

سلامت و رفاهیت



وزارت علوم تحقیقات و فناوری

دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی

دانشکده حقوق و الهیات

گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه‌ی کارشناسی ارشد (M.A.)

رشته حقوق خصوصی

موضوع:

اعمال خیار غبن در وجه التزام از منظر فقه و حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر مصطفی نفری

استاد مشاور:

دکتر راضیه عبدالصمدی

نگارش:

بنیامین علی نقی بیگی

شهریور ۹۷



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی

## دانشکده حقوق و الهیات

### گروه حقوق خصوصی

تأییدیه‌ی اعضای هیأت داوران حاضر در جلسه‌ی دفاع از پایان‌نامه کارشناسی ارشد

اعضای هیأت داوران نسخه‌ی نهایی پایان‌نامه‌ی آقای (خانم) ..... را تحت  
عنوان.....  
در رشته ..... از نظر فرم و محتوا بررسی نموده و پذیرش آن را با درجه ..... برای  
تکمیل درجه‌ی کارشناسی ارشد پیشنهاد می‌کنند.

اعضای هیأت داوران	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	امضاء
۱- استاد راهنما			
۲- استاد مشاور			
۳- استاد داور			
۴- استاد داور			
۵- مدیر گروه			

## تقدیم به شهدای باعزت مدافع حرم...

## چکیده

وجه‌التزام علاوه بر این که خسارت محتمل الوقوع را با اندک تفاوت مبلغی، در حیطه‌ی توافق و اراده‌ی طرفین تعهد (در ضمن قرارداد) به صورت شرط، به انجام می‌رساند؛ راهی است برای اجبار و الزام پیشین متعهد برای انجام تعهد خویش و هم‌چنین باعث می‌شود متعهدله تا حدودی، بابت اینکه تعهد انجام خواهد شد، اطمینان خاطر یابد. با این وجود شرطی که به عنوان وجه‌التزام قرار داده می‌شود نباید به گونه‌ای باشد که برای متعهد یا حتی متعهدله گزاف یا ناچیز تلقی شود، چه این که از مقدار خسارت عرفی و واقعی آن، بسیار گزاف و یا بسیار ناچیز بنماید. چنان که می‌دانیم، با وجود اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده و مواد ۲۳۰ قانون مدنی و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، توافق بر تعیین هر مبلغ وجه‌التزام قابل نفوذ و احترام است؛ اما نباید ناگفته گذاشت که این مبلغ نباید به گونه‌ای باشد که از لحاظ عرفی خسارت آن، بسیار نامتعادل (گزاف یا ناچیز) شود. چه اینکه در این موقع با نظم کرده یا به نحوی اختیار فسخ را برای مغبون به بار آورد. لذا تلاش این رساله بر عمومی تعارض پیدا آن است که جایگاه اعمال و دست‌یازی به خیار غبن را در این مقوله، به بررسی پرداخته و تاجای ممکن، کمکی به رویه قضایی جهت قطع تشتت آراء، باشد.

کلید واژگان: وجه‌التزام، خسارت، حاکمیت اراده، خیار، خیار غبن

۱. مقدمه‌ی پایان‌نامه

۱. بیان مساله

۲. پیشینه تحقیق

۳. ضرورت و نوآوری تحقیق

۳. پرسش‌های تحقیق:

۳. هدف‌ها و کاربردهای تحقیق

۴. روش و نحوه‌ی انجام تحقیق و به دست آوردن نتیجه

۴. ساماندهی (طرح) تحقیق

۵. فصل اول:

۶. گفتار اول: مبانی تعیین خسارت

۶. مبحث اول: تعیین خسارت به وسیله قانون

۹. مبحث دوم: تعیین خسارت توسط دادگاه

۹. مبحث سوم: تعیین خسارت توسط طرفین

۱۰. گفتار دوم: تعریف و انواع شروط

۱۱. مبحث اول: حالات مختلف شروط

۱۴. مبحث دوم: شرط صفت

۱۵. مبحث سوم: شرط نتیجه

۱۶. مبحث چهارم: شرط فعل

۱۶. مبحث پنجم: مشروط له و مشروط علیه

۱۷. مبحث ششم: شروط باطل

۱۹. مبحث هفتم: شروط باطل که عقد را باطل نمی‌کنند

۲۶. گفتار سوم: معنا و مفهوم غبن و خیار غبن و مستندات اعمال آن

۲۶. مبحث اول: معنای لغوی و اصطلاحی غبن

- ۲۶.....مبحث دوم: معنای غبن در حقوق مدنی ایران
- ۲۶.....مبحث سوم: خیار غبن
- ۲۸.....مبحث چهارم: مستندات و دلایل خیار غبن
- ۳۰.....مبحث پنجم: معنای خیار در فقه و حقوق مدنی ایران

## ۳۲ ..... فصل دوم:

### ۳۲ ..... مفهوم و ماهیت حقوقی وجه التزام در فقه و شناسایی ویژگی‌های آن

- ۳۳.....گفتار اول: تعریف التزام
- ۳۴.....گفتار دوم: تکلیف وجه التزام در فقه
- ۳۵.....گفتار سوم: مفهوم وجه التزام
- ۳۹.....گفتار چهارم: ماهیت وجه التزام
- ۴۴.....گفتار پنجم: بررسی امکان مطالبه همزمان وجه التزام و انجام تعهد
- ۴۵.....مبحث اول: تحلیل استدلال‌های حقوقدانان
- ۵۰.....مبحث دوم: موضع رویه قضایی در قبال وجه التزام
- ۵۱.....گفتار ششم: لزوم تناسب عقلانی بین خسارت تخمینی و خسارت واقعی
- ۵۲.....گفتار هفتم: اوصاف و ویژگی‌های وجه التزام
- ۵۲.....مبحث اول: مقطوع بودن
- ۵۳.....مبحث دوم: معافیت از اثبات ورود ضرر و تقویم آن
- ۵۳.....مبحث سوم: تجزیه پذیری
- ۵۴.....مبحث چهارم: تقدم توافق بر پرداخت وجه التزام بر تحقق تخلف

### ۵۵ ..... فصل سوم: بررسی وضعیت حقوقی شرط وجه التزام غیر عادلانه و مغبون آمیز در حقوق ایران

- ۵۶.....گفتار اول: نظریه صحت شرط وجه التزام غیر عادلانه (اعتبار مطلق شرط وجه التزام)
- ۵۶.....مبحث واحد: دلایل طرفداران نظریه اعتبار مطلق شرط وجه التزام
- ۵۹.....گفتار دوم: نظریه تعدیل وجه التزام کزاف
- ۵۹.....مبحث واحد: دلایل موافقین این نظریه

- گفتار سوم: نظریه بطلان شرط وجه‌التزام کزاف ..... ۶۲
- مبحث واحد: دلایل بطلان شرط وجه‌التزام غیر عادلانه ..... ۶۳
- گفتار چهارم: مبانی حقوقی و اقتصادی اعتبار و عدم اعتبار وجه‌التزام ..... ۶۶
- مبحث اول: مبانی حقوقی و اقتصادی اعتبار وجه‌التزام ..... ۶۶
- مبحث دوم: مبانی حقوقی و اقتصادی عدم اعتبار وجه‌التزام ..... ۷۰

## فصل چهارم: ..... ۷۵

### انخاذ رویکرد اعمال خیار غبن (فسخ) در خصوص شرط وجه‌التزام مغبون آمیز ..... ۷۵

- گفتار اول: وجه‌التزام تأخیر تأدیه در تعهدات پولی ..... ۷۹
- گفتار دوم: تأثیر عدم مشروعیت بر وجه‌التزام تأخیر در تأدیه ..... ۸۰
- گفتار سوم: بازگشت مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه ..... ۸۲
- گفتار چهارم: میزان وجه‌التزام تأخیر در تأدیه ..... ۸۳
- مبحث اول: اعتبار مطلق وجه‌التزام تأخیر در تأدیه ..... ۸۳
- مبحث دوم: تفکیک توافق به اعتبار ذینفع تعهد ..... ۸۶
- مبحث سوم: تفکیک توافق به اعتبار ذینفع تعهد در اداره حقوقی قوه قضاییه ..... ۸۸
- گفتار پنجم: عدم مشروعیت توافق بر مازاد شاخص تورم در نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه ..... ۸۹
- گفتار ششم: مبانی اعتبار و عدم اعتبار وجه‌التزام در دیون پولی ..... ۹۰
- مبحث اول: مبانی اعتبار وجه‌التزام در دیون پولی ..... ۹۰
- مبحث دوم: مبانی عدم مشروعیت (اعتبار) وجه‌التزام در دیون پولی ..... ۹۲

### نتیجه‌گیری ..... ۹۵

### فهرست منابع ..... ۹۷



## مقدمه‌ی پایان‌نامه

### ۱- بیان مساله

۲- ثمره عقود و قراردادها پس از انعقاد، تعهد یا تعهداتی که بر عهده یک طرف یا طرفین قرار می‌گیرد و اجرای این تعهد یا تعهدات، هدف اصلی و غایی طرفین از انعقاد عقد یا قرارداد است. پیش از انعقاد قرارداد و در حین اجرا همواره این دغدغه و نگرانی برای متعهدله وجود دارد که آیا متعهد به تعهد یا تعهدات خود و منطبق با قرارداد عمل خواهد کرد یا خیر و لذا به لحاظ اهمیت اجرای تعهدات قراردادی و دغدغه احتمال عدم اجرا یا تأخیر در اجرا و یا اجرای غیر منطبق با شرایط قرارداد که اصولاً هر کدام می‌تواند موجب ورود خسارت به متعهدله شود، قانون‌گذار ابزارهای حمایتی در جهت حفظ حقوق وی در نظر گرفته است.

۳- یکی از این مواد قانونی «وجه‌التزام» یا به تعبیری «شرط کیفری» است، به این صورت که در قراردادها معمولاً برای تضمین و تحکیم تعهدات متعاقدين، به صورت 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 «وجه‌التزام» می‌نامند.

۴- درباره تأثیر وجه‌التزام در قرارداد، نظرات مختلفی وجود دارد و رویه قضایی ثابتی وجود ندارد و رویه قضایی مختلف و متشتت است؛ به موجب برخی از آرای صادره از بعضی شعب دیوان عالی کشور، تعیین وجه‌التزام را نوعی خیار برای متعهد فرض کرده و به او حق داده تا وجه‌التزام تعیین شده را بپردازد و از اجرای تعهد اصلی مبرا شود و متعهدله حق الزام وی به انجام تعهد را ندارد، در حالی که به موجب آرای صادره از بعضی دیگر از شعب دیوان عالی کشور، متعهدله مخیر در مطالبه وجه‌التزام یا الزام متعهد به اجرای اصل تعهد است.

۵- آنچه در محاکم قضایی درباره این تشتت و اختلاف وجود دارد، استناد به خیار غبن است؛ که خیار غبن یکی از خیارات مشترک در همه معاملات است که در قانون مدنی ذیل مواد ۴۱۶ تا ۴۲۱ به آن پرداخته شده است که در اصطلاح حقوقی عبارت است از زیانی که در اثر عدم تعادل بین عوض معامله و ارزشی که مورد معامله واقعاً دارا بوده به میزان فاحش به طرف معامله یعنی مغبون وارد شده است. چنانچه تخلف قراردادی صورت گرفته جزئی هم باشد، امکان استناد به وجه‌التزام برای متعهدله وجود دارد؛ در مقابل مبلغی که در برابر این تخلف جزئی به متعهدله تعلق می‌گیرد ممکن است مبلغ زیادی باشد.

۶- سؤال این است که با توجه به مطالب بیان‌شده، وجود خیار غبن در وجه‌التزام و استناد به آن با توجه به اصل حاکمیت اراده امکان‌پذیر است؟

۷- آیا استناد به خیار غبن برای صدور حکم در وجه التزام طبق قواعد فقهی و حقوقی دارای اعتبار است؟

۸- پیشینه تحقیق

در خصوص این موضوع در رویه حقوقی کشورمان نگارشی بخصوصی دیده نمی‌شود؛ اما در خصوص موضوعاتی که به گردآوری و تجمیع این رساله کمک کند، تألیفاتی را می‌توان قابل شمارش و استفاده قرارداد، از جمله این‌ها:

۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، ترمینولوژی حقوق، در مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، گفته است در اصطلاح التزام یا وجه التزام از آن جهت که معمولاً طرفین در ضمن عقد معین می‌کنند و به همراه عقد می‌باشد نزدیک به معنی لغوی آن هست. وجه التزام، مبلغی است که متعاقدين در حین انعقاد به موجب توافق، خواه ضمن عقد اصلی یا به صورت موافقت مستقل و پیش از بروز تخلف متعهد از تعهد، باشد. به عنوان میزان خسارت محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تأخیر در اجرای تعهد پیش‌بینی کرده و بر آن توافق کنند.

۲- امامی، سید حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، جلد ۱ در خصوص مفهوم وجه التزام قائل به این است که وجه التزام نوعی خسارت است. خسارتی که به توافق طرفین قبلاً معین شده است و آن را نوعی خسارت عدم انجام تعهد می‌دانند که دو طرف درباره میزان آن توافق کرده‌اند.

۳- حاتمی، علی اصغر، صادقی، عبدالرضا، (۱۳۹۱)، شرط وجه التزام غیر عادلانه گراف به ارائه نظریه‌هایی پرداخته‌اند که هر کدام از ارائه‌دهندگان نظریه، دلایلی برای استنباط خویش داشته‌اند. باید گفت که نامشروع بودن وجه التزام گراف در صورت آگاه بودن طرفین تعهد، مسلم بوده و محکوم به بطلان است.

## ۹- ضرورت و نوآوری تحقیق

ارزشی که این موضوع در بطن خود دارد، آن است که فراتر از اینکه بخواهد در خصوص علم حقوق نظریه پردازی کند، باعث این می‌شود که رویه قضایی کشور در خصوص مقرر نمودن وجه التزام گزافی که از علم و قصد طرفین به دور بوده است، با وجه التزام گزافی یا ناچیزی که از نظر و قصد ایشان گذشته است موردقیاس قرار نگیرد، بلکه تدقیق و بررسی شود تا شرط مذکور قابل احترام باقی مانده و در صورت لزوم با اعمال خیار غبن و استعانت از مقررات آن، وجه التزام موردنظر تعدیل شود.

## پرسش‌های تحقیق:

- ۱- آیا امکان استناد به غبن در خصوص وجه التزام در نظام حقوق ایران وجود دارد؟
- ۲- آیا امکان استناد به غبن در خصوص وجه التزام در فقه امامیه وجود دارد؟

## فرضیه‌های تحقیق

- ۱\_ با توجه به اصل حاکمیت اراده به نظر می‌رسد پذیرش غبن در وجه التزام قابل اعمال نمی‌باشد.
- ۲\_ با توجه به قاعده لا ضرر استناد به غبن در وجه التزام وجود دارد.

## هدف‌ها و کاربردهای تحقیق

- ۱- ارائه راهکارهای اصولی و سازنده به مراجع تقنینی و قضایی جهت اصلاح یا اعمال تغییرات لازم در قوانین و مقررات مربوط
- ۲- کمک به ایجاد رویه قضایی در محاکم باهدف جلوگیری از تشتت آراء
- ۳- کمک به علم حقوق جهت شناختن این مقوله و پیگیری‌های پژوهشی جهت هرچه بهتر و روشن تر

شدن این‌گونه مسائل بروز و حساس

## ۷- روش و نحوه‌ی انجام تحقیق و به دست آوردن نتیجه

این تحقیق به صورت تحلیلی و توصیفی با اتکاء به آراء محاکم و استدلال‌های بزرگان علم حقوق مورد تدقیق قرار گرفته است.

### ۱- ساماندهی (طرح) تحقیق

تحقیق پیش رو مشتمل بر بخش‌های مجزا و منسجمی می‌باشد که هر کدام به نوبه‌ی خود در صدد بررسی گوشه‌ای از لزومات تحقیق، می‌باشد. ابتدا چکیده نگارش شده و سپس مقدمه‌ی پایان‌نامه که مشتمل بر مواردی است که مذکور می‌باشد. فصل‌های تحقیق به نسبت گستره تحلیلی خود به گفتارها و مباحث و بندها تقسیم شده است. در انتها از بحث، نتیجه‌گیری شامل و کاملی اتخاذ شده است.

# فصل اول:

## کلیات مربوط به تبیین

## خسارت، شرط و خیار غبن

## گفتار اول: مبانی تعیین خسارت

قرارداد، که نتیجه توافق اراده طرفین آن است و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها که از شعارهای مهم فردگرایان است، ایجاب می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند به هر نحو که مایل‌اند، آن را منعقد کنند و در این راه، مقید و محدود به انتخاب قالب‌های از پیش ساخته (توافق بر مبنای یکی از عقود معین) نیستند. از لحظه انعقاد تا اجرای کامل قرارداد، می‌توانند هر شرطی که می‌خواهند در آن بگنجانند؛ مشروط بر این‌که خلاف قانون یا خلاف مقتضای ذات عقد نباشد. هر یک از طرفین قرارداد که به تعهدات خود عمل نکند و از عدم اجرای قرارداد، خسارتی به طرف مقابل وارد شود، مسئول جبران خسارات واردشده خواهد بود. نحوه تحقق و شرایط مطالبه این مسئولیت که اصطلاحاً مسئولیت قراردادی نامیده می‌شود، در ماده ۲۲۶ به بعد قانون مدنی، با عنوان «در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات» بیان شده است. در قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب فروردین ۱۳۷۹ در باب نهم از ماده ۵۱۵ به بعد نیز مقرراتی در خصوص جبران خسارات ناشی از تأخیر در اجرای تعهد و یا عدم اجرای آن پیش‌بینی شده است. اگر در اجرای قراردادی تخلف شود، جبران خسارات ناشی از آن به سه روش امکان‌پذیر است:

## مبحث اول: تعیین خسارت به وسیله قانون

قانون‌گذار خسارات ناشی از تأخیر در انجام تعهد را رأساً تعیین می‌کند. دادگاه باید متخلف را به همان مقداری که در قانون تعیین شده، محکوم کند و توافق طرفین، زائد بر مقدار قانونی، فاقد ضمانت اجراست. این نوع خسارت در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸ به این شرح پیش‌بینی شده بود: در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است اعم از این‌که راجع به معاملات با حق

استرداد یا سایر معاملات استقراضی یا غیر معاملات استقراضی باشد، خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲درصد) محکوم<sup>۱</sup> به، در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ، قراردادی به‌عنوان وجه التزام یا مال‌الصلح یا مال‌الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد، در هیچ مورد بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می‌شود. همان‌گونه که در این ماده تصریح شد، حتی در صورت توافق طرفین، دادگاه نمی‌تواند به خسارت بیش از ۱۲ درصد در سال حکم دهد، اما اگر متعهد به میل خود مبلغی بیش از ۱۲ درصد پرداخت کرده باشد، نمی‌تواند درخواست استرداد مازاد پرداخت شده را بنماید (دکتر امیرحسین آبادی - <http://www.aria-law.com>). ماده ۷۲۶ همان قانون در این خصوص مقرر داشته بود: هرگاه به‌عنوان خسارت بیش از مبلغی که قانون معین کرده است تأدیه شده باشد دعوی استرداد آن مسموع نخواهد بود.

شایان‌ذکر است در این نوع تعهدات که تعهد طبیعی یا تعهد فاقد ضمانت اجرای قانونی نامیده می‌شود، درست است که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نیست، ولی اگر متعهد به‌دلخواه خود ایفای تعهد کند، موضوع مشمول ماده ۲۶۶ قانون مدنی بوده و نباید آن را ایفای ناروا شمرد<sup>۱</sup>. ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ مقرر داشته است: در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه دائن و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت

---

<sup>۱</sup> ماده ۲۶۶ قانون مدنی مقرر داشته است: در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود.

تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این‌که طرفین به نحوه دیگری مصالحه نمایند.

بین این ماده و ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (۱۳۱۸) تفاوت‌های زیر وجود دارد:

۱- برخلاف ماده ۷۱۹ قانون سابق که خسارت را به‌طور مقطوع و ثابت ۱۲ درصد در سال تعیین کرده بود، ماده ۵۲۲ قانون جدید، آن را به تغییر شاخص قیمت‌ها که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، واگذار کرده است.

۲- در ماده ۷۱۹ قانون سابق به وجه نقد اشاره شده بود، درحالی‌که در ماده ۵۲۲ قانون فعلی، صحبت از وجه رایج شده است؛ روشن است که وجه نقد با وجه رایج تفاوت دارد. وجه نقد، ارزش‌های خارجی را هم دربرمی‌گیرد، درحالی‌که وجه رایج، مطابق قانون پولی و بانکی کشور، فقط ریال ایران است.

۳- تفاوت دیگر بین این دو ماده، این است که در ماده ۷۱۹، توافق طرفین بیش از دوازده درصد در سال را تحت هر عنوان؛ اعم از وجه التزام یا مال‌الصلح یا مال‌الاجاره و ... فاقد ضمانت اجرا دانسته و دادگاه را از صدور حکم به میزان زائد، ممنوع کرده بود، در صورتی‌که ماده ۵۲۲ قانون فعلی، مصالحه طرفین در مورد تأخیر تأدیه را به هر نحوی که باشد، نافذ و معتبر می‌داند



و دادگاه‌ها موظف‌اند بر طبق آن رأی صادر نمایند (دکتر امیرحسین آبادی -

<http://www.aria-law.com>).

### مبحث دوم: تعیین خسارت توسط دادگاه

میزان خسارت، با رسیدگی قضایی توسط دادگاه تعیین می‌شود. در این‌گونه موارد، متعهد له باید ثابت کند که از عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن، به او خسارت وارد شده و مقدار و میزان این خسارت را با دلایل اثباتی؛ از جمله جلب نظر کارشناس معین نماید. در این‌که آیا متعهدله برای مطالبه خسارت، باید تقصیر متعهد و تخلف او از قرارداد را هم ثابت کند یا این‌که متعهد باید اجرای آن را اثبات نماید تا از پرداخت خسارت معاف شود، باید به نوع تعهد توجه کرد. اگر تعهد از نوع تعهدات به نتیجه باشد، همین‌که نتیجه کار حاصل شد، متعهد مسئول پرداخت خسارت است؛ مگر این‌که ثابت کند حادثه خارجی که نمی‌توان به او مربوط نمود، مانع اجرای تعهد شده است.<sup>۱</sup> ولی اگر تعهد از تعهدات به وسیله باشد، اثبات تقصیر متعهد به عهده زیان‌دیده است.

### مبحث سوم: تعیین خسارت توسط طرفین

میزان و مقدار خسارت با توافق طرفین تعیین می‌گردد. توافق طرفین در خصوص جبران خسارت، ممکن است بعد از ورود خسارت و یا پیش از آن باشد. توافقهایی که بعد از ورود خسارت در خصوص میزان و مقدار خسارت و نحوه جبران آن بین زیان‌دیده و مسئول جبران زیان به عمل می‌آید، عنوان صلح دارد و در صحت آن هیچ تردیدی نباید کرد. (دکتر ناصر کاتوزیان - ۱۳۹۰ - ص ۷۱۶) اما

---

<sup>۱</sup> مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی

در توافقی‌هایی که قبل از ورود خسارت؛ خواه به صورت قرارداد جداگانه<sup>۱</sup> و خواه به صورت شرط در ضمن قرارداد اصلی به عمل می‌آید و به موجب آن، برای تخلف از انجام تعهد به طور مقطوع، مبلغی تعیین می‌شود، جای بحث و تأمل است. این مبلغ که در اصطلاح، عنوان «وجه التزام» یا به تعبیر استاد دکتر کاتوزیان «شرط کیفری» نامیده می‌شود. در قراردادها معمولاً برای تضمین و تحکیم تعهدات متعاقبین، به صورت شرط در ضمن عقد، مبلغی پیش‌بینی می‌شود تا در صورت تخلف هرکدام از آنان، به عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت شود. این مبلغ را اصطلاحاً «وجه التزام» می‌نامند (همان، صفحه ۷۱۶).

به دلیل این که وجه التزام نوعی شرط می‌باشد، ناخواسته لازم است در مورد شرط به طور کلی و مختصراً پرداخته شود. در این میان قطعاً نکاتی به دست می‌آید که وضعیت شرط وجه التزام در قرارداد منعقد شده معین شود. هم چنین لازم است مقدمات در مورد غبن و خیار غبن و ملحقات آن نیز بررسی انجام گیرد.

### گفتار دوم: تعریف و انواع شروط

شرط در لغت به معنای الزام چیزی و التزام به چیزی آمده است (دکتر شهیدی، به کوشش ایراندخت نظری - ۱۳۸۷ - صفحه ۱۷). شرط در معنای تخصصی حقوقی از معنای لغوی آن دور نیفتاده است و آن در معنی محصولی عبارت است از تعهد مستقیم یا غیرمستقیم مرتبط به عقد مشروط و در معنی مصدری عبارت است از مرتبط کردن تعهد مستقیم یا غیرمستقیم به عقد مشروط، به اراده‌ی طرف‌های آن. (در معنای چهارم شرط) در بین دو طرف عقد، آنکه شرط به خواسته و در جهت سود او در عقد درج می‌شود اصطلاحاً مشروط له و طرف دیگر را مشروط علیه گویند (همان - صفحات ۱۸ و ۱۹).

---

<sup>۱</sup> طبق ماده ۱۰ قانون مدنی

ماده ۲۳۴ ق م مقرر می‌دارد: شرط بر سه قسم است، ۱- شرط صفت؛ ۲- شرط نتیجه؛

۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً... .

## مبحث اول: حالات مختلف شروط

شرط به معنی خود در رابطه با عقد یکی از این سه حالت را دارد:

۱ - پیش از عقد واقع می‌شود.

۲ - ضمن عقد شرط می‌شود.

۴ - بعد از عقد به آن ملحق می‌شود.

شرط تبانی از قسم نخست است. شرط گاه پیش از عقد واقع می‌شود خواه موضوع انشاء قرار گیرد و دو طرف خود را ملزم به مفاد آن سازند یا درباره آن گفتگو کنند و الزام قطعی را منوط به نزاعی درباره عقد کنند. در این فرض هرگاه پیش از وقوع عقد مفاد شرط فراموش گردد و دو طرف هنگام تراضی از آن غافل بمانند نباید آن را جزو مفاد عقد شمرد گفتگو و وعده‌های بی‌اثر می‌شود و التزام، اگر مفاد آن امر خارجی باشد به‌عنوان قراردادی جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در مواردی که تراضی در مورد عقد در چند نوبت انجام شود. هرگاه تراضی نهایی در مورد ارکان اساسی عقد (مانند بیع فروشی در بیع) صورت پذیرد، همه توافقاتی که مقدماتی را نیز باید از شرط ضمن عقد دانست زیر ظاهر این است که هر توافق بر مبنای تراضی قبل انجام می‌شود. برعکس هرگاه عقد بر مبنای التزام یا گفتگوی مقدماتی واقع شود شرط را در اصطلاح شرط بنایی یا شرط تبانی گویند که درباره لزوم رعایت و آثار آن بین فقها اختلاف است. امام خمینی (ره) در کتاب التحریر الوسیله در تعریف عهد می‌گوید: عهد به مجرد نیست منعقد می‌شود بلکه بنا بر

اقوی احتیاج به صیغه دارد. صورت آن(عهدی کن باخدا) یا (بر من است عهد خدا) می باشد و در تعریف

صیغه می گوید: صیغه چیزی است که مفاد آن، قرار دادن فعل یا ترکی بر

ذمه اش است برای خدا. در حقوق امامیه نظر مشهود بر این است که تعهد بدوی الزام آور نیست و ذکر در

عقد را ضرورتی می دانند و آنانی که قولنامه را تعهدی بدوی و ابتدایی تلقی می کنند آن را تعهد آور

نمی دانند در خصوص مبحث اخیر به نظر می رسد نباید تعهد هر یک از طرفین در مقابل تعهد طرف دیگر

بر ذمه می گیرد مجموعاً عنوان قرارداد را به خود می گیرد، لذا قولنامه به استناد ماده ۱۰ ق م نافذ و معتبر

است.

به هر حال قانون مدنی نظر برخی از فقها را پذیرفته که تبانی درباره شرط را در حکم ذکر در متن عقد

می دانند خواه پیش از عقد موضوع التزام قرار گیرد یا درباره آن در عقد توافق شود یا هر کدام از ضمیر

دیگری آگاه باشند و بر مبنای توافق انجام شود. در واقع خیار وصف و تخلف از وصف مواد ۴۱۰ تا ۴۱۵

قانون مدنی چهره ای از شرط بنایی درباره اوصاف مورد معامله است. همچنین با توجه به ماده ۱۱۱۳ قانون

مدنی که مقرر می دارد: در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن

جاری شده باشد. و ماده ۱۲۸ ق م که مقرر می دارد: هرگاه در یکی از طرفین صفت خاص شرط شده باشد و

بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود

خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد. گرچه در ماده اخیر در باب نکاح

است اما با وحدت ملاک از این مواد می توان آن ها را به موارد دیگر تسری داد و به استناد ماده ۱۰ قانون

مدنی که مقرر می دارد: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورت که

مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. می توان گفت شروط تبانی در حقوق ایران مورد قبول قانون گذار بوده

و در صورتی که مخالفت صریح با قوانین نداشته باشد صحیح و نافذ است. شرط الحاقی شرطی است که پس