انتساب مستقیم آن به فعل زیانبار متعهد در نقض تعهد قراردادی، طبق قانون، قابلیت وصول نداشته باشد؛ به عبارت دیگر، خسارات واقعی متعهدله ممکن است زیادتر از خساراتی باشد که قانوناً از سوی او قابلیت وصول داشته باشد.

از میان نظامهای حقوقی فوق، تنها مقررات قانون مربوط به شرط کیفری آفریقای جنوبی مصوب ۱۹۶۲ م. به این سؤال پاسخ می‌دهد. ماده ۳ این قانون اختیار کاهش مبلغ مندرج در شرط کیفری از سوی دادگاه را به عدم تناسب وجه شرط شده با صدمات و خساراتی مشروط می‌کند که متعهدله به واسطه نقض قرارداد، متحمل آن گردیده است. مفسران این عبارت را ظاهر در عدم تناسب وجه مندرج در شرط با خسارات واقعی وارد شده به متعهدله می‌دانند (cf. e.g: Kerr: 237). به رغم اینکه قانون مدنی فرانسه در باب مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارت واقعی یا خسارات قابل وصول قانونی صراحتی ندارد، مفسران حقوق مدنی این کشور، خسارات واقعی وارده به متعهدله را ملاک مقایسه با وجه مندرج در شرط کیفری دانسته‌اند (Treitel, 1988: 224; Nicholas, 1992: 236). پذیرش خسارات واقعی به عنوان ملاک مقایسه با وجه مندرج در شرط به منظور احراز بیش از اندازه زیاد بودن آن منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا هرچند بخشی از خسارت واقعی وارده به متعهدله، قانوناً قابلیت وصول را نداشته باشد، حداقل انتظار متعهدله از اشتراط شرط کیفری، جبران کلیه خساراتی است که در نتیجه نقض قرارداد متوجه او می‌شود. البته توجه به این نکته ضروری است که گاه بخشی از خسارات وارده به متعهدله به لحاظ قصور شخصی او در کاستن خسارات حاصله است و گاهی نیز اساساً بخشی از خسارات به لحاظ این است که متعهدله نیز در نقض قرارداد از سوی متعهد سهمیه بوده و موجبات آن را فراهم آورده است. در چنین فرضهایی، تصور این بخش از خسارات در ردیف خسارات واقعی که باید ملاک مقایسه با وجه مندرج در شرط قرار گیرد، نابه‌جا بوده و ناعادلانه می‌نماید؛ زیرا این گونه خسارات اساساً انتساب پذیر به فعل متعهد در نقض قرارداد نیست.

نکته دیگر اینکه با مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارات واقعی وارده به متعهدله، به صرف زیاد بودن وجه شرط شده از خسارات مذکور، اختیار تعدیل قضایی حاصل نمی‌شود، بلکه وجه مندرج در شرط، همان طور که در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه تصریح شده است، باید به نحو آشکاری بیش از اندازه زیادتر از خسارات واقعی باشد. مؤلفان حقوقی فرانسه در تفسیر این بخش از ماده مذکور، تأکید کرده‌اند که اختیار تعدیل قضایی در صورتی حاصل می‌شود که عدم تناسب بین وجه مندرج در شرط و خسارات واقعی، «مهم» باشد یا چنان باشد که «کاملاً به چشم بخورد» (Treitel, 1988: 237) و بالاخره، «نه تنها قابل تشخیص، بلکه قابل توجه» (Nicholas, 1992: 236) باشد. ماده ۳ قانون مربوط به شروط کیفری آفریقای جنوبی نیز که اشاره شد، این نظر را پذیرفته است و آرای صادره از دادگاههای آلمان و اتریش نیز آن را تأیید می‌کنند (Treitel, 1988: 225).

### ۳. چگونگی اعمال اختیار تعدیل قضایی شرط کیفری

بر فرض وجود تمامی شرایط لازم برای اعمال اختیار تعدیل شرط، بحث دیگر چگونگی اعمال اختیار از سوی قاضی است. وجه مندرج در شرط، در صورت بیش از حد زیاد بودن، تا چه اندازه کاهش می‌یابد؟ و در اعمال این اختیار، قاضی چه ملاحظاتی را باید مد نظر قرار دهد؟ قوانین کشورهای مورد بررسی در این باب، غالباً ساکت بوده و گاه نیز به بیان عبارت مبهمی اکتفا کرده است. قانون مدنی آلمان در قسمت اخیر بند ۱ ماده ۳۴۳ حاوی مقرراتی در این باره است: «... در تعیین معقول بودن (وجه موضوع شرط کیفری) هر گونه منفعت مشروع طلبکار و نه منافع مالی وی، باید مد نظر واقع شود...».

توجه به این عبارت، گویای این نکته است که در اعمال اختیار تعدیل شرط کیفری و کاستن آن به مبلغی معقول، توجه قانونگذار آلمان به خساراتی بوده است که در واقع امر، بر متعهدله وارد شده است؛ هرچند بخشی از این خسارات در دعوی معمولی جبران خسارت، قابلیت وصول نداشته باشد. اشاره به مد نظر قرار دادن تمامی منافع مشروع طلبکار حتی منافع غیر مالی او - که گاه ممکن است از نظر

قانونی، جزء خسارات قابل وصول به شمار نیاید. مؤید این مدعاست؛ بنابراین، متعهدله حتی در صورت کاسته شدن وجه مندرج در شرط کیفری، ممکن است به دریافت مبلغی بیشتر از مبلغ خسارات قانونی قابل وصول در دعوی عمومی خسارت، موفق بشود، لکن دادگاههای آلمان عملاً افزون بر نکته مذکور در ماده ۳۴۳ قانون مدنی، ملاحظات دیگری را از قبیل «میزان تقصیر قراردادی متعهد»، «میزان سودی که در نتیجه نقض قرارداد عاید او می شود» و نیز «وضعیت عمومی مالی متعهد» در تعدیل وجه مندرج در شرط کیفری، مد نظر قرار می دهند (Treitel, 1988: 226).

قانون مدنی فرانسه کاملاً در این باب ساکت است و موضوع را حسب صراحت قسمت اخیر ماده ۱۱۵۲ به نظر قضایی قاضی واگذار کرده است. مشکل عمده در این باب، در سیستم حقوقی فرانسه این است که ارزیابی میزان خسارت از اختیارات قاضی دادگاه بدوی است و دادگاههای بالاتر تنها در صورتی حق مداخله در تشخیص قاضی را دارند که تصمیم او بر تطبیق نادرست موضوع با اصول حقوقی مبتنی باشد (cf. Denis Tallin: 256-278). بر اساس این، در مقایسه وجه مندرج در شرط با خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد از سوی متعهد و تعدیل آن در صورت بیش از اندازه زیاد بودن وجه مشروط، به نظر می رسد قاضی دادگاه بدوی از اختیار نسبتاً مطلق بر خوردار است.

به منظور محدود کردن این اختیار مطلق و محدود کردن و ایجاد سیستم کنترل بر تصمیمات دادگاه بدوی در خصوص تعدیل شرط کیفری، دیوانعالی کشور فرانسه اصولی را مقرر داشته که بر اساس آن، قاضی بدوی باید خسارات واقعی را در تصمیم خویش مشخص کرده، تصریح کند که از چه جهت وجه مندرج در شرط کیفری بیش از حد زیاده تر از خسارت واقعی است (Nicholas, 1992: 236). به علاوه، قاضی از کاستن وجه مندرج در شرط به مبلغی کمتر از خسارت واقعی ممنوع گردیده و در نهایت، اگرچه قاضی اختیار تعدیل وجه مشروط به مبلغی معادل خسارت واقعی را دارد، قانوناً به کاستن وجه مندرج در شرط تا این اندازه مکلف

1. Cour de Cassation.

نیست (Treitel, 1988: 226-227)؛ به عبارت دیگر، قاضی می تواند ضمن کاستن وجه مندرج در شرط کیفری، به مبلغی بالاتر از خسارت واقعی وارد شده بر متعهدله نیز حکم کند. این نظر که در میان مؤلفان حقوق فرانسه نیز طرفدارانی دارد (Ibid.: 227)، قابل انتقاد به نظر می رسد؛ زیرا دلایلی که لزوم تعدیل وجه مندرج در شرط کیفری را تأیید و تقویت می کند، عمدتاً حول این محور است که مقصود از اشتراط شرط کیفری باید تعیین و تخمین پیشاپیش خسارات ناشی از نقض قرارداد باشد و قانون باید راه سوء استفاده از شرط کیفری را به منظور تحت فشار گذاشتن متعهد به اجرای تعهدش با اشتراط مبلغی گزاف و نامتناسب، سد کند.

دلایلی از این قبیل، به نوبه خود، تعدیل شرط به مبلغی بالاتر از خسارت واقعی را نفی می کند؛ به عبارت دیگر، ظاهراً محملی برای تعدیل شرط به مبلغی بالاتر از خسارات واقعی وارده به متعهدله به نظر نمی رسد. طرفداران این نظر به لزوم حفظ ماهیت کیفری شرط کیفری متوسل شده اند، اما باید توجه داشت که همین ماهیت (جلوگیری از تنبیه متعهد توسط متعهدله در صورت نقض قرارداد) لزوم تعدیل وجه مندرج در شرط را توجیه می کند. از این گذشته، با قول به اختیار قاضی در تعدیل شرط کیفری به مبلغی بیش از خسارات واقعی، دامنه اختیار و قدرت قاضی در تعدیل شرط، به نحوی اختیاری، وسیع تر می شود که ممکن است غیر منطقی و نامقبول به نظر رسد. در عمل، قواعد وضع شده از سوی دیوانعالی کشور فرانسه کنترل بر تصمیمات دادگاههای بدوی را در خصوص شرط کیفری سبب نشده است؛ زیرا حتی در فرض اجبار قاضی به تصریح میزان خسارات واقعی در رأی، ارزیابی میزان این خسارت از اختیارات نسبتاً مطلق قاضی دادگاه بدوی است (Ibid.: 229).

نکته دیگر اینکه آیا پس از پرداخت وجه مندرج در شرط کیفری از سوی متعهد به متعهدله، قاضی حسب درخواست متعهد، اختیار تعدیل شرط و محکوم کردن متعهدله به استرداد بخشی از آن به متعهد را دارد؟ ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان صریحاً به این سؤال پاسخ منفی داده است. قسمت اخیر بند ۱ ماده مذکور مقرر می دارد: «بعد از پرداخت وجه مندرج در شرط، ادعای کاهش آن ممنوع است». از عبارت ماده ۳ قانون مربوط به شروط کیفری آفریقایی جنوبی نیز چنین برمی آید که در صورت

پرداخت وجه موضوع شرط کیفری، امکان تعدیل آن وجود ندارد. اگرچه قانون مدنی فرانسه در این باب ساکت است، به نظر می‌رسد در حقوق این کشور نیز باید موضعی مشابه اتخاذ کرد؛ زیرا اصولاً حکم به استرداد وجهی که طبق شرطی صحیح پرداخت شده، فاقد محمل قانونی و خلاف اصول حقوقی به نظر می‌رسد.

#### ۴. استثنائات اصل اجرای شرط کیفری با اختیار تعدیل قضایی آن

همانند اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اصل اجرای شرط کیفری با اختیار تعدیل قضایی نیز واجد برخی استثنائات منصوص قانونی است. این استثنائات را به دو دسته مهم می‌توان تقسیم کرد:

(الف) مواردی که شرط کیفری اساساً باطل و غیر قابل اجرا شمرده شده است.

(ب) مواردی که شرط کیفری صحیح و بدون امکان تعدیل قابل اجراست.

در هر دو مورد، با لحاظ طبیعت استثنایی موارد مذکور، باید به نصوص قانونی و قدر متیقن اکتفا کرد و از تفسیر موسّع بر حذر بود.

در برخی موارد منصوص قانونی، شرط کیفری مطلقاً باطل و بی اعتبار شناخته شده است. این موارد، معمولاً در خصوص قراردادهای معینی است: برای مثال، ماده ۵۵۰a قانون مدنی آلمان اشتراط شرط کیفری در قرارداد اجاره محل مسکونی علیه مستأجر را بی اعتبار اعلام کرده است. همچنین گاهی شرط کیفری، صحیح و معتبر تلقی شده و اختیار هرگونه تعدیل وجه مندرج در شرط از قاضی سلب گردیده است. مهم ترین آن، در ماده ۳۴۸ قانون تجارت آلمان منعکس گردیده که ماده ۳۴۳ قانون مدنی را که درباره معاملات تجاری صورت گرفته از سوی تاجر است، اعمال نشدنی دانسته است؛ به عبارت دیگر، در معاملات تجاری، اشتراط هرگونه شرط کیفری علیه تاجر واجد اعتبار تلقی گردیده و امکان تعدیل آن از قاضی سلب شده است.

#### ج) تمیز شرط کیفری از شروط تعیین کننده خسارت ناشی از نقض

در غالب کشورهای تابع سیستم حقوقی عرفی، توافق طرفین در خصوص تعیین مبلغی که در صورت نقض قرارداد از طرف متعهد، در حق متعهدله پرداخت

می‌گردد، به دو دسته تقسیم شده است.<sup>۱</sup>

#### ۱. شروط کیفری؛<sup>۲</sup>

۲. شروطی که به موجب آن، طرفین واقعاً در صدد تخمین و تعیین پیشاپیش

خسارات ناشی از نقض عقد برآمده‌اند.<sup>۳</sup>

شروط دسته نخست، باطل و بلااثر و شروط دسته دوم، کاملاً معتبر و لازم‌الاجرا هستند. در این بخش، به اختصار به قواعد حاکم بر تمیز دو دسته شروط مذکور از یکدیگر می‌پردازیم. پیش از آن لازم است که ماهیت حقوقی شروط مذکور را مورد اشاره قرار دهیم.

#### ۱. ماهیت حقوقی شروط کیفری و شروط تعیین کننده خسارت

ماهیت حقوقی شروط مورد بحث در عبارتی از «Lord Dunedin» به خوبی مشخص و تبیین شده است:

ماهیت شروط کیفری، پرداخت وجهی است که به منظور تهدید و ارباب طرف متخلف از قرارداد شرط شده است و ماهیت حقوقی شروط تعیین کننده خسارت، ارزیابی واقعی پیشاپیش خسارات است (Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] Ac 79, per Lord Dunedin at p.86.).

بر اساس این، شروطی که به منظور تحت فشار گذاشتن و تهدید متعهد به اجرای تعهد و تنبیه او در صورت عدم اجرای آن در قرارداد مندرج می‌شوند، شروط کیفری و شروطی که تلاش واقعی طرفین برای ارزیابی پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد را نشان می‌دهد، شروط تعیین کننده خسارت گویند. اشاره به ماهیت شروط کیفری به عنوان وسیله‌ای برای تهدید و ارباب متعهد به اجرای تعهد، نشانگر اشتراط مبلغی گزاف و نامتناسب با خسارات واقعی از سوی طرفین است. به همین

۱. این تقسیم در سیستم حقوقی کامن‌لا ریشه تاریخی دارد که بحث آن از حوصله این مقاله خارج است.

2. Penalty clauses.

3. Liquidated damages.

در این بخش برای سهولت، از شروط مذکور به «شروط تعیین کننده خسارت» اشاره می‌کنیم؛ هرچند که به کارگیری این تعبیر مفهوم واقعی آن را نمی‌رساند.

اعتبار، شروط کیفری در برخی تفاسیر نویسندگان حقوقی انگلیس، به عنوان شروطی تعریف شده‌اند که حاوی مبلغی «خارج از هرگونه تناسب»<sup>۱</sup> با خسارات احتمالی ناشی از عدم اجرای قرارداد در زمان انعقاد عقد می‌باشد (Furmston, 1991: vol. 4).

نظر غالب در سیستم حقوقی انگلیس، بطلان شروط کیفری است؛ گرچه از بعضی آرای دادگاهها (Nicholas, 1992: 632) و دیدگاههای نویسندگان حقوقی (cf. Harris: 158-159; Harpum: 371; Downes, 1993: 331) آن تا میزان خسارت واقعی استفاده می‌شود. حسب نظر غالب، با اعلام بطلان شرط کیفری، متعهدله به اثبات ورود خسارت در نتیجه نقض قرارداد به خویش مکلف است و به میزان اثبات شده حکم پرداخت خسارت به نفع او صادر می‌شود. چنانچه شرط مورد توافق طرفین به عنوان شرط تعیین کننده خسارت، و نه شرط کیفری به رسمیت شناخته شد، توافق طرفین معتبر و نظر متفق علیه لازم الاجرا بودن مفاد شرط به صورت مطلق و بدون قابلیت تعدیل است؛ ولو اینکه خسارات واقعی در زمان نقض قرارداد، کمتر یا بیشتر از مبلغ مشروط علیه باشد (Treitel, 1988: 224).

**۲. قواعد حاکم بر تشخیص شروط تعیین کننده خسارت از شروط کیفری**  
بر اساس تبیین به عمل آمده در دعاوی از ماهیت حقوقی دو دسته شروط مذکور، دادگاهها در طول سالیان دراز، قواعدی عملی را به منظور تشخیص دو دسته شروط مذکور از یکدیگر وضع کرده‌اند. این قواعد از سوی «Lord Dunedin» در دعاوی مشهوری گرد آورده شده و به صورت مجموعه‌ای بیان گردیده است.<sup>۲</sup> هرچند این قواعد در طول دهه‌های متمادی از تعرض و ایراد مؤلفان و قضات دادگاهها مصون نبوده، هنوز به عنوان ملاکهای تشخیص شروط تعیین کننده خسارت از شروط کیفری به کار گرفته می‌شود. پیش از بررسی این قواعد، ذکر دو نکته مقدماتی ضروری است:

اولاً، تشخیص دو دسته شروط فوق از یکدیگر از مسائل ماهوی در هر قرارداد

1. Out of all proportions.
2. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] A.C. 79, at p.86.

است که مستلزم تفسیر قرارداد با توجه به شروط مندرج در آن و اوضاع حاکم در زمان عقد است؛ از این رو، صرف به کار بردن لفظ شرط کیفری یا شرط تعیین کننده خسارت از سوی طرفین، رافع اختلاف و مشخص ماهیت شرط نخواهد بود.<sup>۱</sup> البته بی‌گمان، لفظ به کار برده شده ممکن است به عنوان یکی از اماره‌ها در تعیین ماهیت شرط مورد اختلاف به کار رود؛ بدین ترتیب که مدعی خلاف آنچه لفظاً شرط شده، به اقامه دلیل و اثبات ادعای خلاف مکلف باشد.<sup>۲</sup>

ثانیاً، به منظور تشخیص ماهیت شرط مورد توافق طرفین، شروط قراردادی و نیز اوضاع حاکم در زمان عقد باید مورد توجه قرار گیرد و هرگونه تغییر شرایط و اوضاع تا زمان نقض قرارداد علی‌القاعده در تعیین و تشخیص ماهیت شرط مؤثر نیست.<sup>۳</sup> با وصف این، در دعاوی اخیری<sup>۴</sup> اظهار نظر شده است که وقایع و اتفاقات بعد از انعقاد عقد را نباید به طور مطلق مورد اغماض قرار داد، بلکه این وقایع ممکن است به عنوان اماراتی به منظور نشان دادن اینکه آیا ارزیابی طرفین در زمان انعقاد عقد، نوعاً ارزیابی معقولی بوده است یا نه، به کار گرفته شوند؛ به عبارت دیگر، این وقایع ممکن است گویای این نکته باشد که در زمان انعقاد، نوعاً چه نوع خساراتی از سوی طرفین قابل پیش‌بینی و ارزیابی بوده است.

با بیان این دو نکته، حال می‌توان به اجمال قواعد مهم حاکم بر تشخیص دو دسته شروط مورد بحث در سیستم حقوقی انگلیس را بررسی کرد.

1. Ibid.; Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don Jose Ramos [1905] AC 6, per Lord Halsbury at, p.9; Wallis v. Smith [1882] 21 Ch. D. 243. per Fry, J. at pp.249-250.
2. Willson v. Love [1896] 1 Q.B. 628, at pp.629-630; Alder v. Moore [1916] 2 Q.B. 57 at p.75 per Devlin, L.J., Diestal v. Stevenson [1906] 2 K.B. 345 at p.350; Philips Hong Kong Ltd. v. The Attorney General of Hong Kong [1993] 611 B.L.R. 41, at p.59; Robophone Facilities Ltd. v. Blank [1966] 1 W.L.R. [1428] per Diplock, L.J.
3. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] A.C. 79 at pp.86-87.
4. Philips Hong Kong Ltd. v. A.G. of Hong Kong (1993) 61 B.L.R. 41 (Privy Council), at p.59.



### یک. اشتراط بر پرداخت مبلغی گزاف و نامعقول

مهم‌ترین قاعده عملی برای تشخیص شروط تعیین‌کننده خسارت از شروط کیفری، تلقی شرط مورد توافق به عنوان شرط کیفری است، البته زمانی که وجه مندرج در آن در مقایسه با بیشترین خسارتی که در زمان انعقاد عقد از نقض قرارداد قابل پیش‌بینی است، گزاف و نامعقول باشد.<sup>۱</sup>

این قاعده که از اواخر قرن نوزدهم به عبارات مختلف در تصمیمات قضایی آشکار گردیده و در دعوای مشهور مربوط به شروط کیفری<sup>۲</sup> نیز به عنوان نخستین قاعده در تشخیص دو دسته شروط فوق مورد بحث واقع شده است، هنوز هم به عنوان یک ملاک و قاعده عملی در غالب دعوای مطروحه در دادگاهها مورد استناد واقع می‌شود. نکته جالب توجه در این قاعده، گزاف و نامعقول بودن وجه مندرج در شرط در مقایسه با خسارات احتمالی آینده است؛ بنابراین، صرف زیاد بودن وجه مشروط از خسارات قابل پیش‌بینی دلیل این نخواهد بود که شرط مورد توافق از ماهیت کیفری برخوردار شود. به رغم این نکته، در بعضی از تصمیمات دادگاهها صرف تجاوز وجه مندرج در شرط از خسارات احتمالی قابل ارزیابی، موجب کیفری تلقی شدن شرط و اعلام بطلان آن شده است.<sup>۳</sup> این رویه، در تصمیم اخیر در دادگاه عالی استرالیا<sup>۴</sup> به شدت مورد انتقاد واقع شده و لزوم رجوع به ملاکهای «گزاف» و «نامعقول بودن» وجه مشروط در مقایسه با خسارات قابل پیش‌بینی مورد تأکید واقع شده است.

امکان عملی اعمال قاعده فوق در صورتی است که خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد در زمان انعقاد عقد قابل پیش‌بینی باشد؛ بنابراین، در فرضی که نوعاً پیش‌بینی خسارات به لحاظ عواقب خاص ناشی از نقض قرارداد، در زمان انعقاد

1. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] A.C. 79 at p.87; Clydebank Co. Ltd. v. Don Jose Ramos [1905] A.C.6 per Lord Halsbury at p.10.  
2. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] A.C. 79.  
3. Gooden Engineering Co. Ltd. v. Stanford [1953] 1 Q.B. 87 per Somervell L.J. at p.89.  
4. AMEV- UDC Finance Ltd. v. Austin [1986] 162 C.L.R. 170, at pp.190, 193-194.

دشوار یا ناممکن است، مانعی در تلقی توافق طرفین به عنوان شرطی معتبر و لازم‌الاجرا وجود نخواهد داشت، البته به شرط اینکه این احتمال معقول وجود داشته باشد که طرفین، واقعاً به قصد ارزیابی خسارات به اندراج شرط اقدام کرده‌اند.<sup>۱</sup>

### دو. اشتراط به پرداخت مبلغی معین در صورت نقض تعهدات متفاوت

گاه ممکن است طرفین ضمن عقد یا طی قراردادی جداگانه، شرط کنند که مبلغی معین در صورت نقض هر یک از تعهدات متفاوت قراردادی متعهد، در حق متعهدله قابل پرداخت خواهد بود. در این صورت نیز به منظور تشخیص ماهیت شرط، قاعده «گزاف» و «نامعقول» بودن وجه مندرج در شرط در مقایسه با خسارت قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد عقد همچنان اعمال‌شدنی خواهد بود. لکن باید توجه داشت که در چنین فرضی، وجه مشروط باید با کمترین خسارت قابل ارزیابی که ممکن است از نقض یکی از تعهدات مختلف متعهد ناشی شود، مقایسه گردد و چنانچه وجه مذکور در مقایسه با این خسارت، گزاف و نامعقول بود، تردیدی در ماهیت کیفری و در نتیجه بطلان آن نخواهد بود.

نکته مهم و جالب توجه در این باره این است که چنانچه نقض تعهدات متفاوت قراردادی مورد بحث، نوعاً قابلیت ایجاد خساراتی را داشته باشد که از حیث اهمیت متفاوت‌اند، فرض قانونی بر این خواهد بود که وجه مشروط از ماهیت کیفری برخوردار است.<sup>۲</sup> دلیل چنین فرضی احتمالاً این است که در چنین صورتی، طرفین، حسب ظاهر و برداشت اولیه، در مقام ارزیابی خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد برنیاورده‌اند؛ زیرا آنان برای نقض تعهدات مختلف که قابلیت ایجاد خسارات مختلف را دارد، به اشتراط وجهی ثابت و معین بسنده کرده‌اند. اما باید توجه داشت که این

1. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] A.C. 79 at pp.87-88.  
این قاعده، در دعوای اخیر از سوی «Privy Council» مجدداً مورد تأیید و تأکید قرار گرفت: Philips Hong Kong Ltd. v. A.G. Hong Kong (1993) 61.B.L.R. 41, at p.60.  
2. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] A.C. 79 per Lord Dunedin at p.87; Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co. (1886) 11 App. Cas. 332. per Lord Watson.

مطلب، صرفاً یک فرض و اماره مبتنی بر ظهور<sup>۱</sup> است، نه قاعده حقوقی؛ بنابراین، این فرض، همانند دیگر فرضهای اولیه، در شرایط معینی قابل رد و انتفا خواهد بود. در سه صورت، فرض اولیه دایر بر ماهیت کیفی شرط فوق‌الذکر منتفی، و شرط مورد توافق طرفین شرط تعیین‌کننده خسارت و معتبر تلقی خواهد شد:

۱. در صورتی که طبیعت و ماهیت خسارات ناشی از نقض تعهدات مختلف مورد بحث، با توجه به شرایط ویژه قرارداد، چنان است که ارزیابی پیشاپیش آنها، نوعاً دشوار یا ناممکن است. در چنین صورتی، اشتراط مبلغی ثابت که در صورت نقض تعهدات مختلف قراردادی پرداخت گردد، مشروط به معقول بودن میزان آن، شرط تعیین‌کننده خسارت و معتبر تلقی می‌شود.<sup>۲</sup>

۲. طرفین قرارداد به گونه‌ای در خصوص میزان خسارات قابل پیش‌بینی توافق کرده‌اند که اماره و فرض اولیه فوق‌الذکر را منتفی می‌سازد. ظهور توافق ویژه طرفین در یکی از سه شکل زیر ممکن است:

الف) گاهی طرفین بر مبلغی میانگین به عنوان خسارات قابل پرداخت در صورت نقض تعهدات متفاوت توافق می‌کنند؛ بدین ترتیب که اگر خسارت ناشی از نقض یک تعهد بین پنج تا پانزده پوند و خسارت تخطی از تعهد دیگر بین دو تا دوازده پوند پیش‌بینی شود، توافق طرفین بر پرداخت مبلغ هشت پوند در صورت نقض هر یک از تعهدات، معتبر و لازم‌الاجرا تلقی شده است.<sup>۳</sup>

امکان توافق بر مبلغ میانگین مشروط به دو شرط است: اولاً، خسارات ناشی از نقض هر یک از تعهدات نباید در زمان انعقاد عقد به طور دقیق قابل پیش‌بینی باشد. ثانیاً، اختلاف بین خسارات ناشی از نقض تعهدات مختلف نباید زیاد و قابل ملاحظه باشد.

ب) گاهی هر چند در نظر اول، وجه مشروط در صورت نقض تعهدات متفاوت،

1. Rebuttable presumption.  
2. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] AC 79 at pp.95-96 per Lord Atkinson; Galsworthy v. Strutt (1848) 1 Ex. 659, at pp.666-667.  
3. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. [1915] AC 79 at p.99 per Lord Parker of Weddington; English Hop Growers v. Dering [1928] 2 K.B. 174, at pp.181-182 per Scrutton L.J.

قابل پرداخت به نظر می‌رسد، اما تفسیر اراده طرفین با توجه به شرایط قراردادی و اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد عقد، ممکن است نشانگر این موضوع باشد که طرفین پرداخت وجه مشروط را در صورت وقوع تخلف از یک تعهد قراردادی معین اراده کرده‌اند. در این صورت نیز بدیهی است که فرض اولیه فوق‌الاشعار محلی برای اعمال نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

ج) ماهیت تعهد قراردادی، گاهی چنان است که بیش از یک بار و بیش از یک تخلف نقض می‌شود؛ برای مثال، تأخیر در تکمیل احداث بنا از سوی پیمانکار در قراردادهای احداث ساختمان ماهیتاً تخلفی است که پس از انقضای مدت مشروط قراردادی، در هر لحظه‌ای از تأخیر تکرار می‌شود. در خصوص تخلفاتی از این قبیل نیز اشتراط پرداخت مبلغی ثابت، در واقع، اشتراط مبلغی معین به منظور پرداخت در صورت وقوع تخلفات متعدّد با اهمیت متفاوت تلقی گردیده و فرض اولیه فوق‌الذکر دایر بر ماهیت کیفی چنین شرطی به این مورد نیز تسری داده شده است. به منظور انتفای این فرض، در چنین مواردی، طرفین ممکن است به پرداخت مبلغی که با تکرار تخلف مرتباً تغییر می‌کند، توافق کنند؛ برای نمونه، در مثال فوق، توافق طرفین ممکن است شکل پرداخت مبلغی معین برای هر هفته از تأخیر را به خود بگیرد. بدیهی است که در چنین صورتی نیز فرض اولیه منتفی و شرط، معتبر تلقی خواهد شد.

۳. در خصوص تعهدات دارای طرق مختلف قابل نقض، معمولاً تمایل دادگاهها بر این است که به هر تقدیر نقض قرارداد را از هر طریقی که واقع شده باشد، یک تخلف به شمار آورند و نتیجتاً دامنه اعمال فرض اولیه فوق‌الاشعار را محدود سازند؛ برای مثال، در قراردادهای احداث بنا، عدم تکمیل ساختمان در مدت مشروط قراردادی ممکن است از نقض هر یک از تعهدات مختلف پیمانکار با اهمیتهای متفاوت ناشی شود، اما دادگاهها در دعاوی متعدّدی بر این نکته تأکید کرده‌اند که عدم تکمیل بنا در مدت

۱. برای مثال، ملاحظه کنید تفسیری که از قرارداد در دعوی «Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.» توسط Lord Atkinson به عمل آمده است (ص ۹۲-۹۳). این نکته، در واقع، دلیل تمایز بین دعوی مذکور و دعوی مشابه «Ford Co. v. Armstrong» (31. T.L.R. 267) (1915) تلقی شده است.

مشروط قراردادی صرفاً یک تخلف است؛ از این رو، فرض اولیه مبنی بر کیفری بودن ماهیت وجه مشروط، اعمال شدنی نیست.<sup>۱</sup> این گرایش، همچنین در دعاوی مربوط به تخلف از شرط عدم رقابت نیز ملاحظه می‌شود؛ برای مثال، تعهد به عدم اشتغال به تجارت در محدوده‌ای معین، ماهیتاً تعهدی است که به طرق مختلف و بیش از یک بار قابل نقض است، اما تمایل دادگاهها بر این است که تخلف از چنین تعهدی را تخلفی واحد بدانند<sup>۲</sup> و بدین ترتیب، دامنه اعمال فرض اولیه موضوع بحث را محدود سازند.

### نتیجه

بررسی دیدگاههای حاکم در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری در نظامهای مختلف حقوقی جهان، بیانگر نکات ذیل است:

قواعد حاکم در سیستم حقوقی انگلیس، که کم و بیش در دیگر سیستمهای حقوقی تابع حقوق عرفی نیز به مورد اجرا گذاشته می‌شود، گرچه به جهت دست‌یابی به هدف منع متعهدله از تحت فشار قرار دادن متعهد به اجرای تعهد و تنبیه او در صورت عدم اجرا وضع شده و توسعه یافته‌اند، در عمل مشکلات معتناهایی را برای دادگاهها و اصحاب قرارداد به وجود آورده است. قواعد مذکور به جهت تشتت، پراکندگی و قابلیت تغییر، باعث از بین رفتن اطمینان و دقت در روابط تجاری شده است؛ بدین توضیح که طرفین قرارداد در زمان انعقاد عقد و توافق در خصوص میزان خسارات احتمالی آینده به ندرت و به سختی می‌توانند اطمینان در خصوص حقوق و وظایف قراردادی خویش داشته و اعمال قواعدی دقیق و مشخص را بر روابط حقوقی خویش در باب شرط کیفری پیش‌بینی کنند.

از سوی دیگر، قواعد مذکور قابلیت انعطاف لازم را که بعضاً لازمه دست‌یابی به عدالت در روابط قراردادی است ندارد؛ زیرا شرطی که در مقام تخمین و ارزیابی

1. Law v. Redditch Local Board [1892] 1 Q.B. 127, per Kerr. L.J. at p.136. Philips Hong Kong Ltd. v. A.G. Hong Kong (1993) 61 B.L.R. 49; Diestal v. Stevenson [1906] 2 K.B. 345, at p.350.
2. See, e.g., Crisdee v Bolton (1827) 3 C. & P. 240; Price v Green (1847) 16 M. & W. 346. at p.354. Reynolds v Bridge (1856) 6 E. & B. 528, at p. 541.

پیشاپیش خسارات مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد، در نظام حقوقی انگلیس و کشورهای مشابه قابل تعدیل نیست. به همین سبب، در برخی تألیفات حقوقی تصریح شده است که نظام حقوقی عرفی در خصوص قابلیت اجرای شرط کیفری به تحصیل بدترین درجات دو جهان موفق شده است (Treitel, 1988: 233)؛ زیرا اولاً اطمینان و دقت کافی را ندارد؛ ثانیاً قابلیت انعطاف لازم را نیز ندارد. قواعد حاکم در نظام حقوقی مذکور در باب شرط کیفری از حیث پیچیدگی به مبهم‌ترین و غیر دقیق‌ترین بخش حقوق تعبیر شده و غالباً مورد انتقاد واقع شده است.

اصل اجرای مطلق شرط کیفری که در معدودی از کشورهای اروپایی و نیز سیستم حقوقی کشور ما اعمال می‌شود، واجد نقطه قوتی بسیار مهم، یعنی تضمین دقت و اطمینان در روابط قراردادی است. طرفین قرارداد در زمان انعقاد عقد، نسبت به حقوق و وظایف قراردادی خویش واقف هستند و دادگاه نیز در مقام رفع اختلاف طرفین، از مشکل احراز ورود خسارت به متعهدله و نیز تعیین میزان خسارت بری است. بعلاوه، با توافق پیشاپیش طرفین در باب میزان خسارت، متعهدله از اقامه دلیل به منظور اثبات ورود خسارت به خویش در نتیجه تخلف متعهد و نیز میزان آن، که گاه باری بسیار سنگین و مشکل در مقام اثبات و توأم با صرف هزینه‌های بعضاً سنگین است، معاف می‌شود. از سوی دیگر، متعهد نیز از پیش، بهای تخلف قراردادی خویش را می‌داند و در قراردادهای تجاری بزرگ با توجه به مجموع اوضاع به اتخاذ تصمیم در خصوص ادامه اجرا یا نقض قرارداد قادر است.

در کنار مزیت فوق، اصل اجرای مطلق شرط کیفری به راحتی قابلیت سوء استفاده از سوی هر یک از طرفین را دارد. گاه متعهدله با تحمیل مبلغی گزاف به عنوان وجه مندرج در شرط کیفری، متعهد را تحت فشار بیش از حد برای اجرای تعهد می‌گذارد و در صورت نقض قرارداد نیز پرداخت مبلغی سنگین و نامتناسب با خسارات را به او تحمیل می‌کند. از سوی دیگر، متعهد نیز گاه با توسل به اصل اجرای مطلق شرط کیفری و اشتراط پرداخت مبلغی بسیار ناچیز در صورت نقض، راه تخلف را برای خویش باز می‌گذارد و متعهدله را از امکان دریافت خسارات واقعی ناشی از نقض قرارداد محروم می‌سازد.

این سوء استفاده غالباً در مواردی دیده می‌شود که طرفین قرارداد، قدرت معاملی یکسان<sup>۱</sup> ندارند؛ از این رو، امکان چنین سوء استفاده‌ای در دنیای تجارت فعلی که به سوی انحصار در ارائه کالا و خدمات پیش می‌رود، روز به روز بیشتر می‌شود. این نقیصه در اصل اجرای مطلق شرط کیفری به تتهایی در عدم پذیرش و رد این نظریه کافی است؛ زیرا وجود این نقیصه، مزیت اصل مذکور را نیز تا حد زیادی تحت الشعاع قرار می‌دهد. در این میان، تنها اصل اجرای شرط کیفری با امکان تعدیل قضایی آن است که اولاً واجد دقت و اطمینان‌آوری<sup>۲</sup> موجود در اصل اجرای مطلق شرط کیفری است و ثانیاً با امکان تعدیل وجه مشروط در صورت فوق‌العاده زیاد یا بسیار ناچیز بودن، از قابلیت انعطاف لازم<sup>۳</sup> به منظور مسدود کردن راه سوء استفاده طرف قرارداد که دارای قدرت معاملی بالاست، برخوردار می‌باشد. به همین اعتبار است که تمایل به پذیرش این اصل در کشورهای اروپایی روز به روز افزایش می‌یابد و حتی حقوقدانان کشورهای تابع سیستم حقوقی عرفی، نظیر انگلیس نیز به کارآیی و مؤثر بودن این اصل در ایجاد اطمینان و دقت از یک سو و عدالت از سوی دیگر، در روابط قراردادی معترف‌اند (برای مثال ر.ک: Treitel, ibid.:224).

همچنان که گفته شد، اصل مورد پذیرش در کشور ما اصل اجرای مطلق شرط کیفری است. با توجه به نقیصه‌های ناشی از این اصل و عمدتاً امکان سوء استفاده از آن در روابط قراردادی و با توجه به پیچیدگی روابط تجاری و حقوقی در کشور ما و توسعه روابط تجاری بین‌المللی، جا دارد که قانونگذار کشور ما نیز امکان تعدیل شرط کیفری از سوی قاضی را در موارد معین به رسمیت بشناسد. دلایل زیر این پیشنهاد را تقویت می‌کند:

۱. مهم‌ترین دلیل برای حمایت و حفظ اصل اجرای مطلق شرط کیفری، اصل آزادی قراردادهای و لزوم احترام به قصد مشترک طرفین در باب شروط قراردادی و از جمله شرط کیفری است. گرچه این اصل، به ظاهر، اصل اجرای مطلق شرط کیفری را

1. Equal bargaining power.
2. Certainty.
3. Flexibility.

تأیید و تقویت می‌کند، همان طور که گفته شد، اصل حاکمیت اراده را نباید اصلی مطلق و بی‌حد و حصر تصور کرد. توسعه روابط قراردادی در جامعه و ایجاد انحصار در ارائه کالا و خدمات و لزوم حمایت از طرف ضعیف قرارداد و نیز حقوق جامعه، اجمالاً لزوم تحدید اصل حاکمیت اراده را اقتضا و توجیه می‌کند و حقوق کشور ما در مواردی متعدّد، ولو بعد از انقلاب اسلامی، شاهد چنین تحدیدهایی بوده است. از مهم‌ترین این موارد می‌توان به قانون کار مصوّب مجمع تشخیص مصلحت نظام، تبصره ۳ ذیل ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوّب سال ۱۳۶۲<sup>۱</sup> و حفظ قوانینی نظیر قانون روابط موجر و مستأجر مصوّب سال ۱۳۵۶ اشاره کرد.

آیا امکان و احتمال قوی سوء استفاده از اصل اجرای مطلق شرط کیفری به نحو مندرج در ماده ۲۳۰ قانون مدنی، لزوم تحدید اصل حاکمیت اراده در این باب را ایجاب نمی‌کند؟ آیا با توجه به توسعه روابط تجاری و اقتصادی در کشورمان و نیز ایجاد برخی موارد انحصار در ارائه کالا و خدمات و در نتیجه، ایجاد نوعی عدم تعادل در قدرت معاملی طرفین قرارداد، قانونگذار نباید به منظور حمایت از حقوق طرف ضعیف قرارداد و نیز حمایت از حقوق جامعه، قدم پیش گذاشته و راه سوء استفاده از ماده ۲۳۰ قانون مدنی را سد کند؟ به نظر می‌رسد شبیه دلالی که قانونگذار را به تحدید اصل حاکمیت اراده در روابط کارگر و کارفرما قانع کرده است، در خصوص شرط کیفری نیز موجود بوده و لزوم تحدید قلمرو ماده ۲۳۰ قانون مدنی را با ایجاد امکان تعدیل قضایی آن ایجاب می‌کند.

۲. اساساً می‌توان استدلال کرد که امتناع از اجرای شرط کیفری که حاوی مبلغی بسیار گزاف و نامتناسب با خسارات است، با اجرای اصل حاکمیت اراده منافاتی ندارد. در فرضی که طرفین قرارداد پرداخت مبلغی بسیار زیاد و نامتناسب با خسارات را ضمن قرارداد شرط می‌کنند، قصد اجرای شرط را مشکل می‌توان به طرفین منتسب کرد. متعهد هنگام پذیرش چنین مبلغی به عنوان جزای تخلف قراردادی خویش، هرگز قصد و حتی احتمال نقض قرارداد را در سر نمی‌پروراند؛

۱. اگرچه اکنون مدت اجرای آن منقضی شده است.

بنابراین، ارادهٔ جدی پرداخت چنین مبلغی در صورت تخلف، در زمان انعقاد قرارداد، ظاهراً به او قابل انتساب نیست. از سوی دیگر، متعهدله نیز هنگام تحمیل چنین وجهی به عنوان شرط کیفری، آن را وسیله‌ای برای ایجاد فشار بیش از حد و تهدید متعهد به اجرای به موقع قرارداد می‌پندارد و قصد دریافت آن در صورت تخلف قراردادی را به عنوان قصدی اولیه در سر ندارد؛ پس حداقل می‌توان گفت که فرض اولیه در صورت اشتراط چنین مبلغ نامتناسب و گزافی این است که طرفین، حسب ظاهر، قصد اجرای آن را نکرده‌اند. بنابراین عدم اجرای آن از سوی دادگاه ممکن است با اصل حاکمیت اراده منافاتی نداشته باشد.

۳. مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی ایران از مادهٔ ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه (پیش از اصلاحات ۱۹۷۵ م.) اقتباس شده است. همچنان که گذشت، قانونگذار فرانسه در ۱۹۷۵ م. ضرورت بر هم زدن اصل مندرج در مادهٔ ۱۱۵۲ و ایجاد امکان تعدیل قضایی شرط کیفری را به رسمیت شناخت. به نظر می‌رسد چنین ضرورتی در ایران نیز امروزه موجود است و بسیار بجاست که قانونگذار با برداشتن چنین گامی و ایجاد امکان تعدیل قضایی شرط، راه اجرای عدالت در روابط قراردادی را هموار سازد.

تا زمانی که تجدید نظر در مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی به عمل نیامده است، به نظر می‌رسد دادگاهها می‌توانند با تفسیر عبارت مندرج در مادهٔ مذکور، راه سوء استفاده بیش از حد از اصل اجرای مطلق شرط کیفری را مسدود کنند. عبارت مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی به اشتراط پرداخت «مبلغی به عنوان خسارت» اشاره می‌کند. زمانی که طرفین نسبت به پرداخت مبلغی گزاف و کاملاً نامتناسب با خسارات به عنوان موضوع شرط توافق می‌کنند، اشتراط شرط کیفری را نمی‌توان توافق به تعیین مبلغی به «عنوان خسارت» دانست و اساساً چنین قصدی نیز، اولاً و بالذات، حسب ظاهر، به طرفین قابل انتساب نیست؛ بنابراین، در چنین مواردی می‌توان موضوع را از شمول مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی خارج و از اجرای شرط خودداری کرد. این نظر، گرچه ممکن است مورد ایراد واقع شود، اما موافق با برقراری عدالت در روابط قراردادی است که از وظایف مهم دادرس دادگاه است. از سوی دیگر، تمایل دادگاهها به این نظر ممکن است راه تجدید نظر قانونی در مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی را هموارتر سازد.

### کتاب‌شناسی

- آل کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المعجله*، مکتبه النجاح.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق تعهدات*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.

- حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، تحقیق شیخ محمد رازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.

- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین الفقہیہ*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.

- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی.

- قانون آیین دادرسی مدنی سابق (ایران).

- قانون ثبت ایران.

- قانون کار فرانسه.

- قانون مدنی اتریش.

- قانون مدنی استرالیا.

- قانون مدنی آفریقای جنوبی.

- قانون مدنی آلمان.

- قانون مدنی انگلیس.

- قانون مدنی ایران.

- قانون مدنی بلژیک.

- قانون مدنی فرانسه.

- قانون مدنی کبک.

- کاتوزیان، ناصر، «اثر قراردادها در مسئولیت مدنی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۲۰، شماره ۴، دی ماه ۱۳۵۷.

- همو، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، شرکت انتشار، ۱۳۷۶؛ بهنشر، دی ماه ۱۳۶۸.

- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقہیہ*، دار الکتب العلمیہ.

- میرحسین عابدیان، *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، ققنوس، ۱۳۷۷.

- نراقی، احمد، *عوائد الایام*، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.

- Atiyah, P. S., *Freedom of Contract and the New Right, (Essays on Contract, Essay 12)*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1990.

- Denis Tallin, *Contract Law Today, Anglo-French Comparison*.

- Downes, T., *Textbook on Contract*, 3<sup>rd</sup> ed., London: Blackstone Press, 1993.

- Furmston, M. P., *Contract Planning: Liquidated Damages*, J.C.L., vol. 4, 1991.

- Harpum, C., *Equitable Relief: Penalties and Forfeiture* (1989) 48 *Cambridge Law Journal* 370.

- Harris, D., *Penalties and Forfeiture*, L.M.C.L.Q., 158.

- Kerr, *The Principles of the Law of Contract*.

- Lawson, R., *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 4<sup>th</sup> ed., London: FT Law & Tax, 1995; Yates, D., *Exclusion Clauses in Contracts*, 2<sup>nd</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 1982.