

تحلیل اقتصادی و حقوقی اعتبار شرط کیفی (وجه التزام)

محمد عابدی^۱

استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۴/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۲۴

چکیده

شرط کیفی یا خسارت مقطوع قراردادی که قبل از ورود زیان برای نقض احتمالی قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرد از منظر حقوقی مورد تحلیل قرار گرفته و اصولاً، مورد تایید قرار گرفته است؛ هر چند در پاره‌ای فروض، قاضی حق تعدیل آن را دارد. لیکن تحلیل اقتصادی شرط کیفی، که به هدف کارایی اقتصادی آن معطوف است، نشان می‌دهد که مزایا و معایب اقتصادی و اجتماعی شرط کیفی موجب شده است که هنوز «پیچیده‌ترین معمای حل نشده‌ی نظریه‌ی اقتصادی حقوق» باقی بماند.

این مقاله با روش تحقیق تطبیقی به مقایسه راهکار نظام‌های حقوقی مطرح در خصوص وضعیت حقوقی شرط کیفی می‌پردازد و با روش تحقیق توصیفی و تحلیلی مزایا و معایب شرط کیفی را توصیف و آنها را تجزیه و تحلیل می‌کند.

تحلیل حقوقی و اقتصادی شرط کیفی نشان می‌دهد که با وجود پذیرش اعتبار شرط کیفی به عنوان یک «اصل»، باید قایل به آن بود که در پاره‌ای موارد خاص، شرط کیفی بی‌اعتبار باشد یا دادگاه از اختیار تعدیل آن برخوردار باشد و یا تفسیر عادلانه‌ای از آن ارایه شود. یعنی تجویز شرط کیفی به عنوان «اصل» و لحاظ کردن پاره‌ای استثنائات و موارد خاص، با هدف تحقق عدالت و کارایی اقتصادی.

واژه کلیدی: شرط کیفی، خسارت از پیش تعیین شده، تعدیل قضایی، کارایی اقتصادی، مسوولیت مدنی، تحلیل اقتصادی حقوق

طبقه بندی JEL: K13, L2

Economic and Legal Analysis of Penalty Clause

Mohammad Abedi

Assistant professor , Department
of law, Faculty of Economics and
Administrative Sciences
Ferdowsi University of Mashhad

Received: 10 Jul 2013

Accepted: 14 May 2014

Abstract

Penalty clause or liquidated damage which is formerly agreed between parties is legally examined and accepted as a rule. Although judge could in some circumstances modify this stipulation. Yet its economic analysis which is focused on economic efficiency can be considered as a “*major unexplained puzzle in the economic theory of law*”.

This article compares the major legal systems in the case of penalty clause with the comparative method and analyzes the advantages and disadvantages of penalty clause with the descriptive and analytical research method.

This article tries to deeply appraise the invalidation of the penalty clause and introduce an intermediate solution penalty clause with some exceptions in special circumstance, as a principle give rise to justice and economic efficiency.

keywords: -Clause penalty, Liquidated damage, Modification by judge, Economic efficiency, Civil liability, Economic analysis of law

JEL Classification: L2, K13

۱. مقدمه

از دهه ۱۹۶۰ میلادی، با انتشار مقاله معروف رونالد کوز، با عنوان «مساله هزینه اجتماعی»^۱، وهم زمان با نگرش جدید به حقوق به عنوان ابزار مهندسی اجتماعی، این دانش درصدد تحقق اهداف خاص اجتماعی، اقتصادی و سیاسی بوده و مطالعه حقوق و اقتصاد وارد مرحله جدیدی شده ورشته حقوق اقتصادی یا تحلیل اقتصادی حقوق نمودار شده است.

1- The problem of social cost

تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد حقوقی را به عنوان انگیزه‌های رفتاری لحاظ می‌کند که افراد، با لحاظ آنها، در پی حداکثر کردن منافع خود هستند و اثر حقوقی، به مشابه قیمت ضمنی رفتار، لحاظ شده و عکس العمل افراد (یا سازمان‌ها) به این قیمت‌ها (قواعد حقوقی) می‌تواند به همان نحوی تحلیل شود که پاسخ به قیمت‌ها مورد تحلیل قرار می‌گیرد (Miceli, 2004: 1).

برخلاف حقوق در مفهوم مرسوم آن، که قواعد حقوقی را برای تامین عدالت و نظم و انصاف به کار می‌گیرد، در تحلیل اقتصادی حقوق، کارایی اقتصادی به قواعد حقوقی شکل می‌دهد و آن را به عنوان هدف اصلی قواعد حقوق در نظر می‌گیرد (بابایی، ۱۳۸۵: ۱۷ و ۱۸؛ بادینی، ۱۳۸۴: ۳۸۶ و ۳۸۷).

یکی از موضوعات حقوقی که مورد تحلیل اقتصادی از سوی حقوق دانان و اقتصاددانان قرار گرفته، شرط کیفری یا وجه التزام است که پازنر آن را به عنوان «پیچیده‌ترین معمای حل نشده در نظریه اقتصادی حقوق» توصیف کرده است (Posner, 1979: 290).

تحلیل اقتصادی شروط کیفری موجب نشده است که نتایج واحدی در خصوص اعتبار و امکان تعدیل قضایی آن حاصل شود: گروهی به دلایل حقوقی و اقتصادی مانند اصل آزادی قراردادی و قدرت اجبار کننده عقد و تامین امنیت قراردادی، جنبه‌های اثباتی آن، جبران کامل خسارات، گریز از اشتباهات دادرسی و مشارکت در خطر و افزایش هزینه‌های تولید، به تجویز شرط کیفری نظر داده‌اند. در مقابل، برخی به دلایل نقض کارآمدی، افزایش ورشکستگی، افزایش هزینه‌های تولید، فرار از مقررات امری، لزوم تفکیک ضمانت اجرای مدنی از کیفری و نظم عمومی اقتصادی و... با شرط کیفری، به ویژه وقتی ماهیت تضمینی دارد، مخالفت کرده‌اند.

این مقاله، در دو گفتار، دلایل حقوقی و اقتصادی اعتبار و عدم اعتبار را بررسی و تجزیه و تحلیل کرده و در پایان دیدگاه خود را در خصوص این معمای پیچیده ابراز می‌دارد.

پیشینه تحقیق

در نظام حقوقی کامن‌لا، از دیرباز، وضعیت حقوقی توافق راجع به خسارت احتمالی ناشی از نقض قرارداد، مورد مطالعه قرار گرفته است و با تفکیک شرط کیفری که ماهیت تنبیهی دارد، از خسارات از پیش تعیین شده، که جنبه ترمیمی دارد، اعتبار دومی را پذیرفته‌اند و شرط کیفری را باطل اعلام کرده‌اند. در دهه‌های اخیر نیز با گسترش تحلیل اقتصادی مفاهیم و نهادهای

حقوقی، تحلیل اقتصادی شرط کیفری مورد توجه اقتصاددانان و حقوق دانان قرار گرفته است. در نظام حقوقی رومی و ژرمنی نیز اعتبار شرط کیفری همیشه مورد بحث دکتترین و رویه قضایی بوده و با توجه به اصل حاکمیت اراده آن را صحیح تلقی کرده‌اند؛ لیکن گسترش افکار اجتماعی در علم حقوق و فاصله گرفتن از اندیشه‌های فردگرایانه موجب شده است که امروزه در برخی فروض اختیار تعدیل شرط کیفری به دادرس واگذار شود. در این نظام حقوقی، بیشتر از منظر حقوقی و با رویکرد عدالت، به شرط کیفری نگریسته می‌شود تا از دیدگاه اقتصادی و کارآمدی.

در نظام حقوقی ایران، اعتبار شرط کیفری در پاره‌ای از فتاوی پذیرفته شده و قانون مدنی در ماده ۲۳۰ بر اعتبار مطلق آن مهر تایید زده است، لیکن هنوز در اندیشه‌های حقوقی و گاه رویه قضایی بر تعدیل قضایی شرط کیفری، با هدف تحقق عدالت، اصرار می‌شود؛ هر چند تحلیل اقتصادی شرط کیفری، به طور خاص تاکنون مورد مطالعه قرار نگرفته است.

مبحث اول - مبانی و دلایل اعتبار شرط کیفری

غالب نظام‌های حقوقی اعتبار مطلق یا مشروط شرط کیفری را پذیرفته‌اند. در توجیه و تبیین صحت شرط کیفری دلایل طرح شده دوصبغه حقوقی و اقتصادی دارد که به ترتیب بیان می‌گردد:

گفتار اول: مبانی و دلایل حقوقی

۱- اصل آزادی قراردادی: یکی از نتایج مکتب اصالت فرد، اصل فلسفی حاکمیت اراده است که مطابق آن منبع حق و تکلیف برای انسان اراده اوست. اصل آزادی قراردادی، به عنوان نتیجه حقوقی اصل حاکمیت اراده، آزادی طرفین عقد را در مرحله انعقاد و اجرای عقد می‌پذیرد؛ لذا، طرفین در انتخاب محتوا و مفاد عقد و تعیین حقوق و تعهدات ناشی از عقد آزاد هستند. احترام به قصد مشترک متعاملین و حاکمیت اراده باطنی (العقود تابعه للقصد) اقتضاء می‌کند شرط کیفری که ماهیت قراردادی دارد و زاده توافق متعاملین است، لازم‌الاتباع باشد (Miceli, 2004: 149) و آنچه را که خود متعاملین مورد مذاکره قرار داده و خواسته‌اند عادلانه است (انصاری، ۱۳۹۰: ص ۶۳۵). دخالت مقام عمومی، با این استدلال که طرفین نمی‌توانند هزینه‌ها را به

درستی ارزیابی کنند، قابل قبول نیست و مصداق دخالت پدر سالارانه و محدودیتی بر اصل آزادی قراردادی است (De Geest and Wuyts, 1999: 147). ماده ۱۰ قانون مدنی نیز با اعلام نفوذ و اعتبار قراردادهای خصوصی، تا حدی که مخالف صریح قانون نباشد، بر این امر صحنه نهاده است. در فقه نیز تردیدی در اعتبار شرط کیفری نشده است و تنها اشکالی که ممکن است طرح شود عدم اعتبار شرط کیفری در فرضی است که ضمن عقد لازم نیامده است. این اشکال نیز با تصویب ماده ۱۰ ق.م. و اعتبار عقود نامعین و تعهدات ابتدایی دو طرفه منتفی است و در فقه نیز، تفکری که قراردادها را در دو قالب عقد معین یا شرط ضمن عقد معین منحصر می‌کند و تعهدات ابتدایی را انکار می‌نماید، مورد انتقاد قرار گرفته و با عموم آیه شریفه اوفوا بالعقود مغایر است.

۲- اصل لزوم و استحکام قراردادها: ثبات و استحکام قراردادها فواید متعدد اقتصادی و اجتماعی دارد و اخلاق و شرع نیز بر اصل لزوم قراردادها تاکید می‌کند و فسخ و عهدشکنی را مباح نمی‌شمارد. اصل لزوم قراردادها و استثنایی بودن عقد جایز، مستند به کتاب کریم «اوفوا بالعقود» و روایات «المؤمنون عند شروطهم» است. ماده ۲۱۹ ق.م. نیز بر لزوم الاتباع بودن قراردادهایی که مغایر قوانین امری نباشند تصریح می‌کند، مگر به علت قانونی فسخ یا با توافق منحل شوند. لزوم قراردادی که در ضمن آن در مورد خسارت احتمالی آینده به نحو مقطوع توافق شده یا غیرقابل فسخ بودن قرارداد راجع به شرط کیفری و عدم امکان تعدیل آن، موافق اصل لزوم قراردادها و قدرت اجبار کننده عقد است و اصل صحت قراردادها نیز موید اعتبار آن است.

۳- توازن قراردادی در قصد مشترک: در عقود معاوضی و مغاینه‌ای، متعاملین اصولاً "به دنبال رعایت توازن و انسجام میان تعهدات متقابل هستند و با لحاظ عوضین اصلی و توابع و ملحقات قانونی و عرفی و شروط ضمن عقد، تعادل قراردادی را جستجو می‌کنند. قصد مشترک متعاملین نیز بر همین مبنا تعلق گرفته و متعاقدين به وقوع معامله رضایت داده‌اند. حذف یا تعدیل شرط کیفری، که مشروط له آن را به عنوان امتیازی تحصیل کرده است و در مقابل آن مابه‌ازاء داده است و در تعادل و انسجام عوضین نقش موثر داشته است، مغایر با هدف متعاملین و طبیعت معاوضی غالب قراردادها است.

گفتار دوم- مبانی و دلایل اقتصادی

۱- تسهیل اثبات ورود خسارت و مقدار آن: یکی از مشکلات مهم در راه تضمین اجرای

تعهدات، بار اثبات ورود خسارت و مقدار آن است. متعهدله، به عنوان مدعی، اصولاً، باید ورود خسارت را به عنوان یکی از شرایط تحقق مسوولیت قراردادی، ثابت کند. خسارت اعم از خسارت مادی و معنوی و ضرر اقتصادی است. اثبات و احراز ورود خسارت مالی امر موضوعی بوده و غالباً "مستلزم انجام کارشناسی و پرداخت هزینه‌های آن است. از دست دادن منافع ممکن الحصول ضرری است که نه تنها از حیث موضوعی با دشواری اثبات روبه‌رو است، به دلیل اینکه راجع به ضررهای آینده است که طبق سیر متعارف حادث می‌شود، محاسبه میزان آن و تمیز آن از زیان آینده و عدم النفع احتمالی همیشه آسان نیست (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۲ و ۶۳۳). غالب نظام‌های حقوقی، عدم النفع و ضرر اقتصادی و از دست دادن فرصت تحصیل نفع و دفع زیان را، به دلایل مسلم نبودن زیان و فقدان رابطه سببیت، ضرر تلقی نمی‌کنند. در تعهدات پولی، تمیز خسارت ناشی از کاهش ارزش وجه نقد و خسارت تاخیر تادیه و ربا آسان نیست و با توجه به منع ربا در شرع و قانون و تردید در مورد استحقاق طلبکاران در دریافت خسارت تاخیر تادیه‌ی وجه نقد و مشروط بودن صدور حکم به خسارت ناشی از کاهش ارزش پول (م. ۵۲۲ ق. آ. د. م. ایران)، امید طلبکار به دریافت خسارت تاخیر در پرداخت وجه نقد کاهش می‌یابد و با توجه به وجود نرخ تورم متعارف و گاه شدید در غالب نظام‌های اقتصادی، معمولاً "متعهدله به وصول کاهش ارزش پول، به دلیل فقدان تحقق شرایط (مطالبه دین و تمکن مدیون و تغییر شاخص قیمت‌ها بر مبنای اعلام بانک مرکزی)، یا متفاوت بودن نرخ رسمی با نرخ واقعی تورم، نمی‌تواند خوش‌بین باشد. به علاوه، قاضی نمی‌تواند در مورد ترجیحات شخص متعهدله، برای احراز خسارات واقعی و نیز زیان شخصی، به او اعتماد کند؛ زیرا او انگیزه‌ای برای افشای صادقانه مرجحات ندارد. در هنگام شرط تعیین خسارت از قبل، این مشکل وجود ندارد. طرفین در انعقاد یا عدم انعقاد عقد آزاد هستند و هر چه مبلغ شرط شده بیشتر باشد، قیمت عوض مقابل بالاتر است و بدین ترتیب، متعهد هزینه‌های پیشگیری اضافی و تامین خطرات اضافی را محاسبه و در قیمت لحاظ می‌کند. (De Geest and Wuyts, 1999: 144).

وجود این موانع عملی و قانونی، به عنوان یک واقعیت حقوقی و اقتصادی، پیش‌بینی شرط کیفری رادر روابط حقوقی، اقتصادی و مالی توجیه می‌کند تا متعهدله بتواند به صرف نقض قرارداد و فارغ از بار اثبات ورود ضرر و مقدار آن، خسارت مقطوع توافقی رادر یافت کند (Teree, Simler, Lequette, 1996: 494). گونز و اسکات استدلال می‌کنند که شرط کیفری غالباً

روشی است تا متعهدله خودش را در برابر زیان غیر متعارف یا دیگر خسارات جبران نشده بیمه کند و غالباً "متعهد در مقایسه با بیمه گر ثالث سنتی، بیمه کننده‌ی خیلی بهتری است (De Geest and Wuyts, 1999: 142).

۲- تامین امنیت قراردادی: یکی از اصول مهم حاکم بر روابط تجاری و اقتصادی، امنیت در روابط قراردادی است. تاکید بر اصل لزوم قراردادهای لازم الاتباع بودن مفاد عقود و پیش‌بینی ضمانت اجراهای حقوقی برای نقض قرارداد، همگی هدف واحد تامین امنیت در روابط متعاملین را دنبال می‌کند. امروزه معاملات کمتر به شکل حضوری و با شناخت قبلی متعاملین از یکدیگر منعقد می‌شود. گسترش تجارت الکترونیک و توسعه معاملات بین‌المللی و افزایش شرکت‌های تجاری که به عنوان شخص حقوقی در معامله دخالت دارند و نمایندگان حقیقی آنان همیشه در معرض تغییر هستند، موجب شده است که در معاملات اعتباری و موجد، تضمین‌های نوعی جای اعتبارات شخصی را بگیرد. یکی از ابزارهای مهم برای تامین اجرای قرارداد و دریافت خسارت ناشی از نقض آن، شرط کیفری است که هم ماهیت تنبیهی و تضمینی دارد «در مرحله اجرای قرارداد» و هم ماهیت ترمیمی و جبران خسارت دارد «در مرحله نقض قرارداد». شیوع روز افزون آن در تمام نظام‌های حقوقی و اقتصادی، حاکی از وجود نگرانی معامله‌کنندگان در تامین امنیت قراردادی است (Terre, Simler, Lequette, 1996: p.494; Viney et Jourdain, 2002: 444).

هم‌چنین گفته شده که شرط تعیین خسارت، ولو ماهیت تنبیهی داشته باشند، کارآمدترین ابزار اقناع متعهدله به وسیله‌ی متعهد، راجع به اعتبار و توانایی‌اش در اجرای قرارداد است (Cooter and Ulen, 1998: 295). پازنر می‌گوید: «شرط کیفری متعهد علامت اعتبار متعهد باشد. کارکرد علامت‌دهی، به ویژه برای کسانی که تازه وارد بازار شده‌اند و هنوز شهرتی ندارند، مهم است؛ روش موثری برای متعهد تا طرف دیگر را متقاعد کند که آنچه را تعهد کرده اجرا خواهد کرد. او با پیشنهاد شرط کیفری علیه خودش، خواسته است ضمانت سنگین عدم اجرای تعهد را معرفی کند و علامت دهد که اعتقاد دارد و می‌خواهد و می‌تواند اجرا کند. به این ترتیب شرط کیفری کارکرد ارتباطی دارد: علامت اعتبار ارسال شده از سوی بدهکار برای متعهدله.

(De Geest and Wuyts, 1999: 152).

۳- امکان پیش‌بینی آثار نقض قرارداد: اجرای تعهدات قراردادی، به دلیل تحولات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی یا تغییر شرایط حقوقی و مالی متعهد، همیشه به آسانی ممکن نیست و به فرض

امکان، همیشه مطلوب نیست. از یک طرف، متعهدی که به هر دلیلی نمی‌تواند یا نمی‌خواهد قرارداد را به موقع اجرا بگذارد، باید بداند که بهای تخلف قراردادی و نقض آگاهانه چقدر است. پیش‌بینی شرط کیفری و وصف مقطوع بودن آن، به بدهکار کمک می‌کند تا نتایج نقض قرارداد را به روشنی ترسیم کند و با توجه به وضع مالی خود و لحاظ منافع مورد انتظار از اجرای قرارداد، آگاهانه به عدم اجرای قرارداد اقدام کند و خود را آماده پرداخت خسارت مقطوع کند (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۶). در حالی که در صورت فقدان شرط کیفری و توافق قبلی، متعهد نمی‌داند که مقدار خساراتی را که باید به متعهدله پردازد به چه میزان است و متعهدله چه نوع خساراتی را مطالبه می‌کند و دادگاه به چه قسم خسارتی حکم می‌دهد. آیا خسارات مورد مطالبه و موضوع حکم محدود به زیانهای مالی مستقیم می‌شود یا متعهد باید در انتظار خسارات ناشی از ضرر اقتصادی و از دست دادن فرصت و منافع ممکن الحصول نیز باشد؟

از طرف مقابل، متعهدله نیز می‌تواند با پیش‌بینی شرط کیفری، نتایج قرارداد را پیش‌بینی کند؛ امری که برای حیات اقتصادی وی ضروری است. او آگاهانه آینده روابط قراردادی خود را با متعهد ترسیم می‌کند و می‌داند که طبق سیر متعارف امور، یا اصل تعهد یا خسارت مقطوع را که غالباً ارزش آن کمتر از عین تعهد نیست و به آسانی می‌تواند بدل تعهد قرار گیرد، دریافت می‌کند. به بیان دیگر، شرط کیفری، قصد طرفین مبنی بر سامان‌دهی خسارت، با مشارکت در ریسک نقض را، در یک روش بهینه به نمایش می‌گذارد (De Geest and Miceli, 2004: 149; Wuyts, 1999: 154) و کارایی کالدور-هیگس محقق می‌شود^۱ (انصاری، ۱۳۹۰: ص ۱۲۹).

۴- تامین اصل جبران کامل خسارت: قضاوت، به کمک کارشناسی، در مقام محاسبه و ارزیابی ضرر وارد شده به متعهدله و نفعی که در صورت اجرای قرارداد به متعهدله می‌رسد، به نحو نوعی عمل می‌کنند؛ در حالی که معیار نوعی همیشه نمی‌تواند مبین میزان ضرر واقعی متعهدله و نفع از دست رفته او باشد. در بسیاری از تعهدات، به دلیل ارزش شخصی ضرر یا انجام تعهد، قضاوت نمی‌تواند زیان واقعی طلبکار را محاسبه کنند و آنان مطلوب‌ها و انگیزه‌های شخصی طلبکار را به

1 بر اساس کارایی کالدور-هیگس، سود حاصل برای یک فرد، حتی اگر موجب ضرر به دیگری شود، رفاه جامعه را افزایش می‌دهد، به گونه‌ای که منتفع می‌تواند ضرر زیان‌دیده را جبران کند و وضعیت او بهتر از قبل بماند (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۲۹).

طور دقیق نمی‌دانند (miceli,2004:149). این امر در تعهداتی که مباشرت متعهد در انجام تعهد شرط یا قید تعهد باشد یا متعهدله به امانت یا تخصص متعهد اعتماد ویژه دارد یا اجرای تعهد در زمان مقرر یا به نحو وحدت مطلوب و طبق شرایط مندرج در قرارداد، در اعتبار تجاری یا حرفه‌ای متعهدله تاثیر ویژه دارد، کاملاً "مشهود است. بنابراین متعهدله که در هنگام انعقاد قرارداد به ارزش اجرای تعهد و میزان خسارت واقعی نقض عهد آگاه است، با پیش‌بینی شرط خسارت مقطوع، ارزش شخصی ضرر را دریافت می‌کند. به بیان دیگر، طرفین خود بهترین قاضی درباره منافع خود هستند و خواسته‌های خود را بهتر از هر شخص دیگری می‌شناسند و وجه التزام، در واقع، بیمه‌ای است که به هزینه مقصر به سود غیر مقصر پیش‌بینی شده و متعهد بهترین بیمه‌گر برای ارزیابی شخصی زیان متعهدله است (Cooter and Ulen,1998:293).

۵- گریز از اشتباهات دادرسی: در دعاوی مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد، به‌ویژه در رویه قضایی ایران که در احراز شرایط مسوولیت قراردادی، به‌ویژه تحقق ضرر و رابطه سببیت، سخت‌گیر است، همیشه این احتمال وجود دارد که به دلیل عدم توفیق متعهدله در ارائه مدارک و مستندات یا دشواری اثبات ضرر و رابطه سببیت و یا به دلیل عدم رعایت شرایط شکلی اقامه دعوی، دادخواست خواهان رد شود و یا به دلیل اشتباهات قضایی که جزو طبیعت دادرسی است، مقدار واقعی خسارت محرز نشود یا حکم به حقی خواهان صادر شود. خسارت مقطوع توافقی خطر اشتباه قضایی و ریسک رد دعاوی مطالبه‌ی خسارت را کاهش می‌دهد و این امر برای انسان که عقلاً خطر گریز است مطلوب به نظر می‌رسد و هزینه‌های معاملاتی را کاهش می‌دهد.

البته در برابر می‌توان گفت که وجود شرط کیفری نیز مصون از خطر اشتباه قضایی نیست: خطر اینکه قاضی به اشتباه شرط کیفری را اعمال کند و بر مبنای آن حکم به خسارت بدهد، در حالی که متعهد قرارداد را نقض نکرده است؛ به‌علاوه، در نظام حقوقی کامن‌لا که بین شرط کیفری و خسارت از قبل تعیین شده، تفکیک می‌شود و اولی ممنوع و دومی مجاز است، خطر اینکه قاضی به اشتباه شرط را به عنوان شرط کیفری ممنوع تلقی کند وجود دارد (De Geest and Wuyts,1999:145-148).

۶- جلوگیری از سوء استفاده‌ی متعهد: در تعهدات قراردادی، این احتمال وجود دارد که متعهد با تاخیر در اجرا یا تهدید به عدم اجرا، رفتار فرصت طلبانه‌ای را در پیش بگیرد تا متعهدله را به پای میز مذاکره بکشاند و بتواند با گرفتن پاره‌ای امتیازات، قرارداد را تعدیل و اصلاح کند. متعهدله نیز

به دلیل کاهش هزینه‌های معاملاتی مانند ارزیابی خسارت و هزینه‌های اداری و دادرسی و هزینه اشتباه قضایی، ممکن است به درخواست متعهد ناگزیر تن دهد، امری که از لحاظ اقتصادی کارآمد تلقی نمی‌شود. شرط کیفری مانع مهمی برای جلوگیری از رفتار فرصت طلبانه‌ی متعهدی است که التزام به عقد را نادیده می‌گیرد. همچنین، گفته می‌شود که خسارت از پیش تعیین شده، انگیزه‌هایی را برای اعتماد بهینه و احتیاط مطلوب ایجاد می‌کند: از یک سو، متعهد انگیزه دارد تا هزینه‌های رعایت احتیاط مطلوب را پردازد و از طرف دیگر، متعهدله، با توجه به تعیین مقدار خسارت از قبل، انگیزه‌ای برای پرداخت هزینه‌های اعتماد ندارد (De Geest and Wuyts, 1999: 145).

بدین ترتیب، از دید حقوقی، شرط کیفری ناشی از توافق اراده‌هاست و چون خواسته متعاملین است، پس عادلانه می‌باشد و هم‌سو با لزوم قراردادها و لازم‌الاتباع بودن مفاد عقد است و تعادل تعهدات طرفین را تامین می‌کند. از دید اقتصادی، شرط کیفری، شرط کارآمد است زیرا هدف اقتصادی دارد، بیمه ارزان‌تری را در اختیار متعهدله می‌گذارد، موجب کاهش هزینه‌های معاملاتی می‌گردد، ارزش‌های شخصی تعهدات قراردادی را لحاظ می‌کند، راه را برای نقض کارآمد و اجرای معاملات کارآمد می‌گشاید (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۴۰-۱۵۰) و مبتنی بر فرض عقلانیت متعاملین است.^۱

مبحث دوم- مبانی و دلایل عدم اعتبار مطلق شرط کیفری

گفتار اول- مبانی و دلایل اقتصادی

۱ نقد فرض عقلانیت: طرفداران اعتبار شرط کیفری بر فرض عقلانیت افراد تکیه می‌کنند: فرض است که متعاملین عاقل هستند و دلایل منطقی برای پذیرش شرط کیفری داشته‌اند. این استدلال با دو ایراد مواجه شده است: یکی اینکه هر چند پایه علم اقتصاد را فرض عقلانیت تشکیل می‌دهد؛ ولی اطلاعات ناقص طرفین قرارداد را نباید فراموش کرد و عاقل بودن به معنای داشتن

۱- این عبارت پر معناست: «در دوران ما دیگر بی‌پرده می‌توان گفت که در دانش حقوق، فکر بیش از آن که از مقدمه به سوی نتیجه حرکت کند، به یک عمل معکوس دست می‌زند» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۳۹).

اطلاعات کامل نیست (De Geest and Wuyts, 1999:147). تجویز شرط کیفری متضمن خطر امضای قرارداد، بدون مطالعه آن، یا امضا بر پایه‌ی اطلاعات ناقص است؛ دوم اینکه، فرض عقلانیت، وقتی صائب است که متعاملین در شرایط اجتماعی و اقتصادی مساوی قرار دارند و پس از یک گفتگوی با شرایط عادلانه، قرارداد را منعقد می‌کنند. فرضی که با گسترش قراردادهای الحاقی و تحمیلی و انحصاری شدن پاره‌ای خدمات و کالاها و فقدان رقابت، در غالب موارد با واقع منطبق نیست. به‌علاوه، بررسی حقوقی شروط قراردادی از بازرسی اوصاف مادی کالاها پرهزینه‌تر هستند، لذا، بیشتر مصرف‌کنندگان ترجیح می‌دهند از آن بگذرند و ممکن است سیاست «شرط تیزتر- قیمت پایین‌تر» مورد قبول واقع شود (ibid., 148).

۲- نقض کارآمدی: شروط کیفری راه را برای سوء استفاده‌ی متعهد و یا متعهدله باز می‌کند: در مواردی که شرط کیفری، گزاف و فوق‌العاده باشد، متعهدله از آن سوء استفاده می‌کند و حتی ممکن است متعهد را به نقض قرارداد تشویق کند (Cooter and Ulen, 1998:295) و در فرضی که خسارت مقطوع توافقی، ناچیز باشد متعهد به نقض قرارداد متمایل می‌گردد و با سوء استفاده از شرط قرارداد، با پرداخت وجه التزام، خود را از بار تعهد و خسارت واقعی رها می‌کند. از دید اقتصادی، دیگر نمی‌توان چنین شروطی را کارآمد تلقی کرد، زیرا خطر احتمالی سوء استفاده به همراه دارد و مجازات نامتناسب و ناعادلانه محسوب می‌شود (De Geest and Wuyts, 1999:146). این احتمال، در مورد عقود با اجرای مستمر نیز متصور است: متعهد، به دلیل افزایش شدید شاخص قیمت‌ها و تورم زیاد، از ادامه اجرای قرارداد صرف‌نظر می‌کند و با دادن وجه التزام مقرر برای عدم اجرای قرارداد، التزام به تعهداتش را نقض می‌کند. اگر متعهدله به این امر رضایت داشته باشد می‌توان اقدام متعهد را نقض کارآمد تلقی کرد، ولی در صورت مخالفت متعهدله با نقض و ترجیح اجرای قرارداد بر وجه التزام، اختیار متعهد در دادن وجه التزام و رهایی از قید تعهد را، باید شرط کیفری نا کارآمد تلقی کرد. این امر در مورد عقود موجد همراه با شرط کیفری نیز می‌تواند مصداق داشته باشد.

۳- نظم عمومی اقتصادی: واقعیت‌های اقتصادی و اجتماعی نشان می‌دهد که امروزه دیگر این سخن قدیمی که، چون قرارداد را متعاملین با اراده خود و ضمن توافق با یکدیگر منعقد می‌کنند پس عادلانه است، کمتر کسی باور دارد. به دلیل انحصار کالاها در دستان پاره‌ای سرمایه‌داران یا تولیدکنندگان یا عرضه‌کنندگان و فقدان رقابت و نیز وضعیت مالی و اقتصادی نابرابر موجود میان

طرفین عقد، قدرت معاملی برابری در مذاکرات و حین انعقاد عقد وجود ندارد و انعقاد قراردادهای الحاقی رو به گسترش است. در این قراردادها، شرایط عقد از پیش و توسط طرف قوی و به وسیله مشاوران حقوقی او، تنظیم و تعیین می‌گردد و طرف دیگر، بدون اینکه اختیار تغییر مفاد عقد را داشته باشد، آزادی او محدود به انعقاد یا عدم انعقاد عقد می‌شود. در کالاهای ضروری زندگی، مانند آب و برق و تلفن و خودرو، تحدید آزادی مصرف کننده مغایر با حقوق شخصیت و کرامت انسانی است. اندراج شرط کیفری در قراردادهای الحاقی، با اشکالات متعددی روبه رو است: هم غیر منصفانه و ناعادلانه است، هم بیانگر قصد واقعی مشروط علیه نیست؛ گاه نظم حقوقی اقتصادی را مختل می‌کند و نامشروع تلقی می‌شود و گاه نیز سوء استفاده از اضطرار طرف ضعیف است که باید با تلقی آن در حکم اکراه، به عدم نفوذ آن معتقد بود. (Viney et Jourdain, 2002:445).

تنوع و تکرار قراردادهای الحاقی در اجتماع، مانند قراردادهای اعتباری فی مابین بانک‌ها و موسسات مالی با مشتریان، قراردادهای فروش اعتباری و اقساطی، قراردادهای عرضه خدمات اعتباری که در حقوق داخلی در قالب قرارداد جعاله منعقد می‌گردد و لیزینگ خودرو، محققان را بر آن داشته که برای تعدیل قضایی یا قانونی وجه التزام، راهکارهای متفاوتی پیشنهاد کنند: استناد به نظریه سوء استفاده از حق، اصل حسن نیت در مرحله انعقاد و اجرای قرارداد، قاعده لاضرر و قاعده نفی عسر و حرج، از جمله‌ی این کوشش‌ها است (وحیدی، ۱۳۸۵: ۷۷-۸۲). در حقوق آلمان، دادگاه‌ها برای خنثی کردن اثر وجه التزام گزاف، گاه به م. ۱۳۸ قانون مدنی و مخالفت وجه التزام سنگین با اصل رعایت اخلاق حسنه استناد کرده‌اند و گاه به اصل سوء استفاده از حق، موضوع ماده ۲۲۶ قانون مدنی، متوسل شده‌اند (اسکینی، ۱۳۶۷: ۵۹).

۴- افزایش هزینه‌های معامله: متعاملین، با تعیین مقدار خسارت به طور مقطوع، برای نقض و زیان احتمالی، هزینه‌های معاملاتی را به طور اساسی افزایش می‌دهند. زیرا به دلیل کمبود اطلاعات و تعیین خسارات با لحاظ پیش‌بینی همه شرایط، حتی اگر در آینده زیانی اتفاق نیفتد یا مقدار زیان حادث شده شدید نباشد، غالباً "حداکثر خسارت قابل پیش‌بینی در شرط کیفری محاسبه می‌شود و همین امر افزایش قیمت را در طرف مقابل موجب می‌شود؛ در حالی که در آینده، همیشه اطلاعات بیشتری در مورد آنچه اتفاق افتاده، وجود دارد و محاسبه خسارات به واقعیت نزدیک‌تر است (De Geest and Wuyts, 1999:146).

۵- افزایش دعاوی: گفته شده که شروط کیفری را بدهکار به میل خود اجرا نمی‌کند و منجر به دخالت دادگاه می‌شود. لذا، در هر موردی که بدهکار قرارداد را نقض کند، یک دعوا اضافه می‌شود. با توجه به اینکه بخش عمده هزینه‌های دادرسی بر دوش طرفین نیست و دولت برای آن یارانه می‌دهد، لذا بخشی از هزینه‌های معامله بیرونی شده‌اند. پاسخ داده شده که این استدلال در غالب دعاوی صادق است. به علاوه، فرض عقلانیت طرفین موجب می‌شود که طرفین به جای انتخاب دادرسی گران قیمت، حل و فصل دوستانه دعوا را ترجیح دهند. این سخن در نظامی که شروط کیفری مطلقاً "معتبر هستند، تا حد زیادی صحیح است، البته تا وقتی که استنباط‌های متفاوت از نقض قرارداد وجود نداشته باشند؛ اما وقتی استنباط‌های متفاوتی از فرصت‌های پیروزی در دعوا وجود دارد، یا در نظام‌هایی که شروط کیفری را باطل و خسارت از قبل تعیین شده را مجاز تلقی می‌کنند، وضعیت به گونه‌ای متفاوت است و احتمال افزایش دعاوی وجود دارد: بدهکار برای فرار از پرداخت وجه التزام بالا و متعهدله به انگیزه دستیابی به آن (De Geest and Wuyts, 1999: 150).

۶- شروط کیفری؛ مانعی برای انعقاد قرارداد: استدلال شده است که شروط کیفری، خطر بالقوه‌ای را ایجاد می‌کنند و آن عبارت است از اینکه مانع از انعقاد عقد می‌شوند و هزینه‌های خارجی ایجاد می‌کنند. با این توضیح که، الف قراردادی را با ب، برای مشارکت یا فروش محصول در طی مدت معین، امضا کرده است؛ الف در صدد آن است که مشارکت یا رابطه معاملاتی جدیدی را با ج ایجاد کند و قرارداد سابق را نقض کند. لیکن اتخاذ تصمیم در مورد مشارکت جدید، متأثر از هزینه‌های ناشی از خساراتی است که الف باید به ب پرداخت کند و چون در رابطه‌ی الف و ب، شرط کیفری یا خسارت از قبل تعیین شده وجود دارد، الف را از انعقاد قرارداد با ج منصرف می‌کنند و به اصطلاح، نوعی قدرت انحصاری نسبت به شرکای احتمالی اعمال می‌کند؛ این امر خود می‌تواند مانع از تحقق نقض کارآمد باشد. در مقابل ممکن است ج بخشی از خسارات را عهده دار شود و این امر خود موجب افزایش هزینه‌های معاملاتی فی مابین الف و ج می‌شود (ibid., 151).

۷- افزایش ورشکستگی: این پرسش مطرح شده است که آیا شروط کیفری تعداد ورشکستگی‌ها را افزایش می‌دهد؟ برخی به این سوال پاسخ مثبت داده‌اند (De Geest, Wuyts, 1999: 155) و معتقدند، چون متعهد در صورت نقض قرارداد، باید مبلغ بسیار

بیشتری را پرداخت کند، احتمال این که در وضعیت مالی اضطراری قرار گیرد، افزایش می‌یابد و اگر ورشکسته شود و وی در شبکه روابط تجاری پیوسته و طولانی مدت با دیگر تاجران قرار گرفته باشد، احتمال گسترش ورشکستگی‌ها وجود دارد و می‌تواند موجی از توقف‌ها را پدیدار کند؛ امری که منجر به رکود اقتصادی خواهد شد و تاثیر منفی بر اعتماد در سرمایه‌گذاری خواهد گذاشت.

این دیدگاه مبتنی بر این فرض است که مبالغ مندرج در شرط کیفری گزاف و فوق‌العاده باشد و جنبه‌ی تهدیدی داشته باشد و هم‌چنین قاضی از حق تعدیل وجه التزام برخوردار نباشد؛ به علاوه، به اعتماد مشروع متعهد له به اجرای تعهد توجه نشده است.

گفتار دوم- مبانی و دلایل حقوقی

۱- تفکیک ضمانت اجرای مدنی از کیفری: شروط کیفری در برخی موارد صرفاً ماهیت تنبیهی دارند و به انگیزه‌ی تضمین اجرای قرارداد آورده می‌شوند، در مواردی نیز که جنبه ترمیمی دارند، غالباً میزان شرط کیفری فراتر از مبلغ خسارت واقعی است و وصف مجازات بودن آن از بین نمی‌رود. اعتبار دادن به شرط کیفری، یعنی تجویز اعمال مجازات نقدی و مالی در روابط مدنی؛ جایی که سخن از حقوق خصوصی است و باید ضمانت اجرای مدنی داشته باشد، ولی شرط کیفری به رابطه قراردادی وصف عمومی می‌دهد و برای آن کیفر مقرر کرده است (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۳).

۲- مغایرت با طبیعت معوض قرارداد: شاید در پاره‌ای موارد، شرط کیفری به سود متعهدله، مابه‌ازای شرط یا عوضی است که به سود متعهد مقرر شده است و حذف آن تعادل قراردادی را به هم می‌زند، لیکن پیش‌بینی وجه التزام‌های گزاف که گاه فراتر از ارزش عوضین است، نه تنها انسجام و تعادل قراردادی را مختل می‌کند، بلکه طبیعت معوض بودن قرارداد را منتفی می‌کند. وجدان قاضی چگونه می‌تواند اقناع شود و به پرداخت وجه التزامی حکم دهد که ارزش آن فراتر از عوض مقابل است و به ناچار، برای اینکه ماهیت معاوضی عقد را حفظ کند، به اجتهاد در مقابل نص دست زده و علی‌رغم صریح ماده ۲۳۰ ق.م. و بر مبنای انصاف، وجه التزام مقرر را تا سقف ارزش تعهد متعهدله کاهش می‌دهد تا بتوان گفت تعهد علت و سببی داشته است. (حکمی را که خود ناظر صدور آن بوده ام) یا تعهد را مصداق تعهد به وسیله تلقی می‌کند تا فرشته عدالت را

خشنود بیند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۰۱)

سابقاً، در فرانسه و بلژیک نیز به نظریه سبب تعهد استناد شده بود و گفته می‌شد که تعهد به پرداخت وجه التزام گراف، فاقد علت و سبب است یا جهت تعهد آن ناروا و نامشروع است. استدلالی که دیوان کشور فرانسه آن را نپذیرفت (مقصودی، ۱۳۹۰، ۱۰۶) در کامن لا گفته شده که در جبران خسارت قراردادی، نباید وضعیت زیان دیده بهتر از حالت اجرای قرارداد شود و او ناعادلانه دارا شود؛ لذا خسارت پیش‌بینی شده با ماهیت تنبیهی معتبر نیست (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۴).

۳- فرار از مقررات امری: شرط کیفری خطر لطمه به قواعد امری در زمینه ربا و حقوق کار را

امکان پذیر می‌کند (Terre, Simler, Lequette, 1996: 495)

پیش‌بینی وجه التزام برای تاخیر در پرداخت تعهداتی که موضوع آن وجه نقد است، دور زدن تحریم و منع ربا را موجب می‌شود. دادگاه‌های تالی فرانسه، به استناد نظریه تقلب نسبت به قانون امری منع ربا، شرط کیفری را که متضمن نرخ بالاتر از نرخ متعارف و قانونی باشد، ملغی اعلام نموده یا میزان آن را کاهش داده اند؛ هر چند شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، در رای ۲۲ فوریه ۱۹۹۷، با این نظر مخالفت کرد و اعلام کرد که شرط کیفری وسیله‌ی تضمین اجرای تعهد و تعیین‌کننده مقدار خسارت است و مشمول مقررات اجتناب از ربا نیست (Code civil, 1998: 1284).

در حقوق ایران، قبل از انقلاب، با توجه به مواد ۳۴ و ۳۵ سابق. ق. ثبت و م ۷۱۹ ق. آ. د. م. سابق، وجه التزام در مورد تاخیر در پرداخت وجه نقد، نمی‌توانست فراتر از نرخ قانونی (۱۲ درصد) باشد و در صورت مازاد بودن آن، مبلغ مازاد قابل مطالبه نبود، هر چند اگر بدهکار آن را به میل خود پرداخت می‌کرد، دعوای استرداد آن مسموع نبود. به بیان دیگر، وجه التزام بالاتر از نرخ قانونی، در زمره‌ی تعهدات طبیعی مدیون بود که فاقد ضمانت اجرای حقوقی بود، ولی با پرداخت مدیون، تبدیل به تعهد حقوقی اجرا شده می‌شد که غیر قابل استرداد بود. برعکس، چنانچه مبلغ وجه التزام از نرخ بهره قانونی کمتر بود، طلبکار مستحق مبلغ توافق شده بود و نه نرخ قانونی بهره.

در حال حاضر با توجه به اصل ۴۰ قانون اساسی و قانون مجازات اسلامی، پرداخت و دریافت ربا ممنوع و جرم است و صرفاً خسارت تاخیر تادیه در موارد خاص و کاهش ارزش پول با جمع شرایط سه‌گانه‌ی تمکن مدیون، مطالبه‌ی دین و تغییر شاخص قیمت‌ها، قابل مطالبه است. لیکن آیا

شرط پرداخت مبلغ مقطوع به عنوان خسارت تاخیر در پرداخت وجه نقد، ربا است و ممنوع است؟ شورای نگهبان موافقت خود را با درج عبارت ذیل به عنوان شرط ضمن قرارداد بانک‌ها با مشتریان پذیرفته است:

«در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر، به علت تاخیر بدهی ناشی از این قرارداد، از تاریخ سررسید تا تسویه کامل بدهی، مبلغی به ذمه‌ی امضاکننده‌ی این قرارداد تعلق خواهد گرفت»

پرسش مطرح این است که آیا تجویز مذکور فقط ناظر به بانک‌ها است، چنانکه در مورد خسارت تاخیر تادیه، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ و ماده واحده قانون الحاق دو تبصره به م. ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۷۶/۱۲/۱۶ اعتبار و جواز آن را محدود به موارد خاص (بانک‌ها) کرده است، یا قاعده عامی است که تمام دیون نقدی را، صرف نظر از نوع بدهکار، شامل می‌شود؟

قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف م. ۳۴ مکرر آن مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹، که اخذ خسارت تاخیر تادیه در مورد اسناد رهنی و استقراضی غیر بانک‌ها را مجاز نمی‌کند، ظاهراً نظر اول را تایید می‌کند.

برخی فقها در عین تذکر این امر که شرط کیفری نباید امر باطلی، مثل ربا، را به دنبال داشته باشد، پیش‌بینی مبلغی بیش از بهره رایج پول را، برای دوری از شبهه‌ی ربا، پیشنهاد کرده اند (تسخیری، ۱۳۸۲: ۷۱؛ ۱۳۸۴: ۱۳۸۳).

به نظر می‌رسد با توجه به منع ربا و عدم جواز تخلص از ربا با توسل به حیل شرعی، چنانچه شرط کیفری مندرج در قراردادهای پولی، فراتر از میزان کاهش ارزش پول و نیز بیشتر از خسارت تاخیر در پرداخت باشد، مشمول قاعده منع ربا بوده و ممنوع است. لیکن با توجه به ارزش اعتباری پول در اقتصاد کنونی و منطقی نبودن تلقی پول به عنوان مال مثلی که بتوان با رد مثل آن برائت حاصل کرد و مشروعیت اخذ خسارت ناشی از تاخیر در پرداخت وجه نقد، مانند خسارت تاخیر در سایر تعهدات مالی، به عنوان خسارت ناشی از دست دادن منافع ممکن الحصول، اعتبار شرط کیفری، به میزانی که معادل نرخ تورم (تغییر شاخص قیمت‌ها) و خسارت تاخیر تادیه باشد، قابل تایید است. مفاد ماده ۵۲۲ ق.آ.د. م. و منع تبعیض بین بدهکاران بانکی با سایر بدهکاران، موید این دیدگاه است.

۴- قصد مشترک متعاملین: برخی حقوق دانان، با هدف تعدیل شرط کیفری گزاف و با تحلیل قصد مشترک و باطنی متعاملین و رعایت اصل حاکمیت اراده، اظهار کرده اند که شرط کیفری با مبلغ گزاف و نامتناسب با خسارات واقعی را نمی توان منتسب به قصد طرفین کرد: از یک سو، چون متعهد قصد نقض قرارداد را ندارد، در هنگام قبول شرط کیفری، اراده جدی در پرداخت چنین مبلغی را در فرض نقض قرارداد، نداشته است. از سوی دیگر، هدف متعهدله از اشتراط وجه التزام گزاف تهدید متعهد است، نه دریافت آن در صورت نقض قرارداد (عابدیان، ۱۳۸۵: ۴۲ و ۴۱). بنابراین، بطلان شرط کیفری نامتناسب و گزاف، هم عدالت و انصاف را محقق می کند و هم رعایت اصل آزادی قراردادی را. به علاوه، گفته شده این واقعیت که مردم برخی شروط کیفری گزاف را امضا می کنند، بدون اینکه اطلاعات کامل داشته یا آن را بازرسی کرده یا حتی مطالعه کنند، می تواند دلیلی باشد بر اینکه در مرحله انعقاد قراردادها عیب جدی وجود دارد و قرارداد محصول واقعی قصد انشا نیست (De Geest and Wuyts, 1999: 148).

این دیدگاه که بر وصف مجازات مدنی و تنبیهی شرط کیفری تاکید می کند و از وصف ترمیمی آن غافل می شود، دلیلی بر وجود قصد واقعی متعاملین ارایه نمی کنند و نه تنها با قصد اعلام شده متعاملین مغایر است، با واقعیت های عملی، غالباً، سازگار نیست (مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۲۱). پیش بینی شرط کیفری، در اکثر قریب به اتفاق قراردادها، با هدف تضمین اجرای قرارداد و تحصیل نوعی بیمه خصوصی به هزینه متعهد است؛ مضافاً آنکه استحکام و لزوم معاملات آسیب می بیند و از لحاظ اقتصادی نیز قابل انتقاد است، زیرا با نظریه نقض کارآمد و هدف تامین زیان های شخصی متعهدله و کاهش هزینه های معاملاتی، همسو نیست. از مشکلات عملی اجرای این دیدگاه در محاکم نیز نباید غافل شد: تمییز شروط کیفری محض از شروط راجع به تعیین خسارت از پیش، آن گونه که تجربه نظام حقوقی انگلستان نشان می دهد، چندان آسان نیست و تابع نظر و سلیقه قاضی محکمه می شود و روابط قراردادی و مالی متعاملین را غیر قابل پیش بینی می کند.

۵- تفسیر عادلانه قانون: قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۵۲ اعلام می کند: «هرگاه در قرارداد مقرر شود که در صورت عدم انجام تعهد از ناحیه یکی از طرفین، مبلغی به عنوان خسارت پرداخت گردد، طرف دیگر استحقاق مبلغی بیشتر یا کمتر از آنچه شرط شده، نخواهد داشت» لذا، طبق ظاهر قانون، ماهیت و وصف شرط کیفری، خسارت است. این ماده مرجع اقتباس م. ۲۳۰ ق.م. قرار گرفته و قید «به عنوان خسارت»، در نص اخیر وارد شده است (در صورت تخلف،

متخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید). بنابراین می‌توان، شبیه آنچه در حقوق انگلستان در مورد تمیز شرط کیفری از خسارت مقطوع از پیش تعیین شده، وجود دارد، گفت که شروط کیفری که صرفاً ناظر به تضمین اجرای قرارداد و تهدید متعهد هستند، چون به عنوان خسارت مورد توافق قرار نگرفته اند، از شمول ماده ۲۳۰ ق.م. خارج هستند؛ ولی شروطی که در مقام پیش‌بینی خسارات احتمالی آینده هستند و لو مقدار واقعی خسارت کمتر یا بیشتر از مقدار توافق شده باشد، چون در مقام تعیین خسارت بوده اند، معتبر می‌باشند. به بیان دیگر، وقتی جهت تراضی ترمیم و جبران خسارت نباشد، توافق معتبر نیست.

این تفسیر، هر چند دور از ظاهر ماده ۲۳۰ ق.م. نیست و ابزاری برای رسیدن به عدالت با اتکای به ظاهر قانون است و رویه قضایی می‌تواند شروط کیفری گزاف را، با این استدلال که ظهور در مجازات مدنی دارد و نه جبران خسارت، بی اعتبار تلقی کند؛ لیکن از چند جهت مورد ایراد واقع شده است: یکی اینکه قید «به عنوان خسارت» از باب غلبه است نه اینکه شروط کیفری مقید به صفت جبران خسارت باشند، به نحوی که با زوال قید (خسارت) مقید (شرط کیفری) منتفی شود؛ دوم اینکه، همانند اصل صحت عقود، اصل بر صحت شروط است مگر فساد آن معلوم شود و بطلان شرط کیفری که با هدف تضمین و تهدید باشد، مسلم نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۱۷ و ۳۱۶) و سوم اینکه، در حقوق فرانسه، نیز، رویه قضایی و حقوق دانان، هیچ‌گاه در تفسیر ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه، از عبارت به «عنوان خسارت» چنین تفسیری به عمل نیاورده بودند و بطلان شروط کیفری گزاف و ناچیز با اصلاح قانون در سال ۱۹۷۵ میسر شد (مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۲۲).

جمع بندی و نتیجه گیری

تحلیل شرط کیفری نشان می‌دهد که به دلایل اقتصادی، مانند تامین جبران تمام خسارات و فارغ شدن از بار اثبات و گریز از اشتباهات دادرسی، پذیرش اعتبار شرط کیفری به عنوان یک «اصل»، موجه است. اما، در پاره‌ای موارد خاص، به دلایل مربوط به نظم عمومی اقتصادی و عدم تحقق کارآمدی اقتصادی به جهت افزایش هزینه‌های معاملاتی و دعاوی و ورشکستگی، شرط کیفری باید بی اعتبار باشد یا دادگاه از اختیار تعدیل آن برخوردار باشد و یا تفسیر عادلانه‌ای از آن ارائه شود:

الف- در تعهدات با موضوع پرداخت وجه نقد، تعیین هر گونه وجه التزامی که مازاد بر نرخ تورم و خسارت تاخیر تادیه‌ی متعارف باشد، شائبه‌ی ربا در آن قوی است و نتایج ناخوشایند تجویز آن، در نظام بانکداری فعلی، مشهود است.

ب- در مواردی که عدم اجرا یا تاخیر در آن، ناشی از عوامل خارجی باشد، مانند قوه قاهره، شرط کیفری قابل اجرا نیست مگر طرفین به صراحت تضمین اجرا را در مورد فورس ماژور نیز پیش‌بینی کرده باشند.

ج- در صورت اجرای بخشی از تعهد و مطلوبیت آن برای متعهد له، تعدیل قضایی وجه التزام، با عدالت و قصد ضمنی مشترک سازگار است و اصلاح قانون مدنی در این خصوص یک ضرورت است.

د- پیش‌بینی شرط کیفری با مبلغ ناچیز در حکم شرط عدم مسوولیت است و اعتبار آن نیز مشمول قواعد حاکم بر شروط تحدید و عدم مسوولیت است.

ه- دخالت قانون‌گذار و نظارت مقام‌های قضایی در قراردادهای الحاقی و قراردادهای فی‌مابین تولید کننده و عرضه کننده کالاهای انحصاری با مصرف کننده، به شیوه منع یا تعدیل شرط کیفری، به استناد اصول کلی مانند منع سوء استفاده از حق و قاعده لاضرر، لازمه‌ی تحولات اجتماعی و اقتصادی زندگی معاصر است.

و- در مواردی که شرط کیفری فوق العاده گزاف باشد و صرفاً جنبه‌ی تهدید و تضمین داشته باشد، مغایر نظم عمومی اقتصادی است و موجب تجویز غیر مستقیم ربا می‌گردد، لذا استناد به ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت «به عنوان خسارت»، می‌تواند مجوز ابطال آن از سوی دادگاه‌ها قرار گیرد مگر این که طراح قرارداد خود چنین مبلغ گزافی را در قرارداد گنجانده باشد تا بتواند اعتماد متعهد له را جلب کند (قاعده اقدام).

ز- در مواردی که متعهد انجام کاری را به عهده دارد و تردید می‌شود که مقصود حصول نتیجه (تعهد به نتیجه) یا کوشش متعارف برای رسیدن به نتیجه است (تعهد به وسیله)، تفسیر قرارداد و حمل شرط به تعهد به وسیله، موجب می‌شود که متعهد را نتوان به صرف عدم حصول نتیجه، به دادن وجه التزام محکوم کرد.

منابع و ماخذ

- [۱] اسکینی، ربیعا. (۱۳۶۷). وجه التزام در قراردادهای بین المللی، مجله حقوقی، شماره ۹.
- [۲] انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، چاپ اول، انتشارات جنگل جاودانه.
- [۳] بابایی، ایرج (۱۳۸۶)، "مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق"، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۳.
- [۴] بادینی، حسن (۱۳۸۵)، "آیا حقوق دانش مستقلاً است؟"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴.
- [۵] بخشنده، علی رضا (۱۳۸۶)، "وجه التزام در قولنامه‌ها و آراء و نظرات"، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان، شماره سوم.
- [۶] تسخیری، محمد علی (۱۳۸۲)، "شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا"، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۳۵.
- [۷] (۱۳۸۴)، "شرط جزایی در عقود"، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۴۴.
- [۸] حسین آبادی، امیر (۱۳۸۵)، "بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد"، مجله آموزه‌های قرآنی، شماره ۱۹.
- [۹] جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش.
- [۱۰] (۱۳۸۶)، الفارق، ۵مجلد، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، جلد پنج.
- [۱۱] شهیدی، مهدی (۱۳۷۱)، "قرارداد تشکیل بیع"، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۰.
- [۱۲] (۱۳۸۲)، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ اول، انتشارات مجد.
- [۱۳] عابدیان، میر حسین (۱۳۸۵)، "مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شرط کیفری در قراردادها"، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۹.
- [۱۴] عادل، مرتضی (۱۳۸۰)، "توافق بر خسارت در قراردادها"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۳.
- [۱۵] کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، عدالت قضایی، گزیده آراء، چاپ سوم، نشر میزان.
- [۱۶] (۱۳۸۷)، مسوولیت مدنی، سه مجلد، چاپ هشتم، انتشارات دانشگاه تهران، جلد اول.

- [۱۷] (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، ۵مجلد، چاپ دوم، شرکت انتشار، جلد چهارم.
- [۱۸] (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، سه مجلد، چاپ اول، شرکت انتشار، جلد سوم.
- [۱۹] (۱۳۹۱)، نقد رویه قضایی، چاپ اول، انتشارات جنگل جاودانه.
- [۲۰] مقصودی، رضا (۱۳۹۰)، "تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران"، پژوهشنامه حقوقی، شماره دو، سال دوم.
- [۲۱] واحدی، جواد (۱۳۷۸)، ترجمه قانون تعهدات سویس، چاپ اول، نشر میزان.
- [۲۲] وحیدی، امیر حسین (۱۳۸۵)، "تعدیل وجه التزام در قراردادهای الحاقی"، ماهنامه کانون، شماره ۶۸.

- [23] Cooter. Robert and Ulen(Thomas)(1998),Law and Economics,Harper Collin Publisher.
- [24] Code, Civil. 2008. 107 Edition.
- [25] De Geest Gerrit and Wuyts(Filip)(1999),Penalty Clauses and Liquidated Damage,(encyclo.findlaw.com/4610_book.pdf)
- [26] Gerner(bryan A.)(2009),Blacks Law Dictionary,9 Edition,West Publication.
- [27] O,SullivanJanet and Hilliard(Jonathan)(2010),The Law of Contract,4 Edition,Oxford,.
- [28] Posner(Richard A.)(1979),Some Uses and Abuses of Economics in Law,46,University of Chicago Law Review.
- [29] Prosser(w.l.),(1971),Hand Book of the Law of Torts,4 Edition,West publication co.
- [30] Mekendrick(Evan),(2008),Contract Law,Thired Edition,Oxford University.
- [31] Miceli(Thomas J.)(2004),The Economi Approach to Law,Stanford,California.
- [32] Tanc(Andre),(1986),International Encyclopedia of ComprativeLaw,V.XI,Torts.
- [33] Terre (Francoit),Simlerphilippe and Le Quette(Yves),(1996),les Obligations,6 Edition.
- [34] Viney(g.),Jourdain(p.),(2002),Traite de Droit Civil,les Effets de la Responsabilite,2 Edition,L.G.D.J.