

شرط وجه التزام غیر عادلانه

علی اصغر حاتمی*

عبدالرضا صادقی**

تاریخ دریافت: ۹۱/۹/۸

تاریخ پذیرش: ۹۱/۱۱/۳۰

چکیده

شرط وجه التزام یکی از ضمانت‌های اجرای قراردادهاست که به موجب آن طرفین توافق می‌کنند در صورت تخلف، متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت بپردازد (ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی). درج چنین شرطی معمولاً به منظور تضمین و تأمین تعهد اصلی و تسهیل مطالبه خسارت با رهایی از پیچیدگی‌های تشریفات دادرسی است. وجه التزام در حقوق ایران ماهیت خسارت دارد و غیر قابل تغییر توسط قاضی است. اگر چه لزومی به برابری مبلغ مقرر به عنوان وجه التزام و خسارات واقعی نیست، لیکن در برخی موارد مبلغ فوق چنان گزاف و نا متناسب با خسارت واقعی است، به‌طوری‌که تعادل (و نه برابری) عرفی و عقلی بین میزان مبلغ مندرج در قرارداد و خسارت واقعی به هیچ عنوان وجود ندارد. به عبارتی دیگر، در برخی موارد متعهد (مشروط علیه) به دلیل وضعیت اقتصادی نامطلوب و شرایط حاکم بر قرارداد، نه تنها توانایی بالفعل بلکه توانایی بالقوه پرداخت وجه التزام گزاف را ندارد به همین دلیل توافق در چنین وضعیتی به امری موهوم مانند است که اجحاف‌آمیز، غیر عادلانه و غیر منصفانه تلقی می‌گردد. در مقابله با این وضعیت دو دیدگاه رایج است؛ گروهی قائل به صحت مطلق شرط وجه التزام ولو غیر عادلانه هستند اما عده ای نظر به جواز تعدیل چنین شرطی دارند. بنظر می‌رسد شرط وجه التزام غیر عادلانه، با وصف مزبور، در حقوق ایران باطل است که در این مقاله در پی تقویت این نظر هستیم. در تحقیق پیش رو، مفهوم، ماهیت و اوصاف وجه التزام و وضعیت حقوقی شرط وجه التزام غیر عادلانه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

واژه‌های کلیدی: وجه التزام، شرط کیفری، شروط غیرمنصفانه، قاعده عدل و انصاف، عدالت معاوضی (عدالت قراردادی)

ahatami@shirazu.ac.ir

* دانشیار گروه حقوق دانشگاه شیراز

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

۱- مقدمه

طرفین قرارداد می‌توانند خسارت تخلف از قرارداد را پیشاپیش و بطور مقطوع تعیین کنند. یکی از متداول‌ترین راه‌های پیش بینی خسارت درج شرط وجه التزام است. ماده‌ی ۲۳۰ ق.م مبنای قانونی شرط وجه التزام در حقوق ایران است. هدف از درج وجه التزام بهره‌مندی از ویژگی‌های خاص آن از جمله استحقاق مطالبه وجه التزام به محض ارتکاب تخلف و بدون نیاز به اثبات ورود ضرر و تقویم آن است که موجب تسهیل و تسریع امر دادرسی در مطالبه خسارت است. تعیین میزان وجه التزام در اختیار طرفین است اما نمی‌توان این آزادی را مطلق دانست و به طرفین اختیار داد که مبالغ هنگفت را به‌عنوان وجه التزام شرط نمایند. زیرا این آزادی نباید مغایر با ماهیت خسارتی وجه التزام باشد. حال چنانچه طرفین علیرغم عدم توانایی بالفعل و حتی بالقوه متعهد (مشروط علیه) مبنی بر پرداخت مبلغ گزاف و غیرعادلانه به‌عنوان وجه التزام، مبادرت به درج شرط وجه التزام گزاف می‌کنند وضعیت حقوقی چنین شرطی چیست؟ بطور کلی و نوعی وضعیت حقوقی شرط وجه التزام با میزان مبلغ گزاف و نامتناسب با خسارت واقعی در حقوق ایران چیست؟

۲. کلیات

۲-۱. مفهوم و ماهیت وجه التزام

۲-۱-۱. تعریف وجه التزام

عناوین مختلفی برای مفهوم وجه التزام در ادبیات حقوقی، اعم از داخلی و خارجی، استعمال شده است. از جمله؛ شرط جزایی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۲)، شرط کیفری (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۷۰)^۱، خسارت توافقی (عادل، ۱۳۸۰: ۸۸)، شرط وجه التزام قراردادی (همان)^۲ خسارت مقطوع (شعبانی، ۱۳۸۵: ۲۴۳)، غرامت توافقی (تسخیری، ۱۳۸۴: ۸۱)، شرط غرامت (همان، ۸۲)، شرط تاوان (همان، ۸۹)، تعویض الاتفاقی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۷۳۹)^۳. همچنین تعاریف مختلفی نیز از سوی حقوق دانان ارایه گردیده که ذیلاً می‌آوریم:

- ۱- وجه التزام مبلغی است که طرفین قرارداد در حین عقد به‌عنوان میزان خسارت محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تأخیر در اجرای تعهد، پیش‌بینی کرده و بر آن توافق نموده باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۰۱)^۴
- ۲- وجه التزام به‌عنوان خسارتی که پیشاپیش و هنگام تنظیم قرارداد میان طرفین توافق می‌شود تا در صورت بروز تخلف و عدم انجام تعهد یا انصراف از تعهد به متعهدله یا مشروط له پرداخت و از مراجعه محاکم قضایی و گرفتار شدن در ماجرای آیین دادرسی خودداری شود (نوین، ۱۳۸۴: ۲۸۹).
- ۳- در قراردادها معمولاً برای تضمین و تحکیم تعهدات متعاقدين به‌صورت شرط در ضمن عقد، مبلغی پیش‌بینی می‌شود تا در صورت تخلف هر کدام از آنان، به عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت شود. این مبلغ را اصطلاحاً «وجه التزام» می‌نامند (حسین آبادی، ۱۳۸۱: ۵۲).
- ۴- شرط کیفری توافقی است که به موجب آن دو طرف میزان خسارتی را که در صورت عدم اجرای نامشروع قرارداد بطور مقطوع باید پرداخته شود از پیش معین می‌سازند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۷۰).

۵- توافقی است که طرفین در حین انعقاد عقد یا پس از آن- لیکن قبل از نقض عهد- منعقد می‌نمایند تا در صورت تخلف از اجرای تعهد (کلاً یا بعضاً) متخلف مبلغ یا مال معینی را به متعهدله بپردازد و یا اقدام به فعل یا ترک فعل به نفع متعهدله بنماید (شعبانی، ۱۳۸۵: ۹۸).

۶- [خسارت توافقی] مبلغی است که هر دو طرف یک قرارداد (که تعهد اصلی آن پرداخت وجه نقد نباشد) 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 می‌کنند (وجه التزام) (عادل، ۱۳۸۰: ۸۸).

برخلاف اعتقاد برخی^۵ بنظر می‌رسد با توجه به مبنای مستقیم قانونی و قطعی وجه التزام در حقوق ایران، که همان ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی می‌باشد، موضوع وجه التزام مبلغی پول است. اگرچه می‌توان برای تخلف از قرارداد، به عنوان خسارت، فعل یا ترک فعلی را شرط کرد و بتوان چنین شرطی را با عنوان شرط کیفری در حقوق نوشته متصور شد،^۶ ولی در حقوق ایران اگر چه چنین شرطی به استناد ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت نافذ است، عنوان آن چیزی غیر از «وجه التزام» خواهد بود. چرا که وجه التزام به نظر می‌رسد یک حقیقت قانونی است که شق اول ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی متضمن تعریف و بیان ماهیت آن در نظام حقوقی ایران است و به همین دلیل بررسی مفردات این ماده معتبر و قابل استناد است و می‌توان گفت قانونگذار نیز در خصوص موضوع شرط وجه التزام که مبلغی پول می‌باشد در مقام بیان بوده است. لذا می‌توان وجه التزام را این‌گونه تعریف نمود: «ترازی بر تأدیه وجهی مقطوع، به عنوان خسارت ناشی از تخلف از تعهد، به نحوی که مقدم بر تحقق تخلف و بدون توسل به تشریفات خاص قضایی باشد».

توجه به این امر ضروری است که ضابطه کلی فقهی برای صحت شرط جزایی عبارت است از اینکه نه مبتنی بر امر باطلی باشد و نه امر باطلی را در پی داشته باشد - مثل ربا - در این صورت چنین شرطی صحیح و نافذ بوده و به عنوان یک تکلیف شرعی لازم الوفاست (تسخیری، ۱۳۸۴: ۸۳). برای نمونه رأی ذیل که طی دادنامه شماره ۸۰/۱۶۸/۳۸ - ۸۰/۳/۲۸ از شعبه سی و هشت دیوان عالی کشور

اصدار یافته است و بدینوسیله از آنجا که وجه التزام مقرر امر باطلی را در پی داشته باطل اعلام کرده است عیناً آورده می‌شود:

«... لیکن در خصوص ایرادات تجدیدنظر خواه در باب وجه التزام مقرر برای تخلف تجدیدنظر خوانده از استرداد ودیعه موضوع قرارداد، نظر به اینکه مفاد شرط در واقع تعیین مبلغ یکصد هزار ریال خسارت روزانه برای تخلف تجدیدنظر خوانده در استرداد قرض الحسنه موضوع قرارداد با انقضای مدت اجاره و تخلیه مورد اجاره از ناحیه مستأجر است و نظر به اینکه شرط مذکور ... اساساً توافق بر تعیین خسارت تأخیر تأدیه و اشتراط زیاده در قرض است که از مصادیق بارز ربا بوده و بر اساس نظریات متعدد شورای نگهبان مغایر شرع انور بوده و مستنداً به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند ۳ ماده‌ی ۲۳۲ قانون مدنی قابل ترتیب اثر نیست ...» (مندرج در: عابدیان و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۶۲).

۲.۱.۲. ماهیت وجه التزام

با توجه به تعاریف ارایه شده از سوی حقوق‌دانان و ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی به‌عنوان مبنای متقن قانونی وجه التزام و نظر به تفاوت‌های اساسی تأسیس حقوقی مزبور با سایر مفاهیم مشابه^۷، می‌توان ماهیت وجه التزام را، به عنوان یکی از ضمانت‌های اجرای قراردادهای، علاوه بر «قراردادی» و «تبعی» بودن از ابعاد مختلفی مورد بررسی قرار داد؛

الف- شرط وجه التزام شرط فعل مادی است؛ شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعل بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. این فعل از حیث ظرف تحقق اعم است از مادی یا اعتباری (حقوقی) (شهیدی، ۱۳۸۶: ۶۵). تعیین قراردادی خسارت نیز از حیث ماهیت یک نوع شرط فعل است که مفاد آن اجرای یک فعل مادی است: یعنی پرداخت مبلغی به عنوان جبران خسارت (احمدوند، ۱۳۸۳: ۱۴). شرط وجه التزام همانند سایر شروط فعل قابل اسقاط است.

به نظر می‌رسد سلسله مراتب ضمانت اجراهای شرط فعل، یعنی الزام، انجام توسط ثالث و در نهایت فسخ (مذکور در مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹) از سوی قانون‌گذار یک نوع جواز و رخصت^۸ است و نه ترتیب، تجویز و الزام قانونی. لذا مشروط له حق دارد که به دلخواه هر کدام از این انتخاب‌ها را برگزیند. این تخییر تنها از جانب متعهدله است نه متعهد. بطور خلاصه شرط پرداخت وجه التزام یک شرط فعل است که در صورت امتناع مشروط علیه از انجام آن، مشروط له دو راه در پیش رو دارد: یکی الزام او به انجام کار و دیگری صرفنظر از انجام کار و صرفاً مطالبه وجه التزام. البته در اتخاذ چنین رویه‌ای نیز بین شعب دیوانعالی کشور اختلاف نظر است.^۹

ب- وجه التزام ماهیتاً خسارت به شمار می‌رود؛ وجه التزام خسارتی است که طرفین پیشاپیش آن را تخمین زده‌اند. این بُعد از ماهیت وجه التزام به طور صریح در شق اول ماده‌ی ۲۳۰ ق.م تأکید شده است. ماده ۲۳۰ ق.م مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید...». همانطور که هویدا است مبلغ مندرج در ضمن عقد به عنوان وجه التزام ماهیتاً خسارت است و چهره جبران خسارتی دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۷۳۹؛ عابدیان، ۱۳۸۵: ۱۸ (زیرنویس ۱)؛ عادل، ۱۳۸۰: ۹۱).^{۱۰} به عبارتی دیگر چهره خسارتی وجه التزام جزء لاینفک ماهیت حقوقی وجه التزام است. لذا در تعیین اعتبار یا عدم اعتبار وجه مقرر بین طرفین بعنوان وجه التزام، توجه و ملاحظه این نکته ضروری است.^{۱۱} درواقع چنانچه مبلغ مقرر چهره خسارتی نداشته باشد، مثلاً به عنوان کیفر و جریمه به نظر آید، در نظام حقوقی ایران به عنوان وجه التزام به شمار نمی‌آید.

خسارتی بودن وجه التزام در برابر جریمه (کیفر) انگاشتن تأسیس حقوقی مزبور قرار می‌گیرد. چرا که در برخی نظام‌های حقوقی، به ویژه در رم قدیم، این شرط واقعاً جنبه کیفر داشته است چرا که به فرد بدهکار به دیده مجرم نگریسته می‌شد (حسین آبادی، ۱۳۸۱: ۵۲). به نظر برخی حقوق‌دانان در حقوق ما وجه

التزام هر دو چهره کیفری و جبران خسارت را با هم دارد و به همین جهت ادعای خلاف آن در دادگاه شنیده نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۴). به نظر ایشان اشاره ماده‌ی ۲۳۰ ق.م به «عنوان خسارت» بر پایه غلبه است و اگر طرفین انگیزه ایجاد تضمین هم داشته باشند در همین قالب بیان می‌کنند و به دشواری می‌توان از آن نتیجه گرفت که انگیزه غرامت [جریمه] خواستن یا تهدید طرف یا انتفاء، نامشروع است (همان، ۲۷۷-۲۷۸). برخی دیگر نیز برای وجه التزام هر دو صبغه تهدیدی و خسارتی را قایلند به این نحو که در زمان اجرای قرارداد، به عنوان ابزاری برای تضمین اجرای تعهد و تهدید متعهد به ایفاء تعهد عمل می‌کند اما در زمان نقض قرارداد برای جبران خسارت ناشی از تخلف و مجازات متعهد به کار می‌رود (مقصودی، ۱۰۴: ۱۳۹۰ و ۱۲۰).

اما باید توجه داشت که نویسندگان مذکور انگیزه (هدف) و ماهیت را خلط کرده‌اند. ممکن است انگیزه از درج وجه التزام زیر فشار قرار دادن متعهد باشد اما این امر بطور کلی به ماهیت خسارتی وجه التزام تعرض نمی‌کند. چنانچه این انگیزه به حدی از نامتعارف و غیرمعقول بودن برسد آنگاه است که به ماهیت خسارتی وجه التزام لطمه وارد می‌کند و آن امر مورد توافق دیگر وجه التزام به شمار نمی‌آید. هم‌چنین ماهیت وجه التزام بسیط و واحد است که به حکم منطوق ماده‌ی ۲۳۰ ق.م عبارت است از «خسارت» و نمی‌توان برای آن بدون دلیل خاص و از باب اتکاء بر انگیزه متعهدله یک ماهیت دوگانه در نظر گرفت. علاوه بر این تفسیر «به عنوان خسارت» از باب غلبه خلاف ظاهر و منطوق ماده مذکور است. همان‌طور که قبلاً اشاره شد وجه التزام در حقوق ایران یک حقیقت قانونی است و مبنای متقن آن ماده‌ی ۲۳۰ ق.م می‌باشد که بررسی مفردات آن قطعی، معتبر و قابل استناد است و می‌توان گفت قانون‌گذار در مقام بیان ارکان ماهیت وجه التزام از جمله ماهیت خسارتی این تأسیس حقوقی بوده است لذا بدون دلیل خاص نمی‌توان اشاره به «عنوان خسارت» را از باب غلبه دانست.

خسارت بودن وجه التزام به معنای این نیست که حکم به آن ملازمه با ورود خسارت و تحقق سایر شرایط مسئولیت قراردادی داشته باشد. چرا که به حکم

منطوق ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. صرف تخلف، پرداخت وجه التزام را اقتضا می‌کند و لزوماً نیازی به ورود خسارت و حتی تقویم میزان آن نیست که این امر از مختصات چنین شرطی است. این موضوع نیز مورد تأیید حقوق‌دانان است.^{۱۲} بنظر ما خسارتی بودن وجه التزام آثاری در پی دارد که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم:

۱-ب- بررسی امکان مطالبه هم‌زمان وجه التزام و انجام تعهد

چنانچه وجه التزام، به عنوان خسارت ناشی از «عدم انجام فعل» باشد امکان مطالبه هم‌زمان وجه التزام و انجام فعل وجود ندارد. در این فرض، وجه التزام بدل تعهد اصلی است. در واقع از آنجاییکه وجه التزام ماهیت خسارت دارد به همین جهت جمع بین اخذ خسارت و انجام تعهد ممنوع و از اغلاط مشهور است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۷۳۹). چرا که طبق یک اصل مسلم حقوقی «یک خسارت دو بار جبران نمی‌شود». لذا:

۱- دریافت مبلغ دیگری از متخلف به عنوان خسارت امکان‌پذیر نیست. چرا که با درج مبلغ فوق به نوعی به تحدید مسئولیت نیز پرداخته‌اند.^{۱۳}

۲- دادگاه نیز نمی‌تواند خسارت دیگری را به جای آن (وجه التزام) تعیین کند چرا که مخالف قصد طرفین و مفاد قرارداد مبنی بر توافق پیشین خود بر اخذ وجه التزام به عنوان خسارت تخلف است.

۳- متعهد (مشروط علیه) هنگامی ملزم به پرداخت وجه التزام است که قانوناً به‌توان وی را ملزم به دادن خسارت کرد پس اگر فورس ماژور در بین باشد نباید وجه التزام بدهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۲).

هم‌چنین لازم به ذکر است که در خصوص امکان یا عدم امکان مطالبه هم‌زمان وجه التزام و الزام به انجام تعهد آرای متناقضی نیز از شعب دیوانعالی کشور صادر گردیده است. در برخی آرا^{۱۴} تعیین وجه التزام مزبور را مانع الزام به اجرای قرارداد ندانسته‌اند. در مقابل، برخی از آرا^{۱۵} تعهد متخلف را صرفاً محدود به پرداخت وجه التزام دانسته‌اند چرا که قصد و رضای طرفین تنها نسبت به این ضمانت اجرا

محدود شده است و نمی‌توان الزام وی را به انجام تعهد خواست. همان‌طور که گفته شد به‌نظر ما این تناقض در صدور آراء ناشی از دو منشأ است: یکی عدم توجه به قصد طرفین مبنی بر درج وجه التزام به عنوان خسارت ناشی از تأخیر یا عدم انجام تعهد، دوم عدم توجه نسبت به اختیاری بودن مراتب اعمال ضمانت اجرا های شرط فعل مذکور در مواد ۲۳۷ به بعد قانون مدنی توسط متعهده (مشروط له).

در حال حاضر حکم صریح ماده‌ی ۳۶ «آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی» مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ باید فصل الخطاب اختلاف نظرات شعب دیوان به شمار آید: «هرگاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد، مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجراء تعهد نمی‌باشد ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد، متعهده فقط می‌تواند یکی از آن دو را مطالبه کند». این ماده‌ی نیز عیناً در آیین نامه قبلی مصوب ۱۳۵۵ درج شده بود.

همان‌گونه که هویدا است از حصر موجود در قسمت اخیر ماده‌ی فوق می‌توان دو امر را استنتاج کرد که هر دو آنها صحیح و مطابق موازین حقوقی است:

- ۱- تأخیر مذکور فقط برای متعهده است و نه متعهد.^{۱۶}
- ۲- متعهده تنها امکان مطالبه یکی از وجه التزام و انجام تعهد را دارد. چرا که هر کدام بدل از دیگری است.

۲-ب- لزوم تناسب عقلانی بین خسارت تخمینی و خسارت واقعی

همان‌طور که گفته شد و از متن ماده‌ی ۲۳۰ ق.م.برمی‌آید، وجه التزام ماهیتاً ما به ازای خسارت است؛ خسارتی که طرفین پیشاپیش آن را تخمین زده‌اند. نتیجه این چنین تخمینی امکان مطالبه وجه التزام، به صرف تخلف و بدون نیاز به اثبات جمیع عناصر تحقق مسئولیت قراردادی است. صرف تخلف مطالبه وجه التزام را امکان‌پذیر می‌کند و این امر نیز ناشی از قصد طرفین و حتی تجویز آن توسط قانونگذار (ماده‌ی ۲۳۰ ق.م) است. با این حال، طرفین مختار نیستند که هر میزان

مبلغی که تمایل داشتند اعم از مبالغ ناچیز و هنگفت به عنوان وجه التزام مقرر دارند. اصل تعیین وجه التزام در اختیار طرفین است ولی در تعیین میزان آن طبیعتاً باید یک تناسب عقلانی میان وجه مقرر با خسارات محتمل الوقوع و وضعیت طرف مقابل (مشروط علیه) وجود داشته باشد. این حکم اگرچه در قانون مدنی ایران مسکوت مانده ولی از بنای عقلا و طبیعت معاوضه^{۱۷} ناشی می شود.

اگر قصد طرفین تعیین مبلغی بعنوان جبران خسارت محتمل الوقوع است چطور امکان دارد مبلغ مقرر در تناسب (و نه برابر) با خسارت تخمینی نباشد؟ عدم تناسب مذکور، هم به قصد طرفین لطمه می زند (چرا که قصد آنها تخمین خسارت بوده است و این عدم تناسب بنظر نوعی اشتباه، منطبق نبودن تصور با واقعیت، است. چرا که آنچه قصد کرده اند با آنچه واقع خواهد شد یکی نیست؛ ما قصد لم يقع و ما وقع لم یقصد) و هم با ماهیت خسارتی بودن وجه التزام تناقض دارد و از آنجا که قابلیت اجرا ندارد به نوعی نقض غرض است. در واقع این تناسب که به حکم عقل است، به این دلیل که باید قابلیت اجرا داشته باشد، امری طبیعی است و مستتر در ماهیت خسارتی وجه التزام و قصد طرفین است. اختیار (اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها) در تعیین اصل وجه التزام است ولی در تعیین میزان آن اگر چه طرفین آزادی دارند ولی این آزادی مطلق نیست بلکه به عناصر ماهیتی وجه التزام (از جمله چهره خسارتی)، حکم عقل و نظامات قانونی مقید می شود. لذا تعیین مبالغ هنگفت و حتی مبالغ ناچیز مثل تعیین موضوع غیر مقدور التسليم یا عدم تعیین موضوع است که در هر دو صورت، شرط مذکور وجه التزام به شمار نمی آید و معتبر نیست. در واقع چهره خسارتی داشتن وجه التزام هم در منظور (قصد) طرفین باید لحاظ شود و هم در چهره تحقق یافته (تجلی خارجی) امکان صدق عنوان خسارت بر آن وجود داشته باشد. به عبارتی دیگر، باید انگیزه (قصد) و عمل (تحقق بیرونی که در تعیین میزان متجلی می شود) منطبق و در یک راستا باشند.

۲.۲. اوصاف و ویژگی‌های وجه التزام

با توجه به مفهوم وجه التزام در حقوق ایران (ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی) آثار حقوقی، ویژگی‌ها و اوصاف متعددی برای وجه التزام احصاء شده‌است. این اوصاف عمدتاً عبارتند از:

الف) مقطوع بودن؛ اولین ویژگی بارز وجه التزام مقطوع بودن مبلغ پیش‌بینی شده‌است. مقطوع بودن به این معنی است که به هیچ وجه دادگاه حق نخواهد داشت دخالتی در آن کرده و مبلغ را کاهش یا افزایش دهد (عادل، ۱۳۸۰: ۹۰). همان‌گونه که شق دوم ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد. به عبارتی دیگر «شرط وجه التزام هر نوع بازرسی را در این باره ممنوع می‌دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۵). همین ویژگی وجه التزام است که موجب ممنوعیت دادگاه از تعدیل آن می‌شود.

ب) معافیت از اثبات ورود ضرر و تقویم آن؛ یکی از فواید عملی درج شرط وجه التزام استحقاق مشروط له به مطالبه آن بدون نیاز به اثبات ورود زیان و تعیین میزان آن و تنها به صرف ارتکاب تخلف است. به طور کلی برای تحقق مسئولیت وجود سه عنصر ضرورت دارد: ۱- وجود ضرر ۲- ارتکاب فعل زیانبار ۳- رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرری که وارد شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۷). با درج شرط وجه التزام بار اثبات تحقق ضرر و حتی تقویم آن از عهده مشروط له برداشته می‌شود و صرف تخلف خود تقصیر محسوب و مسئولیت قراردادی ایجاد می‌کند ولو اینکه هیچ‌گونه ضرری وارده نشده باشد. البته باید توجه داشت مشروط له صرفاً از اثبات تحقق ضرر معاف است و این امر وی را از اثبات سایر شرایط علی‌الخصوص اثبات ارتکاب تخلف و رابطه سببیت بین ارتکاب تخلف و فعل متعهد معاف نمی‌کند.

ج) تجزیه‌پذیری؛ در مواردی که مورد تعهد قابل تجزیه باشد، یعنی هر جز مورد تعهد اصالتاً مطلوب متعهد له باشد، به نظر می‌رسد وجه التزام در برابر اجزای تعهد قرار گیرد و با ایفای هر جز از تعهد، به همان نسبت از استحقاق متعهدله برای وجه التزام کاسته شود. اما چنانچه مورد تعهد، به عنوان یک کل به هم

پیوسته باشد، یعنی اگر با انجام مورد تعهد در همه ارکان و اجزاء آن گفته شود متعهد به ایفای تعهد پرداخته است، در این صورت وجه التزام قابل تجزیه نیست چرا که مطلوب متعهدله ایفای تمام و کمال تعهد است و تا متعهد چنین اقدام نکرده است مسئولیت پرداخت وجه التزام به دلیل تخلف متوجه اوست. تجزیه پذیری وجه التزام مورد تأیید سایر حقوق دانان نیز هست (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۲، ذیل واژه ۳۰۵۸)^{۱۸}.

ممنوعیت مندرج در ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی منصرف به تعدیل وجه التزام است که مفهومی متفاوت از تجزیه پذیری وجه مزبور است. در تجزیه پذیری، در صورت امکان تجزیه، همان میزان تعهد انجام نشده تخلف محسوب می شود که به همان نسبت نیز وجه التزام به عنوان خسارت پرداخته می شود. به عبارتی دیگر تخلف و خسارت مذکور در ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی در تعهدات تجزیه پذیر، ناظر بر همان میزان تعهد ایفاء نشده است که اطلاق تخلف بر آن دور از ذهن نیست.

د) تقدم توافقی بر پرداخت وجه التزام بر تحقق تخلف؛ توافق بر تعیین خسارت می تواند قبل یا بعد از ورود خسارت صورت گیرد. توافق بر خسارت بعد از ورود خسارت ماهیتاً صلح در مقام رفع تنازع است و نافذ. به عبارتی دیگر توافقی هایی که بعد از ورود خسارت در خصوص میزان و مقدار خسارت و نحوه جبران آن بین زیان دیده و مسئول جبران زیان به عمل می آید، عنوان صلح دارد و در صحت آن هیچ تردیدی نباید کرد (مواد ۷۵۳ و ۷۵۶ قانون مدنی) (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۶۰؛ قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۱۸۲). اما وجه التزام مقرر در عقد باید حین العقد و یا قبل از ارتکاب تخلف و نقض تعهد باشد ولو اینکه ضمن همان عقد نباشد و در قالب یک عقد علیحده مورد توافق قرار گیرد.

۲.۳. مفهوم غیر عادلانه (غیر منصفانه)

معمولاً ما اتفاقاتی را که دست بشر در آن دخالتی نداشته است عادلانه یا غیر عادلانه نمی خوانیم. «عادلانه» یا «غیر عادلانه» صفت عملی است که از آدمی زاد

سر می‌زند و نشانگر فرض مسئولیتی برای فاعل فعل است. احساس بی‌عدالتی احساس مبتنی بر واکنش است نه مبتنی بر تفکر و تعقل. معمولاً برای چنین واکنشی [احساس همدردی برای مظلوم] منتظر نمی‌مانیم تا به عمق قضایا راه پیدا کنیم و از تفصیل ماجرا آگاهی یابیم (موحد، ۱۳۸۴: ۹۰).

در این تحقیق مفاهیم غیرعادلانه، غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن را به یک معنا دانسته‌ایم.^{۱۹} برای تنویر ذهن مثال‌هایی از شروط غیرعادلانه (غیر منصفانه) (غیر معقول) ذکر می‌شود از جمله: وجه التزام مقرر برای تخلف از تأخیر در تخلیه ملک استیجاری در موعد مقرر، روزانه دو برابر مال الاجاره باشد، یا در صورت تخلف از حضور در دفتر اسناد رسمی جهت تنظیم سند رسمی مبلغی بالغ بر یک پنجم قیمت ملک پرداخت شود، و یا در صورت تأخیر در پرداخت یک قسط از ثمن، معامله فسخ و پرداخت کننده هم هیچ‌گونه حقی نسبت به وجوه پرداختی نداشته باشد.

مبنای قانونی وضعیت حقوقی شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران فراز اخیر ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ است^{۲۰} که به موجب آن، اعمال چنین شروطی به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست.

غیرمنصفانه و غیرعادلانه بودن شرط وجه التزام دو بعد دارد؛ یا آنقدر «ناچیز»^{۲۱} است یا آنچنان «گزاف»، به نحوی که در هر دو صورت مذکور هیچ‌گونه تناسبی بین خسارت تخمینی و واقعی وجود ندارد. در این تحقیق مقصود از غیرعادلانه و غیرمنصفانه بودن شرط وجه التزام ناظر بر گزاف و اجحاف آمیز بودن شرط مذکور و عدم تناسب عقلانی و عرفی بین خسارت واقعی و مبلغ مقطوع است که همگی از اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد و وضعیت طرفین معامله به ویژه متعهد (مشروط علیه) قابل استنباط است.

در ابتدا معیار غیرعادلانه بودن شخصی به‌نظر می‌رسد. اما باید توجه داشت که معیار تمیز هر دو چهره نوعی و شخصی را دارد. چرا که در بحث های آتی نشان خواهیم داد که لزوم معقول بودن یک امر قراردادی و ضرورت رعایت عدالت معاوضی اموری نوعی است به همین دلیل می‌توان گفت شرط وجه التزام با مبالغ

هنگفت به دلیل نقض عدالت معاوضی بطور نوعی و بدون لحاظ وضعیت اقتصادی متعهد باطل است. البته در هر صورت تشخیص آن به عهده دادگاه است به نوعی که در این گزاف بودن مبلغ وجه التزام چهره عدالت و حمایت از طرف ضعیف قرارداد به عنوان مصداقی از اخلاق حسنه و نظم عمومی خدشه دار می شود و قرارداد ظالمانه به نظر می آید.

۳. بررسی وضعیت حقوقی شرط وجه التزام غیرعادلانه در حقوق ایران

حال چنانچه طرفین یک قرارداد که اهلیت لازم برای انعقاد عقد را دارند، نسبت به درج شرط وجه التزام غیرعادلانه و یا غیرمنصفانه و گزاف مبادرت کنند بطور کلی وضعیت حقوقی شرط چگونه است؟ در این زمینه با توجه به نظرات حقوق دانان و رویه قضایی سه دیدگاه وجود دارد که در ادامه به بررسی و تحلیل آنها می پردازیم؛

۳،۱. نظریه «صحت» شرط وجه التزام غیرعادلانه (اعتبار مطلق شرط وجه

التزام)

اکثریت قریب به اتفاق حقوق دانان عقیده بر نافذ بودن چنین شرطی دارند.^{۲۲} البته ممکن است بیان آنها به این صراحت نباشد ولی با کاربرد عباراتی مثل «اگرچه وجه التزام مقرر چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل مورد تعهد باشد» (امامی، ۱۳۸۲: ۲۵۰)، «هر چند بسیار فراتر از مبلغ خسارتی باشد که واقعاً و در عمل به وی وارد شده است» (احمدوند، ۱۳۸۳: ۲۹) و «حتی اگر میزان واقعی خسارت وارد بیشتر یا کمتر از مبلغ مورد توافق طرفین باشد» (شهیدی، ۱۳۸۳: ۸۷) می توان چنین دریافت که آنها چنین شرطی را بطور مطلق صحیح می دانند. در بیان نظرات خود نیز ممکن است به اصول حقوقی و مواد قانونی استناد کنند.

۳،۱،۱. دلایل طرفداران نظریه اعتبار مطلق شرط وجه التزام

الف) اصل حاکمیت اراده؛ بارزترین دلیل ارایه شده برای توجیه صحت شرط وجه التزام، ولو گزاف و نامتناسب، اصل حاکمیت اراده است. نظریه حاکمیت اراده ریشه هر تعهد و الزام را که بر انسان تحمیل می‌شود در حکومت اراده و خواسته او جستجو می‌کند. فرض قائلین به این نظریه این است که چون افراد مساوی و آزادند، قراردادهایی که آزادانه منعقد می‌کنند ضرورتاً منصفانه و عادلانه است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۷). مبنای قانونی پذیرش اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی است. قراردادهای خصوصی طرفین تا جایی که با قانون و نظم عمومی مخالف نباشد لازم‌الاجراست. از آنجاکه وجه التزام مقرر نیز با اراده سالم و آزاد طرفین در قالب یک تعهد تبعی (شرط ضمن عقد) و با توافق یکدیگر، ولو بطور گزاف و نامتناسب، منعقد شده لذا نافذ و معتبر است.

ب) اصل آزادی قراردادی (ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی)؛ یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده اصل آزادی قراردادی است. بموجب اصل آزادی قراردادی شروع رابطه قراردادی، شکل (قالب)، محتوا، اعم از اصلی و تبعی (شرط ضمن عقد) و ختم آن اصولاً به اراده آزاد طرفین وابسته است. از آنجائیکه طرفین با اراده آزاد خود ابتدائاً عقدی منعقد کرده و بر تعهدات تبعی مثل پرداخت وجه التزام، ولو بطور گزاف و نامتناسب نیز توافق کرده‌اند لذا چنین شرطی معتبر و نافذ است. آنها آزاد بوده‌اند که شرط وجه التزام را با هر گونه میزان مبلغ مقطوع مقرر کنند. پس در درج چنین شرط ضمن عقد گزاف و غیرعادلانه‌ای نیز آزادانه اقدام کرده‌اند

ج) اصل لزوم (اوفوا بالعقود - المؤمنون عند شروطهم)؛ منظور از لزوم قرارداد غیر قابل انحلال بودن آن در اصل، «جز در موارد استثنایی فسخ و اقاله و حکم قانون» و لزوم اجرای مفاد آن در برابر جواز قرارداد است که به معنی امکان انحلال آن به اراده یا فوت یا حجر هر یک از طرفین است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۵۴). مبنای قانونی اصل لزوم در حقوق ایران را می‌توان ماده‌ی ۲۱۹ قانون مدنی دانست. مبنای شرعی این اصل بطور کلی آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»

(سوره مائده، آیه ۱) و حکم شرعی «المؤمنون عند شروطهم» است. طرفین به چنین توافقی رضایت داشته لذا تا دلیل موجه، اعم از قانونی یا به اراده طرفین، وارد نشود توافق آنها پا برجاست. این توافق اعم از این است که بصورت تعهد اصلی باشد یا تعهد فرعی (شرط ضمن عقد).

د) اصل صحت (ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی)؛ ماده‌ی ۲۲۳ ق.م.مقرر می‌دارد: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود». معامله مذکور در ماده‌ی مزبور اعم از مستقل و تبعی (شرط ضمن عقد) است. لذا شرط وجه التزام ولو بصورت گزاف و غیرعادلانه در صورت تحقق سایر شرایط صحت قراردادها نافذ است.

ه) اطلاق ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی؛ ماده‌ی ۲۳۰ ق.م.مقرر 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 یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». طبق این ماده‌ی اصل درج شرط وجه التزام و میزان آن، بدون تعیین حداقل و حداکثر در اختیار طرفین است و دادگاه نیز حق دخالت و دخل و تصرف در میزان مبلغ مقرر ندارد (مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۱۸-۱۱۹).

۳،۱،۲. نقد نظریه صحت

همان گونه که مشخص گردید می‌توان مدعی شد بارزترین دلیل مدافعان نظریه صحت مطلق شرط وجه التزام اصل حاکمیت اراده است. اعتبار این اصل مطلق نیست بلکه این اصل نیز محدودیت‌ها و قلمرو خاص خود را دارد. از جمله این قلمروها می‌توان به نظم عمومی، اخلاق حسنه و قوانین امری اشاره کرد. طرفین ممکن است در انعقاد شرط مختار باشند ولی ترتب آثار از جمله صحت یا عدم صحت توافق انجام شده اغلب به حکم قانون است. طرفین در درج شرط وجه التزام ولو بصورت گزاف به حکم اصل حاکمیت اراده آزادند ولی اعتبار یا عدم اعتبار چنین اراده‌ای و نتیجتاً ترتب آثار حقوقی بر آن به حکم قانون و به

عقیده برخی از حقوق‌دانان مصالح اجتماعی (منافع اجتماع) است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۰). هم‌چنین عدالت نیز لزوماً با اعمال ارادی طرفین محقق نمی‌شود و این ادعا که چون آزادند (یا قرارداد را آزادانه منعقد می‌کنند) در نتیجه عمل حاصل شده نیز عادلانه است امری موهوم است. عدم تعادل و تناسب طرفین در امور دخیل در انعقاد قرارداد از جمله قدرت معاملی، عدم برابری یک طرف، مصرف‌کننده بودن یک طرف، عدم برابری موقعیت اجتماعی و اقتصادی یک طرف و ... نمی‌تواند ما را لزوماً به این نتیجه برساند (همان). لذا اصل حاکمیت اراده اصلی مطلق نیست. در همین راستا در قوانین موضوعه مشاهده می‌شود که علاوه بر مفاهیم کلی و عرفی از جمله نظم عمومی و اخلاق حسنه (ماده‌ی ۹۷۵ قانون مدنی)، تقنین خاص در جهت تقیید اصل حاکمیت اراده صورت گرفته است از جمله در قوانین مربوط به روابط موجر و مستأجر (ماده‌ی ۹ ق.ر.م.م. مصوب ۱۳۶۲- ماده‌ی ۴ ق.ر.م.م. مصوب ۱۳۵۶).

یکی از محدودیت‌های وارد بر اصل حاکمیت اراده رعایت قوانین امری از جمله شرایط عمومی صحت معاملات است. در تشریح نظریه بطلان اشاره خواهیم کرد که درج چنین شرطی فاقد شرایط عمومی صحت معاملات از جمله قدرت بر تسلیم و عقلایی بودن است که همانا مصداق بارز معاملات سفهی به شمار می‌آید. علاوه بر این استدلال شده است که عدم اجرای وجه التزام غیرعادلانه با اصل حاکمیت اراده نیز منافاتی ندارد (عابدیان، ۱۳۸۵: ۲۰ و ۴۱-۴۲). اگر مقصود طرفین از درج چنین شرط گزاف و نامعقولی زیر فشار گذاشتن متعهد در جهت اجرای قرارداد است به این معنی نیست که واقعاً قصد اخذ وجه مزبور را دارند. در واقع هیچ یک از طرفین قصد واقعی مبنی بر اجرای شرط مزبور را ندارند. اگر واقعاً قصد اجرا داشته باشند با توجه به غیرمعقول بودن^{۳۳} چنین شرطی به حکم بند ۱ ماده‌ی ۲۳۲ ق.م. باطل است.

هم‌چنین خسارت بودن وجه التزام مزبور همان‌گونه که گفته شد یک نتیجه عقلانی به بار می‌آورد: لزوم تناسب (نه برابری) بین خسارت وارده با مبلغ توافقی. قید «به عنوان خسارت» مندرج در متن ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. عقلاً و طبیعتاً طرفین را

مقید به این می‌کند که باید یک تناسب عقلانی بین خسارت و میزان وجه التزام برقرار سازند. این وجه التزام ما به ازای تخلف است به همین دلیل باید میان این عوض و معوض یک تعادل (نه لزوماً برابری) برقرار شود. با توجه به همین دلایل بنظر می‌رسد چندان هم نمی‌توان به اصل حاکمیت اراده جهت اعتبار مطلق شرط مزبور استناد کرد.

هم‌چنین ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی صحبت از عدم دخالت حاکم در تغییر مبلغ کرده است نه تجویز درج چنین شرط نامتعارف و غیرمعقول. در واقع «کمتر یا بیشتر» بودن مذکور در ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی به ممنوعیت دادگاه از دخل و تصرف در میزان مبلغ برمی‌گردد. از این ماده بر نمی‌آید که طرفین آزادند ولو بطور ظالمانه. نمی‌توان از اطلاق ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. برداشتی داشت که با اصول طبیعی و عقلانی مانند لزوم رعایت عدالت معاوضی معارض باشد. ممنوعیت حاکم در تعدیل وجه مزبور فرع بر معتبر بودن چنین شرطی است.

۳،۲. نظریه «تعدیل» وجه التزام غیر عادلانه

برخی از حقوق‌دانان در جهت جمع بین نظم و عدل به عنوان دو ارزش اساسی حقوق معتقدند که وقتی حرکت به سوی عدالت شد تمام هنر حقوق‌دان در این است که بتواند آن راه حل عادلانه را به قانونگذار نسبت بدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۷۶). این همان نقش تفسیر در تحقق عدالت است. در همین راستا یعنی اجرای قرارداد و حفظ عدالت، نظر به تعدیل شرط وجه التزام مزبور دارند.^{۲۴} در ادامه به بیان و بررسی دلایل این دسته از حقوق‌دانان می‌پردازیم؛

الف) استناد به قاعده عدل و انصاف؛ عدل و انصاف یعنی گذاشتن پایه احقاق حق بر مساوات در مقابل قانون و احترام به حقوق افراد. هم‌چنین در مقابل قوانین موضوعه بکار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۴۴). محل قاعده عدل و انصاف مواردی است که حس برقراری موازنه حقوق در انسان تحریک شود، حکم عقل و وجدان در چنین صورتی قاعده عدل و انصاف را تشکیل می‌دهد (همان، ۵۱۵). برخی از حقوق‌دانان معتقدند اگر چه قاضی نمی‌تواند به استناد «انصاف» از اجرای مفاد عقد خودداری کند یا شرایط آن را منحرف کند اما در مقام اجرای قرارداد تلاش می‌کند از ظاهر بگذرد و شرط را چنان معنا کند که از انصاف دور نباشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۲-۳۳).^{۲۵}

ب) استناد به بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی؛ برخی از حقوق‌دانان درخصوص تعدیل وجه التزام به بند ۲ ماده ۴ ق.م.م. استناد می‌کنند. در مقررۀ مذکور آمده است: «دادگاه می‌تواند میزان خسارت را در موارد زیر تخفیف دهد: ... ۲- هر گاه وقوع خسارت ناشی از غفلی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن موجب عسرت و تنگدستی وارد کننده زیان باشد...». این دسته از حقوق‌دانان معتقدند مفاد این ماده شامل خسارت مقطوع قراردادی (م ۲۳۰ ق.م) نیز هست و حکم مربوط به قاطع بودن قرارداد راجع به خسارت را تخصیص می‌دهد. برای مثال، اگر فروشنده خانه‌ای در برابر خریدار آن تعهد کند که ظرف یک ماه برق و تلفن مورد معامله را فراهم سازد و در صورت تخلف نیمی از ثمن را به عنوان وجه التزام برگرداند و این تعهد را روز بعد از پایان ماه انجام دهد، دادگاه می‌تواند، به این استناد که یک روز تأخیر را عرف قابل اغماض می‌داند و سنگینی وجه التزام فروشنده را دچار تنگدستی می‌کند از میزان آن بکاهد (همان، ۷۷). البته بر نظر فوق ایراد شده است که این ماده اختصاص به مسئولیت غیر قراردادی دارد و قابل تسری به مسئولیت قراردادی نیست. چرا که اصل ماده مربوط به مسئولیت‌های غیر قراردادی است و به دنبال ماده ۲ همان قانون آمده که راجع به خسارت وارده ناشی از عمل بدون مجوز قانونی افراد به دیگران است (عادل، ۱۳۸۰: ۹۷).

ج) استناد به استثنای مذکور در ماده‌ی ۳۹۱ قانون تجارت؛ در صورت تحقق استثنای ماده‌ی ۳۹۱ ق.ت یعنی تدلیس یا تقصیر عمده، برای متصدی حمل و نقل که نقش امین داشته است مسئولیت ایجاد می‌شود. برخی از حقوق‌دانان با استناد به این ماده اظهار می‌کنند که ماده‌ی ۲۳۰ ق.م منصرف از موارد سه گانه تخلف به قصد اضرار، غفلت عمده و خطای سنگین است و ملاک ماده‌ی ۳۹۱ ق.ت را باید حاکم بر ماده‌ی ۲۳۰ ق.م شمرد. همچنین بیان می‌کنند که «این ماده‌ی نشان می‌دهد که تدلیس و تقصیر عمده وضع خاص خود را دارند و نمی‌توان آنها را به زنجیر ضوابط عادی کشید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۱۵). یعنی افزایش میزان وجه التزام در صورت اثبات تقصیر متعهد امکان‌پذیر است.

به نظر می‌رسد بدیهی است که تدلیس و تقصیر عمده مورد احترام قانون‌گذار نیست و این امر در سایه‌ی اصول کلی حقوقی و قواعد عمومی مسئولیت نیز قابل استنباط است اما بحث ما در وجه التزام متوجه این امر نیست. اصل بحث بر سر اعتبار یا عدم اعتبار وجه التزام گراف است در حالیکه استدلال فوق به اثر درج شرط وجه التزام در مسئولیت قراردادی برمی‌گردد. اثر شرط فوق به نوعی تعیین حداکثری (سقف) برای مسئولیت و به نوعی تحدید مسئولیت است. اما در صورت تقصیر عمده طبق قواعد عمومی مسئولیت مبلغ مازاد باید قابل مطالبه باشد. چرا که هیچ‌گاه قصد طرفین در تعیین مبلغ فوق جواز تقصیر و سوء نیت متعهد نبوده است.

د) تعدیل در قالب امکان تجزیه وجه التزام؛ برخی از حقوق‌دان معتقدند هرگاه بخشی از تعهد اجرا شده باشد دادرس می‌تواند میزان وجه التزام را تعدیل کند لیکن در ماده‌ی ۲۳۰ ق.م به این اختیار نیز اشاره نشده است در حالیکه وجود آن منطقی و عادلانه است. یعنی در صورت انتفاع طلبکار در اجرای بخشی از تعهد تعدیل وجه التزام توجیه‌پذیر است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۷۳؛ همان، ۱۳۹۰: ۲۱۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۲؛ مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۲۴ به بعد). در مقابل برخی دیگر معتقدند عدم قابلیت تجزیه صحیح‌تر بنظر می‌رسد چرا که این مبلغ از ابتداء

خسارت تخلف در اجرا بوده و تخلف در اجراء نیز اعم است از تخلف در اجرای کل یا جزء. مهم آنست که در هر دو حال قرارداد به طور کامل اجراء نشده و متعهد نیز تخلف نموده است لذا متعهد له استحقاق دریافت کل مبلغ خسارت را خواهد داشت (عادل، ۱۳۸۰: ۹۵؛ احمدوند، ۱۳۸۳: ۲۸-۲۹).

اما بنظر می‌آید بین دو فرض باید قائل به تفکیک شد (عابدیان، ۱۳۸۵: ۲۲)؛

۱- تعهد اصلی موضوع قرارداد تجزیه پذیر بوده و از اجرای بخشی از آن سودی عاید طلبکار شده است.

۲- تعهد اصلی ماهیتاً تجزیه پذیر نیست یا اجرای پاره‌ای از تعهد هیچ گونه سودی عاید طلبکار نکرده است.

در فرض اول وجه التزام نیز به تبع قرارداد تجزیه پذیر است (وجه التزام شرط ضمن عقد است لذا تابع عقد اصلی است) و دادرس می‌تواند بر مبنای قصد مشترک طرفین و امکان تجزیه تعهد، مدیون را از پرداخت بخشی از وجه التزام به تناسب تعهد ایفا شده معاف کند. در فرض دوم نیز وجه التزام به تبع قرارداد تجزیه پذیر نیست چراکه قصد طرفین نسبت به اجرای جزئی مفاد قرارداد قابلیت تجزیه ندارد بلکه این قصد متوجه قرارداد به عنوان یک کل تجزیه ناپذیر است. بدیهی است تعدیل وجه التزام بر پایه اجرای قسمتی از تعهد منوط به فقدان شرط خلاف است (مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۲۷).

ه) **استناد به قاعده اکل مال به باطل؛** برخی نیز جهت جواز تعدیل شرط وجه التزام یا به عبارتی دیگر شروط تعیین خسارت در نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی به قاعده «اکل مال به باطل» توسل جسته‌اند (کربلایی آقازاده، ۱۳۹۰: ۱۰۹ به بعد). به این ترتیب که تعیین خسارت‌های گزاف یا اجحاف آمیز را، به حق، بر پایه اقتصاد تکاثری و مبتنی بر سبیل ناحق دانسته‌اند که مستلزم شناخت حق تعدیل برای قاضی جهت مبارزه با آن است (همان، ۱۲۴). علاوه بر این چنین شرطی را مصداق کسب ثروت و درآمد ناروا دانسته که از درجه اعتبار ساقط است (همان، ۱۲۶). البته در فرازی دیگر آورده‌اند که تعیین خسارت گزاف و یا فاحش برخلاف

نظم عمومی اقتصادی است و هرگونه توافق که منافای این حکم آمره باشد کأن لم یکن تلقی می‌گردد. (همان، ۱۲۹).

علیرغم تناقضاتی که در اثر فوق وجود دارد به این نحو که در جایی نظر به تعدیل و در فرازی دیگر چنین تعیین خساراتی را کأن لم یکن دانسته‌اند، به نظر ما استناد به قاعده فوق بر فرض صحت دلالت، بیشتر نظریه بطلان را تقویت می‌کند و مجوزی برای تعدیل نیست. چراکه تعیین خسارت به نحو گزاف و غیر منصفانه از مصادیق اقتصاد تکاثری، کسب درآمد ناروا، سبیل ناحق و نتیجتاً برخلاف نظم عمومی برشمرده شده است لذا به حکم ماده ۹۷۵ ق.م.چنین توافقاتی کأن لم یکن خواهدبود و دیگر مجالی برای تعدیل باقی نمی‌ماند.

و) سایر دلایل؛ برخی نیز با استناد به نظریه‌های «حسن نیت» و «سوء استفاده از حق» (وحیدی، ۱۳۸۵: ۷۶ به بعد) و قاعده‌ی لاحرج (عادل، ۱۳۸۰: ۹۹)^{۲۶} تعدیل قضایی شرط وجه التزام غیرمنصفانه را مجاز می‌دانند.

بنظر می‌رسد استناد به دلایل فوق، بر فرض صحت دلالت، هیچ‌گونه مجوزی برای تعدیل ولو قضایی به‌شمار نمی‌آیند چراکه با ممنوعیت قاطع مقرر در فراز دوم ماده ۲۳۰ ق.م.رو به رو است.

۴. نظریه «بطلان» شرط وجه التزام غیر عادلانه^{۲۷}

بنظر می‌رسد شرط وجه التزام غیر عادلانه از یک جهت برخی از شرایط عمومی صحت قراردادها را دارا نیست. از جهت دیگر اصول طبیعی حقوق قراردادها (مثل عدالت و عقلانیت) در درج چنین شرطی رعایت نشده است ولو اینکه اصول مزبور در بیان قانون‌گذار تصریح نشده است. البته برای التزام به آن اصول نیز نیاز به تصریح قانونگذار نیست. چرا که همه قواعد حقوقی در ظرف چنین اصول بنیادینی متولد شده و لاجرم به ادامه حیات می‌پردازند. بنظر ما همه مواد و مقررات قانونی و تفسیرهای مربوط به آنها باید محاط در اصول و قواعد والای حقوقی بخصوص ارزش های متعالی عدالت و انصاف باشد و رعایت آن نیز به تصریح

قانون‌گذار نیاز ندارد. چراکه ابزار کار حقوق‌دان است و بدون تجهیز به سلاح آن‌ها نمی‌تواند به وظیفه ذاتی خود که همانا تلاش در راه تحقق عدالت و انصاف است گام بردارد.

قبل از بیان و تحلیل دلایل مورد استناد نظریه بطلان، بخشی از رأی ذیل را که طی دادنامه شماره ۴۹-۵۰-۸۷ مورخ ۸۷/۱/۲۶ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان فارس صادر یافته است و بدینوسیله شرط وجه التزام به استناد ناعادلانه بودن باطل اعلام شده است عیناً آورده می‌شود:

«تجدیدنظرخواهی آقای ... با وکالت آقای ... نسبت به دادنامه شماره ۶۳۹-۸۴/۹/۱۰ شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی مرودشت که بر محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت مبلغ چهارصد و چهل و پنج میلیون ریال (۴۴۵۰۰۰۰۰۰) بابت وجه التزام مندرج در قرارداد اجاره ۸۲/۷/۲۷ صادر شده است وارد می‌باشد. زیرا وجه التزام تعیین شده در قرارداد بیش از دو برابر مبلغ اجاره بهای مقرر بین تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخوانده است و چون وجه التزام عملاً جایگزین تعهد اصلی می‌گردد، تعیین چنین وجه التزام گزافی برخلاف عدالت معاوضی بوده و درحقیقت چهره جبران خسارت ندارد بلکه بنظر دادگاه دارا شدن غیرعادلانه است که مورد تأیید قانون نمی‌باشد لذا دادگاه با پذیرش تجدیدنظرخواهی به استناد ماده‌ی ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را در قسمت مورد اعتراض نقض و مستنداً به قاعده لاضرر حکم به بی‌حقی خواهان بدوی صادر و اعلام می‌گردد...»

در ادامه به بررسی و تحلیل دلایل نظریه بطلان شرط وجه التزام غیرعادلانه پرداخته می‌شود.

۴.۱. دلایل بطلان شرط وجه التزام غیرعادلانه

الف) نقض عدالت معاوضی: در لسان حقوق‌دانان از عدالت بسیار استفاده می‌شود. منظور از عدالت در حقوق قراردادهای عدالت معاوضی است (برای بحث

تفصیلی ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۱۹-۲۴۳). عدالت معاوضی عبارتست از تعادل بین عوضین در قراردادهای معوض مغابنی. تعادل بین تعهد های متقابل و متعادل بودن عرفی ارزش دو عوض لازمه طبیعت معاوضه در عقود معاوضی (در مقابل عقود مجانی) مغابنی (در مقابل عقود مسامحه ای) است.

مفهوم عدالت معاوضی از اندیشه ارسطو سرچشمه گرفته است. «ارسطو عدالت را به معاوضی و توزیعی تقسیم می‌کند: مقصود از عدالت معاوضی تعادل میان دو عوض در معامله است به گونه‌ای که یکی از دو طرف قرارداد نتواند به بهای فقر دیگری، ثروتمند شود یا هر دو عوض را به دست آورد. این مفهوم عدالت خود در قرارداد بدست می‌آید، ولی ضمانت اجرای آن جبران خسارتی است که زیان دیده را به وضع متعادل بازگرداند و برابری را تأمین کند. برعکس، عدالت توزیعی، مربوط به تقسیم ثروت و مناصب اجتماعی است و به زندگی عمومی و نقش دولت ناظر است» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۱۶). در اندیشه ارسطو عدالت در «عدالت توزیعی» به معنی برابری و مساوات (تساوی ریاضی) است ولی در «عدالت معاوضی» به معنای انصاف (تناسب ریاضی) است. بنابراین عدالت معاوضی دو بعد ایجابی و سلبی دارد؛ لزوم تعادل میان دو عوض (بعد ایجابی) و منع تملک دو عوض توسط یکی از دو طرف معامله (بعد سلبی). از آنجا که عدالت معاوضی چهره ای از عدالت است لذا نادیده انگاشتن آن به معنای تجاوز به نظم عمومی و اخلاق حسنه است. در قراردادهای معاوضی مغابنی «عدالت زمانی رعایت می‌شود که هیچ‌کس نتواند از ناتوانی و ناآگاهی طرف خود سوء استفاده کند. دولت باید مانع از آن شود که قوی بتواند ضعیف را در سلطه خود بگیرد و از او بهره‌برداری نامشروع کند. قراردادی که همراه با چنین تجاوزی باشد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالف است» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۹۲).

ضرورت رعایت عدالت معاوضی در عقود معوض مغابنی در حقوق ایران و فقه امامیه نیز بی سابقه نیست. از جمله مصادیق لزوم برقراری عدالت معاوضی در این‌گونه تأسیسات حقوقی و تجلی این مفهوم در حقوق ایران و فقه امامیه را از منظر برخی از حقوق‌دانان می‌توان موارد ذیل برشمرد:

الف) خیار غبن؛ برخی مبنای حق فسخ ناشی از غبن را در حقوق ایران و فقه امامیه قاعده لاضرر و برخی دیگر آن را بر اساس شرط ضمنی تحلیل و بررسی می‌کنند.^{۲۸} بر مبنای هر دو تحلیل، اعم از اینکه شرط ضمنی یا لاضرر مبنای خیار غبن باشد، آنچه اساس خیار غبن را تشکیل می‌دهد بر هم خوردن فاحش تعادل بین عوضین است همان‌گونه که در مواد ۴۱۶ و ۴۱۷ قانون مدنی اشاره شده است و این امر بر خلاف مبنای طرفین در معامله (از این باب که خواستارند معادل مالی را که از دست می‌دهند به دست آورند) و موجب ورود ضرر به حقوق طرفین است. به عبارتی دیگر در خیار غبن بعد ایجابی عدالت معاوضی یعنی لزوم تعادل ارزش دو عوض خدشه دار شده است.

ب) طلاق خلع؛ در این نوع طلاق زن در صورتی می‌تواند به فدیة رجوع کند که برای شوهر نیز رجوع از طلاق امکانپذیر باشد (مثلاً مدت عده زن منقضی نشده باشد و در زمان غیر عده نباشد) و زن نمی‌تواند بدون پرداختن فدیة شوهر را از حق رجوع محروم سازد و این یعنی لزوم حفظ تعادل در طلاق خلع (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۷۸). در واقع زن نمی‌تواند هم عوض را دریافت کند و هم از مزایای طلاق باین سود ببرد و این نتیجه با مفاد قرارداد منافات دارد. در طلاق خلع به نحو مذکور بعد سلبی عدالت معاوضی یعنی منع تملک دو عوض برای یکی از دو طرف لحاظ نشده است.

ج) تلف مبیع قبل از قبض؛ در صورت تلف مبیع قبل از قبض به حکم ماده‌ی ۳۸۷ قانون مدنی ثمن باید به مشتری مسترد گردد و چنانچه هنوز ثمن پرداخت نشده باشد خریدار الزامی به پرداخت آن ندارد. مبنای این امر را نیز می‌توان لزوم رعایت بعد سلبی عدالت معاوضی دانست. چراکه اقتضای عدالت معاوضی این است که دو عوض به تملک یکی از دو طرف در نیاید.^{۲۹}

به نظر می‌رسد مهم ترین دلیل بطلان شرط وجه التزام غیرعادلانه این است که توافق مزبور برخلاف عدالت معاوضی است. در ما نحن فیه، چنانچه شرط وجه التزامی به نحو گزاف و بطور فزاینده ای نامتناسب (و نه نابرابر) با میزان خسارت

واقعی باشد به نحویکه مغایر عدالت و انصاف در قراردادها باشد موجب نقض عدالت معاوضی است. چراکه؛

اولاً- بعد ایجابی عدالت معاوضی یعنی لزوم تعادل بین عوضین خدشه‌دار شده است؛ این وجه مقطوع ما به ازای تخلفی است که متعهد مرتکب می‌شود. توافق مزبور ماهیت معاوضی مغایبی دارد. لذا تعادل بین عوض (در اینجا وجه التزام) و معوض (در اینجا تخلف) ضروری و طبیعی است. به همین دلیل توافق معارض با تعادل بین عوضین بنا بر گفته حقوق‌دانان توافقی خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۹۲ و ۱۹۶) و نیز خلاف طبیعت معاوضه و ماهیت خسارتی وجه التزام است و کأن لم یکن. توجه به این امر ضروری است که بین اختیار غبن و شرط وجه التزام غیرعادلانه تفاوت‌های اساسی وجود دارد و به همین دلیل ضمانت اجرای آنها متفاوت است؛ در اولی حق فسخ و در دومی که از مسایل مربوط به نظم عمومی شمرده می‌شود به‌نظر ما بطلان. اگرچه مبنای هر دو عدم تعادل بین ارزش دو عوض است، در اولی جهل شرط است ولی در دومی معمولاً دو طرف علم به عدم تعادل در عوضین دارند هرچند که علم و جهل در این زمینه تأثیر ندارد. به‌نظر می‌رسد بر خلاف اختیار غبن که احکام آن با عیب اراده سازگار نیست، درج شرط وجه التزام غیرعادلانه در نهایت به عیب اراده یا فقدان قصد جدی [عدم امکان وجود قصد جدی] متعهد به التزام با توجه به وضعیت وی برمی‌گردد.

ثانیاً- جواز چنین شرطی موجب سوء استفاده طرف قوی از ناتوانی طرف ضعیف و موجب سلطه قوی بر ضعیف می‌شود که موجب بهره‌برداری نامشروع طرف قوی است. درج شرط وجه التزام گزاف، غیرعادلانه و غیر منصفانه از مصادیق اقتصاد تکاثری و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. با جواز چنین شرطی طرف ضعیف از حمایت عدالت و انصاف خارج می‌شود. در صورت جواز شرط وجه التزام غیرعادلانه مشروط له از ناتوانی مشروط علیه بهره‌برداری می‌کند و این خلاف اخلاق حسنه است. هم‌چنین با جواز شرط مذکور نظم عمومی نیز دچار خدشه می‌شود چرا که تجویز کننده سلطه دارا بر ندار و بر هم

زننده نظم عمومی اقتصادی و انباشت سرمایه در دست طبقه خاصی از اجتماع است. از این رو نقض عدالت معاوضی بعنوان یکی از جلوه های عدالت، به نظم عمومی که عدالت نیز یکی از مصادیق آن محسوب می شود، لطمه می زند.

ب) غیرمقدورالتسلیم (شرطی که انجام آن غیر مقدور است): یکی از شرایط عمومی صحت قراردادها مقدورالتسلیم بودن موضوع تعهد است. مبنای قانونی این شرط در حقوق ایران مواد ۳۴۸، ۴۷۰ و ۶۶۲ قانون مدنی است. فقدان این شرط موجب غرری بودن معامله و به منزله فقدان موضوع در یک قرارداد است که بطلان معامله را به دنبال دارد. در این خصوص علاوه بر قدرت بر تسلیم مورد تعهد توسط متعهد باید علم طرفین به قدرت واقعی بر مقدورالتسلیم بودن مورد معامله نیز محرز گردد. چنانچه هر یک از این دو رکن وجود نداشته باشد معامله باطل است. مثلاً اگر طرفین هنگام معامله اطمینان بر تسلیم نداشته باشند ولی با این حال مبادرت به انعقاد عقد می کنند ولی بعداً کاشف به عمل آید قدرت بر تسلیم وجود داشته است چنین معامله ای از ابتدا باطل است. به عبارتی دیگر موضوع شرط مزبور در حقیقت عبارت از «قدرت معلوم» بر تسلیم مورد معامله است. زیرا هرگاه طرفین به هنگام تشکیل عقد بدانند که مورد معامله مقدورالتسلیم نیست، در حقیقت معامله ای را نسبت به موضوعی منعقد ساخته اند که به اعتقاد ایشان قابل اجرا نیست و چنین معامله ای یک معامله غرری است که محکوم به بطلان است. همانطور که مجهول بودن جنس یا کمیت یا اوصاف مورد معامله بطلان عقد را به همراه بیاورد به طریق اولی مجهول بودن امکان تصرف در مورد معامله و بالاتر از آن معلوم بودن عدم امکان دسترسی به مورد معامله موجب بطلان عقد خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۹۰-۲۹۱).

در این خصوص که قدرت بر تسلیم اختصاص به مورد معامله دارد یا صفت متعهد می باشد اختلاف نظر است. برخی بطلان قرارداد را به علت غیر مقدورالتسلیم بودن در فرضی می دانند که عدم قدرت بر تسلیم ناشی از وضع خاص خود مورد تعهد [مبیع] باشد نه متعهد. در مقابل برخی از حقوق دانان اعتقاد

دارند که قدرت بر تسلیم از اوصاف متعهد است و توان تسلیم وصفی است که به انسان بازمی‌گردد و مربوط به مالک مبیع است نه خود آن.^{۳۰} به نظر می‌رسد با توجه به اینکه فاعل و عامل تسلیم کننده در دو فراز اخیر ماده‌ی ۳۴۸ قانون مدنی یک شخص (اعم از بایع و مشتری) است و نه شیء بنابراین قطعاً این وصف به مبیع بر نمی‌گردد و در ماده‌ی فوق‌الذکر مبیع مفعول شمرده می‌شود. بنابراین وصف مقدورالتسلیم بودن ابتدائاً به شخص بایع و سپس به مشتری و یا حتی ثالث (ماده‌ی ۲۳۸ ق.م)، به عنوان جانشین بایع (و به‌طور کلی تر متعهد) در امر تسلیم مبیع، برمی‌گردد. بنابراین قدرت بر تسلیم در حقوق ایران از اوصاف متعهد است و چنانچه وی ابتدائاً، و نه بطور عارضی، قدرت بر تسلیم مورد تعهد را نداشته باشد و با این حال مبادرت به انعقاد عقد کند عقد مزبور باطل است.

از آنجا که مورد شرط نیز همانند مورد معامله باید مقدورالتسلیم باشد و علم طرفین نیز به آن تعلق گیرد بنا بر این قدرت معلوم بر تسلیم مورد شرط اعم از فعل یا ترک فعل یا انتقال حق و منفعت، نیز از شرایط صحت مورد شرط است. همچنین از آنجا که شرط ضمن عقد تابع عقد است، بطلان آن اصولاً بر سرنوشت عقد اثری ندارد. لذا می‌توان گفت در صورتی که شرط ضمن عقد قابلیت اجرا نداشته و مقدورالتسلیم نباشد باطل است همان‌گونه که در بند ۱ ماده‌ی ۲۳۲ ق.م اشاره شده است.

یکی از فروض مطرح در این مقاله وضعیتی است که متعهد (مشروط علیه) با توجه به وضعیت خود و اوضاع و احوال حاکم بر معامله توانایی پرداخت و تسلیم وجه التزام مقرر بین خود و مشروط له (متعهدله) را بدلیل گزاف بودن ندارد؛ نه تنها بالفعل بلکه بصورت بالقوه هم نمی‌توان انتظار معقولی به توانایی وی در ایفای تعهد مزبور داشت. هم‌چنین این ناتوانی دایمی (و نه موقت) نیز در حین عقد است نه اینکه عارضی باشد که خود می‌تواند از اسباب فسخ (خیار تعذر تسلیم) به شمار آید.

مقدورالتسلیم نبودن یک مفهوم کلی با مصادیق متعدد است. از آنجا که قدرت بر تسلیم از اوصاف متعهد است و چنانچه وی با توجه به وضعیت خاص

خود توانایی بالفعل و حتی بالقوه در تسلیم مورد تعهد را نداشته باشد و در فرضی که تعهد مالی مزبور (وجه التزام) از توان وی خارج باشد می‌توان یکی از مصادیق مقدورالتسلیم نبودن را گزاف بودن میزان وجه التزام دانست؛ مبلغ وجه التزام آن‌چنان گزاف و نامتناسب، غیرعادلانه و غیرمنصفانه است که مشروط علیه با توجه به وضعیت خاص مالی، بطور مطلق (بالقوه و بالفعل) قادر به تسلیم آن نیست. این عدم توانایی بر تسلیم نیز از همان زمان انعقاد عقد نیز بر دو طرف معمولاً هویدا است چرا که طرف قوی بر طرف ضعیف چنین شرطی می‌کند. دو طرف آگاه بر این امر هستند که متعهد (طرف ضعیف) قدرت بر تسلیم مورد شرط را ندارد یعنی نمی‌تواند در صورت ارتکاب تخلف مبلغ مزبور را ایفا کند لذا عنصر قدرت معلوم بر تسلیم بعنوان شرط صحت شروط ضمن عقد مفقود و چنین شرطی باطل است. در واقع توافق بر چنین تعهد ضمنی (تبعی) «غری» محسوب می‌شود و توافق بر آن از مصادیق معاملات غری است چرا که روابط و سرنوشت معامله ناپیدا است. علاوه بر این باید توجه داشت درج شرط وجه التزام یک عمل حقوقی مبتنی بر احسان و مسامحه نیست بلکه یک عمل معاوضی مغابنی است و به همین جهت امکان جریان قاعده غرر نیز در آن وجود دارد و از آنجا که صرفاً این شرط غری است و تبعی محسوب می‌شود بطلان آن به اصل معامله سرایت نمی‌کند. به عبارتی دیگر، از یک سو مشروط له هنگام درج چنین شرطی می‌داند که متعهد و طرف ضعیف قرارداد قادر نخواهد بود که چنین مبلغ گزافی را پرداخت کند یعنی این شرط از سوی متعهد قابلیت اجرا نخواهد داشت و مورد شرط که میزان مبلغ گزافی است با توجه به وضعیت متعهد مقدورالتسلیم نیست و از سوی دیگر خود مشروط علیه نیز به این امر ملتفت است که توانایی ایفای آن را ندارد. به عبارتی دیگر توافق بر پرداخت وجه التزام گزاف بدلیل مشهود بودن عدم قدرت بر انجام آن به نوعی نقض غرض و خلاف قصد طرفین و غیر قابل اجرا است. لذا به حکم بند ۱ ماده ۲۳۲ ق.م.چنین شرطی محکوم به بطلان است.

ج) غیرعقلانی بودن شرط وجه التزام غیرعادلانه (سفهی بودن شرط وجه التزام غیرعادلانه): معقول بودن یک امر توافقی موضوعی مسلم در منابع فقهی و حقوق ایران است که در منابع فقهی از آن به بناء عقلا، سیره عقلا و ارتکاز عقلا، عرف عقلا و احکام عقلا یاد می شود (نکوی، ۱۳۹۰: ۲۴۹). ضرورت رعایت احکام و مقررات عقلانی و عرفی از منظر شرع نیز پنهان نمانده است و در همین راستا اکثر احکام شرعی در باب معاملات که چهره عقلانی و عرفی دارند امضایی هستند. معامله‌ای که تسلیم آن به عقیده طرفین مقدور نیست، از سوی طرفی که عوض را در برابر آن مال تسلیم یا به تسلیم آن تعهد می کند معامله‌ای غیر عقلایی است که شخص رشید یا حتی ممیز به آثار و تعهدات ناشی از آن تن در نمی دهد زیرا هیچ شخص عاقلی حاضر نمی شود چیزی در برابر مالی بدهد که به عقیده او هرگز به او داده نمی شود (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۹۱).

بنابراین عقلایی بودن از شرایط طبیعی اعتبار یک امر قراردادی است. در ما نحن فیه، چنانچه توافق بر اخذ وجه التزام گزاف، غیرمنصفانه و نامتناسب با خسارت عرفی صورت گیرد چنین توافقی خلاف عقل سلیم است. چگونه ممکن است متعهد عاقل حاضر به پذیرش چنین تعهدی شود در حالیکه می داند چنین وجه گزافی را بدون سبب و استحقاق خاص و بدون توجیه هرگونه صرفه اقتصادی به اختیار خود به متعهدله (مشروط له) می دهد؟ چگونه ممکن است متعهدله عاقل حاضر به پذیرش چنین امری شود در حالیکه عالم است متعهد قادر به پرداخت آنچنان وجه التزامی نیست؟ آیا این نوع توافقات اتکاء بر امر موهوم نیست؟ در واقع، عمل بر خلاف و در تضاد با علم و متکی بر احتمالات نا متعارف خود امری غیر عقلایی است که مطمئناً غرر در پی دارد. اگر هدف اصلی از درج شرط مزبور التزام واقعی به پرداخت باشد با توجه به علم طرفین مبنی بر عدم توانایی متعهد در انجام آن تعهد، توافق بر امری شده است که شرط قدرت بر تسلیم در آن مفقود لذا توافق مزبور باطل است. اگر هدف اصلی از التزام فوق صرفاً استفاده از آن به عنوان ابزار فشار برای انجام تعهدی دیگر مثل تخلیه ملک در

موعد مقرر باشد لذا قصد جدی بر اخذ وجه مزبور وجود ندارد. گزافه نیست گفته شود مجموع دلایل ابرازی به نوعی به بناء عقلا و لزوم عقلانی بودن توافقات طرفین برمی گردد.

چنانچه شرط ضمن عقدی عقلایی نباشد باید چنین شرطی را که از مصادیق شرط غیرمقدور به شمار می آیند به حکم بند یک ماده‌ی ۲۳۲ ق.م باطل دانست. نکته جالب این است که در شرط وجه التزام گزاف و غیرمنصفانه از آنجا که هم مشروط له و هم مشروط علیه هر دو عالم هستند که با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر معامله و مشروط علیه از جمله وضعیت مالی وی (توانایی مالی وی) توانایی تسلیم و ایفای چنین وجه التزام گزافی توسط متعهد وجود ندارد لذا علم به غیر مقدورالتسلیم بودن چنین شرطی معمولاً از ناحیه طرفین است و می توان ادعا کرد قصد طرفین به نوعی نسبت به این قسمت از معامله، به عنوان تعهد تبعی، خدشه دار می شود و مثل این است که قصد جدی نسبت به پرداخت آن از سوی متعهد و اخذ چنین وجه التزامی توسط متعده وجود ندارد و مناسب تر این است که بگوییم تصور داشتن چنین قصدی برای متعهد و حتی طرفین امکانپذیر نیست. چراکه هر دو طرف آگاه هستند که متعهد (مشروط علیه) نمی تواند در آینده چنین مبلغی بپردازد و از این روی مصداق بارز معاملات سفهی شمرده می شود.

اگر کسی سفیه نباشد ولی یک بار در زندگی تصرف غیر عقلایی در مال خود کند این معامله سفهی است. معامله کننده به این مقدار سفیه نمی شود تا معامله او غیر نافذ گردد. مانند اینکه کسی به دیگری وکالت دهد تمام اموال او را در صورتی که بخواهد به خود یا دیگران منتقل کند. این وکالت و معاملات مبتنی بر آن سفهی بوده و فاقد اثر حقوقی است. بنابراین ضابطه سفهی بودن معاملات این است که به گونه ای واقع شوند که مورد اعتنا و توجه متعارف مردم نباشد. از این رو انتقال مال خود به دیگری بدون عوض مادی و معنوی، مجهول بودن عوضین در بیع به گونه ای که عقلا اقدام به چنین بیعی نکنند، شرط اجل بسیار طولانی برای پرداخت ثمن، و توافق بر مهریه های سنگین از مصادیق تصرفات سفهی بوده و همگی محکوم به بطلان می باشند. می توان از ماده‌ی ۳۴۸، بند دو ماده‌ی ۲۳۲ و

ماده‌ی ۵۷۰ ق.م این حکم را استنباط نمود (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۵۴). توافق بر پرداخت وجه التزام گراف و نامتعارف که تصرفی غیرعقلایی به‌شمار می‌آید مصداق معامله سفهی محسوب و محکوم به بطلان است.

(د) فقدان چهره خسارتی وجه التزام غیرعادلانه: همان‌طور که گفته شد وجه التزام ماهیتاً چهره خسارتی دارد. خسارتی است که طرفین پیشاپیش آن را تخمین زده‌اند. در ماده‌ی ۲۳۰ ق.م نیز اشاره به «عنوان خسارت» شده است که مبین این امر است.

از ماهیت خسارتی وجه التزام دو نتیجه گرفتیم: ۱- عدم قابلیت جمع مطالبه وجه التزام با الزام به انجام تعهد در خصوص وجه التزام به عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، ۲- لزوم تناسب عقلانی (و نه برابری حقیقی) بین مبلغ تخمینی و خسارت واقعی. در واقع چنان‌چه لزوم تناسب عقلانی را بین این دو امر نپذیریم شرط وجه التزام ماهیت کیفری و تهدیدآمیز می‌یابد که خلاف نص و ظاهر ماده‌ی ۲۳۰ ق.م است. همان‌طور که اشاره شد مفردات و مختصات وجه التزام به عنوان یک حقیقت قانونی در ماده‌ی ۲۳۰ ق.م بیان شده است و مبین این حقیقت است که قانون‌گذار در مقام بیان بوده لذا مفهوم مخالف آن معتبر و قابل اتکاء است. از جمله این مختصات می‌توان به قید «به عنوان خسارت» اشاره نمود و مفهوم مخالف آن این است که چنان‌چه مبلغ مزبور تاب تفسیر «به عنوان خسارت» را نداشته باشد وجه التزام به شمار نمی‌آید. در نتیجه، چنان‌چه وجه التزام مقرر، چنان گراف و غیرعادلانه (غیرمنصفانه) باشد به نحوی که تناسب عقلانی و عرفی بین میزان مبلغ مقرر و برآورد حقیقی (عرفی) برقرار نباشد، توافق مزبور، توافق بر امری موهوم تلقی می‌شود که خلاف نص ماده ۲۳۰ ق.م و ماهیت خسارتی این تأسیس حقوقی است و طبق اصول حقوقی کأن لم یکن خواهد بود.

(ه) عدم دلالت ماده‌ی ۲۳۰ ق.م بر جواز درج شرط وجه التزام غیر عادلانه: ممکن است برای معتبر دانستن شرط وجه التزام گراف به نص ماده‌ی ۲۳۰ ق.م استناد شود. توسل به این ماده برای جواز چنین شرطی توجیه کننده نیست.

علیرغم تفسیر قید «به عنوان خسارت» که در صفحات قبلی به آن اشاره شد، از این ماده بطور عمده سه امر بیشتر برداشت نمی‌شود؛ ابتدائاً اصل درج شرط وجه التزام را تجویز می‌کند. ثانیاً جواز استحقاق وجه التزام را صرف تخلف متعهد و بدون لزوم ورود و تقویم خسارت می‌داند. ثالثاً قاضی را از دخل و تصرف در قالب تعدیل ممنوع می‌دارد. این ماده بطور اجمالی صرفاً ما را از تعدیل وجه التزام ممنوع می‌کند ولی مقصود ما در تحقیق پیش رو تعدیل نیست بلکه اساساً چنین شرط وجه التزام گزافی را بی اعتبار می‌دانیم. جواز یا ممنوعیت تعدیل فرع بر صحت و اعتبار چنین شرطی است. به همین دلیل اعتقاد بر بطلان شرط وجه التزام غیرعادلانه هیچ‌گونه برخورد و تضادی با نص ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. ندارد.

ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. که به نحو اطلاق و عموم اشاره به تجویز درج شرط وجه التزام در حقوق ایران کرده است باید به معنای متعارف حمل شود. مسلماً درج شرط وجه التزام گراف و غیرمنصفانه منظور و مقصود عرف و قانون‌گذار نخواهد بود بلکه خلاف آن است. هم‌چنین چنانچه شبهه برای ما نسبت به شمول ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. به وجه التزام گراف ایجاد شود باید دانست که اولاً استناد به عمومات و اطلاعات یک ماده‌ی قانونی نباید در تضاد با سایر اصول مسلم حقوقی از جمله عدالت معاوضی، عقلایی بودن امور توافقی و صیانت از نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد و ثانیاً «تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه جایز نیست» (محمدی، ۱۳۸۵: ۱۰۶) لذا نمی‌توان چنین شرطی را در لوای عمومات و اطلاعات ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. معتبر دانست.

و) ملاک قسمت اخیر ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲: حمایت از حقوق مصرف‌کننده در نظام حقوقی ایران در قوانین و لوایح^{۳۱} جدید مورد توجه قرار گرفته است. یکی از موارد تقنینی به منظور حمایت از حقوق مصرف‌کننده را می‌توان قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ دانست. ماده‌ی ۴۶ این قانون مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و هم‌چنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست». این ماده‌ی

قانونی به عنوان تحولی نوین و پیشرو در مبحث تجارت الکترونیک و حتی حقوق قراردادهای در نظام حقوقی ایران در راستای حمایت از مصرف کننده و طرف ضعیف قرارداد به شمار می‌آید. مبنای قانونی مفهوم «شروط غیرمنصفانه» در حقوق ایران ماده‌ی قانونی مذکور است هرچند که معیار غیرمنصفانه بودن مشخص نشده است که این مورد نیز به نظر می‌آید مانند مفاهیمی هم چون نظم عمومی و اخلاق حسنه به تشخیص عرف واگذار گردیده است. اگرچه جایگاه این مقرر در قانون تجارت الکترونیک می‌باشد اما از ملاک این ماده می‌توان استفاده کرد و آن را به قراردادهای غیر الکترونیک نیز سرایت داد و شروط غیرمنصفانه را بطور کلی غیرقابل اجرا دانست. همان طور که هویدا است از جمله شروط غیرمنصفانه شرط وجه التزام گزاف است که به حکم ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مؤثر نیست. لازم به ذکر است در همین قانون معیار «معقول» (سنجش عقلانی)^{۳۲} در بند «ن» ماده‌ی ۲ تعریف شده است: «با توجه به اوضاع و احوال مبادله «داده پیام» از جمله: طبیعت مبادله، مهارت و موقعیت طرفین، حجم مبادلات طرفین در موارد مشابه، در دسترس بودن گزینه‌های پیشنهادی و رد آن گزینه‌ها از جانب هر یک از طرفین، هزینه گزینه‌های پیشنهادی، عرف و روشهای معمول و مورد استفاده در این نوع مبادلات ارزیابی می‌شود». بنابراین با توجه به این بند می‌توان ملاک غیرمنصفانه بودن را نیز عرفی شمرد.

(ز) **سابقه فقهی:** غرری بودن بیع گزاف توسط شیخ انصاری در کتاب مکاسب نیز اشاره شده است: «و بالجمله، فالغرر لایتنفی بمسامحه الناس فی غیر زمان الحاجة إلى المداقه، و إلا لم یکن بیع الجزاف، و ما تعذر تسلیمه، و الثمن المحتمل للفتاوت القلیل و غیر ذلک من الجهالات غرراً لتسامح الناس فی غیر مقام الحاجة إلى المداقه فی أكثر المجالات» (الأنصاری، ۱۳۸۹: ۴۱). با توجه به اینکه غرر موجب حرمت و بطلان یک امر حقوقی است می‌توان ملاک بطلان در بیع گزاف را به وجه التزام گزاف نیز سرایت داد. لذا شایسته است بگوییم که بطلان وجه التزام گزاف نه تنها تعارضی با مبانی فقهی ندارد بلکه با آن نیز منطبق است.

۴.۲. طرح و پاسخ به شبهات احتمالی

الف) ممکن است گفته شود بطلان شرط وجه التزام غیرعادلانه و گراف توالی فاسد ایجاد می‌کند چراکه اولاً موجب فرار متعهد از انجام تعهد و تسهیل تخلف در قراردادهای به بهانه غیرعادلانه بودن می‌شود. ثانیاً معیار غیرعادلانه بودن شخصی است؛

در پاسخ باید گفت به نظر می‌رسد جواز چنین شرطی توالی فاسد بیشتری به دنبال می‌آورد. چراکه چنین شروط وجه التزام گراف از مصادیق اقتصاد تکاثری است که موجب سلطه دارا بر ندار و خروج طرف ضعیف از چتر حمایتی قانون-گذار، که وظیفه ذاتی آن تقنین در راستای عدالت و انصاف است، می‌شود. علاوه بر این بطلان چنین شرطی به هیچ عنوان به ضرر مشروط له نیست. چرا که بطلان شرط وجه التزام غیرعادلانه و گراف صرفاً وی را از امتیازات این شرط، یعنی معافیت از بار اثبات ورود خسارت و تشریفات دادرسی مربوط به تعیین میزان آن محروم می‌کند و با بطلان شرط مزبور مثل این است که در خصوص خسارت اصلاً شرطی قید نکرده‌اند و به همین دلیل حق وی برای مطالبه خسارت طبق قواعد عمومی مسئولیت قراردادی با اثبات شرایط عمومی استحقاق جبران خسارت کماکان پایدار است. مفهوم غیرعادلانه هم مانند مفاهیمی چون نظم عمومی، اخلاق حسنه، غبن و... متکی بر فهم عرف است. هم‌چنین باید توجه کرد دشواری اثبات غیرعادلانه بودن با توجه به وضعیت خاص متعهد از جمله احراز تمکن یا عدم تمکن وی و شرایط حاکم بر قرارداد نباید موجب تردید نسبت به بطلان شرط مزبور گردد چراکه بحث اخیر در مقام تحلیل امور ثبوتی است و نه اثباتی.

ب) بطلان شرط وجه التزام گراف مصداق اجتهاد در برابر نص به شمار می‌آید؛

در پاسخ باید گفت بطلان شرط وجه التزام گراف مصداق اجتهاد در برابر نص به شمار نمی‌آید. چراکه نص موردنظر در ما نحن فیه ماده‌ی ۲۳۰ ق.م است.

همان‌طور که گفته شد از این ماده بیش از سه مطلب عمده برداشت نمی‌شود: اصل جواز درج وجه التزام، استحقاق به صرف تخلف و بدون نیاز به ورود ضرر و ممنوعیت قاضی از تعدیل. به‌همین جهت در زمینه وجه التزام نامتعارف و گزاف حکمی ندارد که نظر مزبور اجتهاد در برابر آن محسوب شود. توسل به اطلاق و عموم موجود در ماده‌ی ۲۳۰ ق.م نیز با دو مانع رو به رو است؛ اولاً تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه جایز نیست، ثانیاً اطلاق به نحو مذکور با اصول مسلم حقوقی مثل عدالت معاوضی، عقلانیت امور توافقی و صیانت از نظم عمومی و اخلاق حسنه برخورد و تعارض دارد.

۵. نتیجه‌گیری

یکی از راه‌های جبران خسارت توافقی درج شرط وجه التزام است. شرط وجه التزام یک ماهیت حقوقی قراردادی تبعی با موضوع پرداخت مبلغی پول به‌طور مقطوع به‌عنوان خسارت ناشی از تخلف، اعم از مطلق (عدم انجام تعهد) و جزئی (تأخیر انجام تعهد) است که قبل از نقض تعهد مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد که به موجب آن به صرف ارتکاب تخلف، بدون نیاز به اثبات ورود و تقویم ضرر، متعهد (مشروط علیه) ملزم به پرداخت می‌شود.

طرفین در تعیین میزان وجه التزام آزادی کامل دارند ولی این اختیار نباید به نحوی اعمال شود که شرایط اساسی صحت شروط ضمن عقد و طبیعت معاوضه و ماهیت خسارتی وجه التزام را خدشه دار کند. قریب به اتفاق حقوق‌دانان معتقدند تعیین میزان وجه التزام متکی بر اراده طرفین و بدون هیچ‌گونه محدودیتی است لذا درج چنین شرطی بطور مطلق صحیح است ولو اینکه هیچ‌گونه تناسب معقولی با خسارت واقعی نداشته باشد. عده‌ای در چنین وضعیتی با توجه به قاعده عدل و انصاف نظر به تعدیل وجه مزبور دارند. اما به‌نظر می‌رسد با توجه به شرایط قرارداد و وضعیت متعهد بدلیل عدم توجه قصد جدی آنها به التزام به چنین شرطی، غیرعقلانه بودن، غیرمقدورالتسلیم و غرری بودن، نقض عدالت معاوضی و

نداشتن چهره خسارتی چنین وجه التزامی باطل است. دلایل مذکور به بناء عقلا، طبیعت معاوضه و قصد طرفین برمی گردد که درج چنین شرط نامتناسب و گزاف مغایر با آنهاست و تجویز آن خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. ولی با این وجود کماکان مطالبه خسارت برای متعهدله (مشروط له) از طریق اثبات شرایط عمومی مسئولیت قراردادی امکان پذیر است و بطلان شرط مزبور صرفاً وی را از امتیازات درج وجه التزام محروم می کند.

یادداشت‌ها

^۱ - وجه التزام ویژه قراردادها است و در مسئولیت‌های غیر قراردادی مبلغ تعیین شده را نیز «وجه التزام» نمی گویند به همین جهت اصطلاح «شرط کیفری» را، با اینکه با ماهیت کنونی آن در حقوق ایران تناسب نداشت، از حقوق اروپایی اقتباس کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۷۰-۵۷۱).

^۲ - در برابر مفهوم وجه التزام غیر قراردادی به کار رفته است (عادل، ۱۳۸۰: ۸۸).

^۳ - این لفظ توسط حقوق دانان معاصر عرب استعمال شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۷۳۹).

^۴ - هم چنین برای مطالعه سایر تعاریف از این نویسنده ر.ک: (۱۳۷۸-ب، ص ۲۲۶۴، واژه ۸۴۵۱؛ ۱۳۸۲: ۷۳۹، واژه ۵۹۳۴؛ همان، ۳۸۲، واژه ۳۰۵۸).

^۵ - برخی از حقوق دانان معتقدند شرط پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف هیچ خصوصیتی ندارد. ممکن است دو طرف شرط کنند که متخلف از اجرای تعهد، به متعهد مالی بپردازد یا کاری برای او انجام دهد (قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۲۳۳؛ شعبانی، ۱۳۸۵: ۹۸؛ عابدیان، ۱۳۸۵: ۸؛ عادل، ۱۳۸۰: ۸۹).

^۶ - در حقوق نوشته، شرط کیفری (Penalty Clause) به شروطی اطلاق می شود که خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد را پیشاپیش تعیین می کند. موضوع شرط کیفری ممکن است پرداخت وجه معین، انجام فعل یا ترک فعل معینی باشد (عابدیان، ۱۳۸۵: ۹). در نظام حقوقی کامن لا بخصوص حقوق انگلستان توافق بر خسارت بطور کلی به دو صورت است: شرط خسارت مقطوع (Liquidated

Demages Clause و شرط کیفری (Penalty Clause) (همان، ۸؛

مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۱۱). تغییر شرط کیفری از طریق دخالت مقامات قضایی امکان پذیر است (مقصودی، همان). در حقوق انگلیس تصور کلی بر این است که چنانچه شرط توافق بر تعیین خسارت جنبه تنبیهی و مجازات به خود بگیرد چنین شرطی غیرقابل اجراست و توافق طرفین تنها در صورتی نافذ است که به قصد جبران خسارت زیان دیده واقع شود (عابدیان، ۱۳۸۵: ۱۰؛ مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۱۴).

۷- مفاهیم مشابه وجه التزام که در آثار سایر حقوق دانان اشاره شده است عبارتند از: شرط تعیین خسارت قراردادی (شعبانی، ۱۳۸۵: ۸۶)، شروط محدودکننده و فزونی مسئولیت (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۷۴)، هزینه (حق) عدول (عادل، ۱۳۸۰: ۱۰۱)، وثیقه و بیعانه (همان: ۱۰۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۱۶ به بعد)، خسارت تأخیر تأدیه (شهیدی، ۱۳۸۳: ۸۴)؛ تفاوت اساسی وجه التزام با شرط تعیین خسارت قراردادی و سایر شروط محدودکننده و فزونی مسئولیت در بعد شکلی مطالبه خسارت همان معافیت از تشریفات دادرسی مثل اثبات ورود ضرر و تقویم آن در وجه التزام برخلاف مفاهیم قبلی است (احمدوند، ۱۳۸۳: ۳۰؛ شعبانی، ۱۳۸۵: ۹۲ و ۹۵). برای مطالعه تفاوت وجه التزام با هزینه (حق) عدول و وثیقه و بیعانه ر.ک: (عادل، ۱۳۸۰: ۱۰۰-۱۰۱). همان گونه که مشخص است وجه التزام در قراردادهای عهدی با موضوع غیر پولی، اعم از فعل یا ترک فعل یا اموال غیر پولی، مطرح می شود و برخلاف خسارت تأخیر تأدیه که ویژه دیون پولی است، پیشاپیش و قبل از ارتکاب تخلف بر آن توافق شده است ولی در دین پولی باید مراتب مذکور در ماده ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی فراهم گردد.

8- Option

۹- برای مثال رأی شماره ۱۳۲۱/۸/۱۲-۲۵۴۴ شعبه ۷ دیوان عالی کشور الزام متعهد را نیز در فرض درج شرط امکان پذیر می داند ولی رأی شماره ۱۳۲۱/۹/۲۵-۲۹۰۷ شعبه ۶ دیوان عالی کشور الزام متعهد را در فرض مزبور امکان پذیر نمی داند چراکه اعتقاد دارد تنها همان وجه التزام ضمانت اجرای تخلف است.

- ^{۱۰} - ر.ک: (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۷۳۹، واژه ۵۹۳۴، ذیل واژه وجه التزام؛ عابدیان، ۱۳۸۵: ۱۸، زیرنویس شماره ۱؛ عادل، ۱۳۸۰: ۹۱).
- ^{۱۱} - از جمله دادنامه شماره ۴۹-۵۰-۸۷ مورخ ۸۷/۱/۲۶ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان فارس.
- ^{۱۲} - ر.ک: (امامی، ۱۳۸۲: ۶۱۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۷۱؛ همان، ۱۳۹۰: ۲۱۴ - ۲۱۵: «شرط وجه التزام هر نوع بازرسی را در این باره ممنوع می‌دارد»؛ صفایی، ۱۳۸۸: ۲۰۹؛ احمدوند، ۱۳۸۳: ۳۰؛ تسخیری: ۸۹؛ عابدیان، ۱۳۸۵: ۱۳؛ عادل، ۱۳۸۰: ۹۱).
- ^{۱۳} - ر.ک: (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۴: «ادعای خلاف آن در دادگاه شنیده نمی‌شود»).
- ^{۱۴} - رأی شماره ۲۵۴۴-۱۳۲۱/۸/۱۲ شعبه ۷ دیوانعالی کشور (مندرج در: حسینی، ۱۳۸۷: ۸۰؛ نیک فر، ۱۳۷۴: ۶۳) - رأی اصراری شماره ۱۱-۵۲/۳/۳ ردیف ۲۶ هیأت عمومی دیوانعالی کشور (مندرج در: کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۸۸) - رأی ۲۴۴-۲۴۳-۶۸/۸/۸ شعبه ۲۷ حقوقی یک تهران (مندرج در عادل، ۱۳۸۰: ۹۳).
- ^{۱۵} - رأی شماره ۴۰۸-۷۱/۷/۴ شعبه ۳ دیوان_عالی کشور- رأی شماره ۶۹۸-۷۱/۱۰/۲۸ شعبه ۳ دیوان_عالی کشور (مندرج در: حسینی، ۱۳۸۷: ۸۱-۸۰) - دادنامه شماره ۳/۳۴۶ مورخ ۷۲/۶/۷ شعبه سوم دیوانعالی کشور (مندرج در: بازگیر، ۱۳۸۰، ص ۴۳).
- ^{۱۶} - هم‌چنین ر.ک: رأی شماره ۶۰۰ و ۲۵/۵۹۹، ۱۳۷۲/۹/۲۸ شعبه ۲۵ دیوان_عالی کشور (مندرج در: بازگیر، ۱۳۷۷: ۱۲۵).
- ^{۱۷} - طبیعت معاوضه عبارت است از لزوم تعادل و تناسب بین عوض و معوض. در اینجا عوضین عبارتند از: تخلف و مبلغ مقطوع.
- ^{۱۸} - برای دیدن نظر مخالف ر.ک: (احمدوند، ۱۳۸۳: ۲۹-۲۸؛ عادل، ۱۳۸۰: ۹۵: «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 متعهدله استحقاق دریافت کل مبلغ خسارت را خواهد داشت»).

^{۱۹} - برای مطالعه در زمینه شروط غیرمنصفانه در سایر نظامات خارجی و بین المللی ر.ک: (شیروی، ۱۳۸۱: ۸ به بعد؛ قنوتی، ۱۳۸۹: ۱۴۱ به بعد؛ نکویی، ۱۳۹۰: ۱۶۰ به بعد).

^{۲۰} - ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست».

^{۲۱} - در مورد وضعیت وجه التزام ناچیز ر.ک: (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۶؛ همان، ۱۳۷۴: ۵۷۲)؛ همچنین برای مطالعه این موضوع در حقوق انگلیس ر.ک: (مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۱۶-۱۱۷).

^{۲۲} - از جمله: (شهیدی، ۱۳۸۳: ۸۷؛ امامی، ۱۳۸۲: ۲۵۰ و ۶۱۹؛ عدل، ۱۳۸۹: ۱۳۸؛ حائری شاه باغ، ۱۳۸۷: ۲۰۸؛ صفایی، ۱۳۸۸: ۲۰۹).

23- Unconscionability

^{۲۴} - البته دکتر کاتوزیان علاوه بر تعدیل وجه التزام که در آثار متعددی به آن اشاره کرده‌اند، در یک مورد به دلیل انتفای ناروای طلبکار عدم نفوذ چنین شرطی را پیشنهاد کرده‌اند؛ ر.ک: (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۶).

^{۲۵} - دکتر کاتوزیان در ادامه به تجربه قضایی خود از رعایت انصاف در رویه قضایی اشاره می‌کنند که در نهایت مورد تأیید دیوان نیز قرار گرفته است (برای مطالعه رأی ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۳-۳۴). البته برخی اعتبار رعایت انصاف در پرونده مذکور را مورد تردید قرار داده‌اند و تأیید دیوان را در راستای ملاحظه توافق طرفین و قصد مشترک آن‌ها و شرایط قرارداد دانسته‌اند نه رعایت انصاف (عادل، ۱۳۸۰: ۹۹-۱۰۰).

^{۲۶} - البته همین نویسندگان در فرازی دیگر اظهار داشته‌اند که دادگاه می‌تواند به دلیل غیر مقدور بودن انجام چنین شروطی و ناتوانی متعهد از انجام آنها به استناد بند یک ماده‌ی ۲۳۲ شرط مذکور را باطل اعلام کند (عادل، ۱۳۸۰: ۹۸-۹۹). برای نقد استناد به قاعده لاجرح به‌عنوان جواز تعدیل و یا بطلان وجه التزام غیرعادلانه ر.ک: (مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۲۲ به بعد).

^{۲۷}- لازم به تذکر است در بین حقوق دانان ایرانی علاوه بر دکتر مرتضی عادل (ر.ک. به پی نوشت قبلی)، دکتر میرحسین عابدیان نیز در فرازی نظر به بطلان وجه التزام گزاف داشته اند: «به نظر می رسد قول به بطلان چنین شروطی، اگر وجه مندرج در آن گزاف و به نحو معتنابهی نامتناسب با خسارت واقعی باشد، قوی و با عدالت در روابط قراردادی موافق است، به ویژه اینکه عدم شمول ماده ی ۲۳۰ قانون مدنی به چنین شروطی با توجه به اینکه عرفاً این شرط وسیله تعیین و تخمین خسارت نیست، توجیه شدنی و دفاع پذیر است» (عابدیان، ۱۳۸۵: ۱۸).

^{۲۸}- دسته اول مانند شیخ انصاری، صاحب جواهر کلام، آیت الله خمینی، محمدباقر صدر و گروه دوم مانند محقق نائینی (همگی به نقل از فتاوی، ۱۳۸۹: ۱۵۱). برای بحث تفصیلی در این زمینه ر.ک: (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۰۰ به بعد).

^{۲۹}- علاوه بر موارد مذکور، به نظر می رسد مواردی همچون شرط عدم مسئولیت در ضمان درک مشتری، شرط اسقاط کافه خیارات بالأخص خیار غبن فاحش ولو افحش، همگی بدلیل نقض یکی از ابعاد عدالت معاوضی، یعنی لزوم تعادل یا منع تملک دو عوض برای یکی از دو طرف محکوم به بطلان است. هم چنین ممنوعیت زوج به رجوع به نصف مهریه در موردیکه زوج مهریه را ابراء کرده و طلاق قبل از نزدیکی صورت گرفته باشد به دلیل نقض عدالت معاوضی است.

^{۳۰}- برای مطالعه استدلالات گروه نخست و نقد آنها و دلایل استنادی گروه دوم ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۴۸-۱۴۶؛ سعیدی، ۱۳۸۹: ۱۱۶-۱۱۵.

^{۳۱}- در لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۸۴ هیأت دولت در خصوص تعیین میزان وجه التزام در قرارداد حمل و نقل برای اراده متعاملین اعتبار مطلق نشناخته و آن را محدود کرده است. ماده ی ۷۱ لایحه فوق الاشعار مقرر می دارد: «... دو طرف می توانند در قرارداد برای میزان خسارت مبلغی زیاده تر از قیمت کامل کالا معین کنند. اما شرط خسارت به کمتر از قیمت کالا باطل است». قسمت اخیر ماده مذکور ناشی از کنترل قانونی و در جهت حمایت از مصرف کننده و طرف ضعیف قرارداد است. در صورت فقدان ماده ی قانونی خاصی در این زمینه، عمل قضات

در بازرسی اعتبار یا عدم اعتبار وجه التزام با توجه به میزان مبلغ مورد توافق را می وان در قالب کنترل قضایی توجیه کرد.

Reasonableness Test³²

منابع

الف) کتاب ها

۱. امامی، حسن. (۱۳۸۲). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست و سوم، انتشارات اسلامیه.
۲. الانصاری، [شیخ] مرتضی. (۱۳۸۹). المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات خرسندی.
۳. بازگیر، یدالله. (۱۳۷۷). آرای دیوانعالی کشور در امور حقوقی، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات ققنوس.
۴. بازگیر، یدالله. (۱۳۸۰). آرای ماهوی دیوانعالی کشور در امور حقوقی و جزایی، چاپ اول، دانش نگار.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸-الف). حقوق تعهدات، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸-ب). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲-الف). ترمینولوژی حقوق، چاپ دهم، کتابخانه گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲-ب). مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش.
۹. حائری شاه باغ، علی. (۱۳۸۷). شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش.
۱۰. حسینی، محمدرضا. (۱۳۸۷). قانون مدنی در رویه قضایی، چاپ چهارم، انتشارات مجد.

۱۱. شعبانی، قاسم. (۱۳۸۵). تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات، چاپ اول، انتشارات اطلاعات.
۱۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳-الف). آثار قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، انتشارات مجد.
۱۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳-ب). اصول قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، انتشارات مجد.
۱۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ پنجم، انتشارات مجد.
۱۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). شروط ضمن عقد، چاپ اول، انتشارات مجد.
۱۶. صفایی، حسین. (۱۳۸۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد دوم، چاپ هفتم، نشر میزان.
۱۷. عابدیان، میرحسین، اسدزاده، مجتبی، فیروزمند، علی. (۱۳۸۸). در تکاپوی عدالت (آراء دیوان عالی کشور در امور مدنی)، جلد نخست، چاپ اول، نشر میزان.
۱۸. عدل، منصور. (۱۳۸۹). حقوق مدنی، چاپ اول، انتشارات خرسندی.
۱۹. قاسم زاده، مرتضی. (۱۳۸۸-الف). اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوازدهم، مؤسسه انتشارات دادگستر.
۲۰. قاسم زاده، مرتضی. (۱۳۸۸-ب). الزام ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ هشتم، نشر میزان.
۲۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۱). عقود معین، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت انتشار با همکاری برنا بهمن.
۲۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). الزام های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، جلد اول، چاپ اول، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار.

۲۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). *گامی به سوی عدالت*، جلد اول، چاپ اول، نشر میزان.
۲۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹-الف). *حقوق خانواده (دوره مقدماتی)*، چاپ هفتم، نشر میزان.
۲۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹-ب). *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ پنجم، نشر میزان.
۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰-الف). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰-ب). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد چهارم، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰-ج). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد پنجم، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. محمدی، ابوالحسن. (۱۳۸۵). *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، چاپ بیست و پنجم، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۱. موحد، محمد علی. (۱۳۸۴). *در هوای حق و عدالت*، چاپ سوم، نشر کارنامه.
۳۲. نکوئی، محمد. (۱۳۹۰). *شرط عدم مسئولیت*، چاپ اول، نشر میزان.
۳۳. نوین، پرویز. (۱۳۸۴). *حقوق مدنی ۳ (انعقاد و انحلال قراردادها)*، چاپ اول، انتشارات تدریس، تهران.
۳۴. نیک فر، مهدی. (۱۳۷۴). *قانون مدنی در آرای دیوانعالی کشور*، چاپ سوم، انتشارات کیهان.

ب) مقاله ها

۱. احمدوند، ولی الله. (۱۳۸۳). «آثار و احکام شرط تعیین خسارت ناشی از تأخیر و عدم اجرای تعهد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس»، *مصباح*، سال ۱۳، شماره ۵۳، صص ۶-۳۲.

۲. تسخیری، محمد. (۱۳۸۴). «شرط جزایی در عقود»، **فقه اهل بیت**، سال ۱۱، شماره ۴۴، صص ۷۱-۸۹.
۳. حسین آبادی، امیر. (۱۳۸۱). «بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد»، **الهیات و حقوق**، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، سال ۲، شماره ۴، صص ۴۷-۵۹.
۴. سعیدی، محمد علی. (۱۳۸۹). «بررسی اعتبار حقوقی مهریه های سنگین»، **فصلنامه حقوق**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱۰۱، صص ۱۰۹-۱۲۷.
۵. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۱). «نظریه غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان آمریکا و استرالیا»، **مجله مجتمع آموزش عالی قم**، سال ۴، شماره ۱۴، صص ۵-۴۳.
۶. عابدیان، میر حسین. (۱۳۸۵). «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها (لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران)»، **مجله تخصصی الهیات و حقوق**، شماره ۱۹، صص ۳-۴۴.
۷. عادل، مرتضی. (۱۳۸۰). «توافق بر خسارت در قراردادها»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۵۳، صص ۷۷-۱۱۲.
۸. قنوتی، جلیل. (۱۳۸۹). «اصل آزادی قراردادی: قراردادها و شروط غیرعادلانه»، **مطالعات اسلامی: فقه و اصول**، سال چهل و دوم، شماره پیاپی ۸۵/۱، صص ۱۳۵-۱۵۷.
۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). «سهم عدالت در تفسیر قانون»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۷۲، صص ۳۶۱-۳۸۳.
۱۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). «عدالت معاوضی در قراردادها»، **مندرج در مجموعه مقالات گامی به سوی عدالت**، جلد اول، چاپ اول، نشر میزان، صص ۲۱۹-۲۴۳.

۱۱. مقصودی، رضا. (۱۳۹۰). «تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره دوم، صص ۱۰۳-۱۲۹.
۱۲. وحیدی، امیر حسین. (۱۳۸۵). «تعدیل وجه التزام در قراردادهای الحاقی»، ماهنامه کانون، سال ۸۴، دوره دوم، شماره ۶۸، صص ۶۴-۸۳.

ج) پایان نامه

۱. کربلایی آقازاده، مصطفی. (۱۳۹۰). مبانی فقهی و حقوقی تعیین خسارت در قرارداد، استاد راهنما: دکتر پرویز عامری، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز.