

# تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام؛ با تأکید بر نظام حقوقی کامن لا و رومی ژرمن

محمدرضا پاسبان\*

پرویز رحمتی\*\*

سارا غریبی\*\*\*

تاریخ وصول: ۹۳/۳/۱۵؛ تاریخ پذیرش: ۹۳/۱۰/۲۰

## چکیده

وجه التزام، عبارت است از این که متعاقدين در حين انعقاد عقد به موجب توافق، آن را به عنوان جبران خسارت محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد، یا ناشی از تأخیر در اجرای تعهد، پیش بینی می کنند. حال اگر طرفین قرارداد، از قبل بر سر مقدار جبران خسارت و میزانی که باید پرداخت شود، توافق کنند به آن وجه التزام گفته می شود، اگر این مقدار توافق شده، برای جبران خسارت بیش از حد باشد و جریمه اضافی تلقی شود شرط کیفری است. یکی از موضوعات مورد بحث بین حقوق نوشته و کامن لا مسأله اجرای وجه التزام و به طور خاص مسأله اجرای شروط کیفری می باشد که در این مقاله، دیدگاه های سیستم های حقوقی، حقوق نوشته و کامن لا و همچنین قانون ایران در این زمینه بیان شده است و وجه التزام و شروط کیفری از نظر حقوقی - اقتصادی بررسی شده و سیستم کارآمد مورد تحلیل قرار گرفته است.

**کلیدواژه ها:** تحلیل اقتصادی، وجه التزام، شروط کیفری، سیستم کارآمد.

## مقدمه

وجه التزام که از آن به شرط خسارت، خسارت مقطوع یا خسارت قراردادی تعبیر می‌شود، عبارت است از آن که متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد، مالی را به عنوان جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد تعیین نمایند. در واقع، چنین شرطی ابزاری با دو کارکرد متفاوت، برای دو مقطع زمانی مختلف است. در زمان اجرای قرارداد، به عنوان ابزاری برای تضمین اجرای تعهد و در زمان نقض قرارداد، برای جبران خسارت ناشی از تخلف و مجازات متعهد به کار می‌رود. در این موضوع، اختلاف از عنوان آن آغاز می‌شود. گاهی طرفین قرارداد، از قبل بر سر مقدار جبران خسارت و میزانی که باید پرداخت شود توافق می‌کنند که به آن وجه التزام می‌گویند. حال، اگر این مقدار توافق شده، برای جبران خسارت بیش از حد باشد و جریمه اضافی تلقی گردد، شرط تنبیهی است.

در حقوق فرانسه، توافق بر خسارت ناشی از نقض قرارداد، همواره شرط کیفری نامیده می‌شود. اعم از این که مقدار شرط معادل، فراتر یا کمتر از خسارات واقعی باشد.

در کشور انگلیس، توافق بر خسارت به دو دسته خسارت مقطوع و شرط کیفری تقسیم می‌شود و شرط کیفری در معرض کنترل و مداخله قضایی قرار می‌گیرد.

در حقوق ایران نیز اگرچه قانون مدنی برای توافق متعاقدين بر خسارت نامی ننهاده است، اما در قوانین دیگر از جمله تبصره ۴ و ۵ ماده ۳۴ قانون ثبت از واژه وجه التزام استفاده کرده است و دکترین و رویه قضایی با آن انس گرفته است. یکی از تفاوت‌های بارز بین حقوق قراردادهای نظام نوشته و کامن‌لا مسئله اجرای وجه التزام و به طور خاص تر مسئله شروط کیفری است. قضات کامن‌لا، تمایلی به اجرای وجه التزام ندارند، به خصوص اگر معتقد باشند که وجه التزام، متضمن شروط کیفری است که قابل اجرا نیستند. ولی تقریباً در حقوق قراردادهای تمام کشورهای اروپایی، وجه التزام فوراً اجرا می‌شود، همچنان که اگر شروط کیفری گراف و غیر متعارف نباشند اجرا می‌شود.

حال این پرسش مطرح می‌شود که کدام سیستم حقوقی به

لحاظ اقتصادی کارآمدتر است؟

اگرچه اکثر علمای حقوق و اقتصاد، به خاطر عدم اجرای شروط کیفری از دادگاه‌های کامن‌لا انتقاد کرده‌اند، اما اقلیتی نیز هستند که از سیاست عدم اجرای کامن‌لا بر این اساس که شروط کیفری ناکارآمد هستند، چون مانع نقض کارآمد می‌شوند، دفاع

۱. از دیدگاه اقتصادی، نقض کارآمد ناظر به مواردی است که در اثر پیمان شکنی، دست کم شرایط یک نفر بهتر از قبل می‌شود و به کسی هم زبانی

نموده‌اند. اگر این درست باشد، پس کامن‌لا از حقوق نوشته در این حوزه خاص کارآمدتر است. با این حال و علی‌رغم ارزش استدلال‌ات ارائه شده توسط محققانی که از عدم اجرای شروط کیفری حمایت می‌کنند، رد شروط کیفری توسط کامن‌لا ناکارآمد است و راه حل حقوق نوشته برای این مسأله نه تنها نسبتاً کارآمدتر است، بلکه دغدغه محققانی که نگران منع نقض‌های کارآمد هستند را برطرف می‌کند.

## مفهوم و ماهیت وجه التزام

التزام، در لغت به معنای همراه بودن، ملازمه شدن، به گردن گرفتن، ملزم شدن به امری می‌باشد و در اصطلاح نیز التزام (وجه التزام) از آن جهت که معمولاً طرفین در ضمن عقد معین می‌کنند، نزدیک معنای لغوی آن می‌باشد. وجه التزام، مبلغی است که متعاقدين در حین انعقاد عقد، به موجب توافق، خواه ضمن همان قرارداد اصلی باشد، خواه به موجب موافقت‌نامه مستقل، که در این صورت باید پیش از بروز تخلف متعهد، از تعهد باشد، به عنوان میزان خسارت مادی یا معنوی محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تأخیر در اجرای تعهد پیش‌بینی کرده و بر آن توافق می‌کنند (قربان وند، ۱۳۸۴: ۸۹) که این تعریف با مفاد ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز انطباق دارد، به نحوی که قانونگذار در این ماده، اشعار می‌دارد «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که، در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه ملزم شده است محکوم کند».

پیرامون بحث در مورد ماهیت وجه التزام، ابتدا به ساکن این پرسش مطرح می‌شود که وجه التزام خسارت است یا کیفر؟ در رابطه با مفهوم و به ویژه ماهیت وجه التزام دیدگاه یکسانی وجود ندارد و میان حقوقدانان اختلاف به چشم می‌خورد و هر یک دلایل قابل تأمل را در اثبات برداشت خود ارائه می‌دهند.

الف- نظریه خسارت: بر پایه این دیدگاه، وجه التزام نوعی از خسارت است که طرفین از پیش بر میزان آن توافق می‌کنند

نمی‌رسد. در واقع، بر خلاف نظریه‌های مبتنی بر اخلاق که پیمان شکنی را نادرست می‌دانستند، مفهوم تعهد قراردادی از دیدگاه اقتصادی به این معناست که طرف می‌تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد. به عبارت دیگر، در موردی که هزینه اجرای تعهد بیشتر از سود آن باشد، اجرای چنین تعهدی از نظر اقتصادی ناکارآمد است. پس، متعهد در چنین فرضی می‌تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد. برای مطالعه بیشتر در این مورد رجوع کنید به: مهدی انصاری، نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱، ۱۳۹۰، صفحات ۳۹ تا ۵۷.

و وجه التزام ماهیتی جز خسارت ندارد، به همین جهت است که طرفین در بسیاری از عقود آن را مورد تصریح قرار می‌دهند؛ چرا که در واقع، متعاملین برآنند تا خساراتی را که در صورت عدم اجرای تعهد اصلی ناشی از عقد و یا تأخیر در اجرای آن به وجود خواهد آمد را از پیش معین سازند. به این ترتیب، هر گاه متعهد از انجام تعهد خویش خودداری نمود، متعهدله به آسانی بتواند مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد را از وی مطالبه کند و دیگر نیازی به اجرای قواعد عمومی، یعنی التزام متعهد در مواردی که اجرای تعهد هنوز مؤثر است (تعدد مطلوب) و یا اثبات ورود زیان به خود و محاسبه میزان خسارت توسط مرجع قضایی، در مواردی که اجرای تعهد بعد از زمان مقرر در قرارداد دیگر از مطلوبیت مورد نظر متعهدله برخوردار نیست. لذا معتقدین به این نظریه نیز در تعاریفی که از وجه التزام آورده‌اند، به عنصر خسارت بودن وجه التزام تصریح نموده‌اند و آن را مفهومی برابر با خسارت دانسته‌اند.

این دیدگاه متضمن پیامدهایی می‌باشد که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

نخست؛ متعهدله در صورت تخلف از انجام تعهد، تنها نسبت به دریافت مبلغ وجه التزام معین شده در قرارداد مستحق خواهد بود؛ زیرا در این صورت، وجه التزام جانشین تعهد اصلی است و تقاضای اجرای تعهد اصلی همراه با مطالبه وجه التزام ممکن نمی‌باشد چرا که یکی بدل دیگری و اصل را بدل نمی‌توان با هم مطالبه نمود. مگر این‌که وجه التزام تعیین شده برای تأخیر در انجام تعهد باشد که در این حالت وجه التزام خسارت تأخیر متعهد در اجرای تعهد خویش و نه خسارت عدم انجام تعهد اصلی است. در وضعیت اخیر، با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و عدم وجود نص صریح مخالف در خصوص موضوع، متعهدله می‌تواند اجرای تعهد اصلی و پرداخت وجه التزام را یکجا مطالبه کند.

دوم؛ باید آن را قابل تعدیل و تغییر، یا حتی حذف بدانیم؛ زیرا اگر وجه التزام خسارت عهدشکنی باشد پس لازم است که با میزان واقعی خسارت سازگار باشد و امکان تعدیل آن و حتی حذف در مواردی که هیچ خسارتی در اثر عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن به متعهدله وارد نیامده است وجود داشته باشد.

ب- نظریه کیفر: مطابق دیدگاه وجه التزام به عنوان کیفر، وجه التزام ماهیت کیفر دارد. منظور متعاقبین از پیش‌بینی شرط وجه التزام اصولاً ایجاد جریمه و کیفر برای متعهد است. تا به این طریق، وی به‌گونه‌ای ملزم به انجام تعهد خود شود و قدرت

الزام آور عقد با پیش‌بینی وجه التزام فزونی یابد. در این صورت، حتی اگر متعهد باز هم از اجرای تعهد سرپیچی نمود، یا آن را در موعد مقرر انجام نداد و به عنوان جریمه و کیفر این عمل خود ملزم به پرداخت وجه التزام باشد. این دیدگاه نیز پیامدهای زیر را در پی دارد:

نخست؛ اگر وجه التزام ماهیت کیفر داشته باشد، جزای عمل متخلف است. در چنین وضعیتی، در صورت تخلف از اجرای تعهد توسط وی بایستی پرداخت شود و ارتباطی بین خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن ندارد و متعهدله می‌تواند با اثبات ورود خسارت به خود طبق قواعد عمومی قراردادها و اثبات میزان وارده از سوی متعهد خاطی خسارت مطالبه کند. در این حالت، وجه التزام و الزام به اجرای تعهد و یا خسارت عدم انجام تعهد و تأخیر در انجام تعهد قابل جمع هستند. به طور مثال، در قولنامه تصریح شود که متعهد ملزم به اجرای تعهد است و در صورت امتناع، چون وجه التزام به عنوان جریمه متعهد در نظر گرفته شده، متعهد باید تعهد را اجرا کند و ضمناً وجه التزام را هم بپردازد.

دوم؛ در صورت پذیرش چهره کیفری وجه التزام، امکان تعدیل وجه التزام از بین می‌رود، زیرا مبلغ آن با خسارت ناشی از عدم انجام تعهد رابطه‌ای ندارد، تا به تناسب آن تعدیل شود و انگهی بر لزوم تخلف ناپذیر بودن اجرای تعهد یا می‌فشارد؛ زیرا در این صورت، وجه التزام اماره ورود خسارت نیست، بلکه کیفری است که دو طرف عقد بر آن توافق نموده‌اند، پس ارتباطی با کمتر یا بیشتر بودن خسارت ندارد و لذا مقطوع است و قابلیت تغییر و تعدیل ندارد.

## دیدگاه نظام های کامن لا و حقوق نوشته نسبت به وجه التزام:

در دو نظام مهم حقوق نوشته و کامن لا در خصوص وجه التزام رویکردهای متفاوتی وجود دارد که در زیر به بیان آن می‌پردازیم.

### الف: حقوق کامن لا

نظام کامن لا (آمریکا و انگلستان) همیشه نسبت به اجرای شروط کیفری و غرامت‌های تعیین شده توسط طرفین قرارداد، روی خوش نشان داده است. حداقل تا اواخر قرن ۱۷ و ایجاد یک قاعده توسط دادگاه انصاف که حکم به نامعقول بودن و گراف بودن آنها داد، وثیقه‌های مالی فوراً توسط دادگاه‌های کامن لا اجرا می‌شدند، وثیقه‌های مالی، اسناد مهر شده‌ای بودند که با در بر

دشوار یا غیر ممکن است (به واسطه ارزیابی ذهنی، عدم قطعیت، دشواری اقامه دلیل برای خسارت و...) (Walt, 2011: 179-180). دلیل اصلی کامن‌لا، برای بدگمانی در اجرای خسارات تعیین شده، اجتناب از رواج هر شکل خسارات تنبیهی به خاطر نقض قرارداد است که استفاده محض از چنین جبران‌های خسارتی ثبات و قابلیت پیش‌بینی معاملات تجاری را جدأً به مخاطره می‌اندازد. این امر برای کارآمد بودن شکل عملکرد نظام اقتصادی آمریکا بسیار مهم است. نظریه غالب در حقوق قراردادی کامن‌لا در اثر کلی یک تعهد الزام‌آور حقوقی، این است که اگر موضوع تعهد انجام نشود، قانون متعهد را به پرداخت خسارت وادار می‌کند و متعهد، بین اجرا طبق تعهداتش و پرداخت خسارت مورد انتظار متعهدله حق انتخاب دارد. به عقیده فرانسورث یک اصل اساسی حقوق مربوط به جبران خسارات قراردادی، آن است که شخص زیان‌دیده نباید در وضعیت بهتر از حالتی که اگر قرارداد اجرا شده بود قرار گیرد وگرنه این، به موجب کامن‌لا، در حکم استفاده بلاجهت است. بر اساس این تئوری، در صورتی که خسارات تعیین شده ذاتاً تنبیهی نباشند (بیشتر از خسارات متعارف و مغایر نظم عمومی) مورد پذیرش قرار می‌گیرند. در نتیجه وقتی خسارات تعیین شده، پاسخگوی تمام زیانهایی باشد که با خسارات متعارف قابل جبران نیست، دادگاه‌ها خسارات تعیین شده را تا حدی که جبران‌کننده خسارات واقعی باشند اجرا می‌نمایند. این موارد، عبارتند از: هزینه‌های استفاده از وکیل، هزینه‌های قانونی دیگر، خساراتی که معمولاً توسط قانون مورد حکم قرار نمی‌گیرد، نظیر خسارات وارده به اعتبار حرفه‌ای یک شخص، خسارات تبعی و غیر مستقیم (بعد از دادن یک اخطار رسمی یا غیر رسمی توسط متعهدله) (Hatzis, 2003: 386-388).

اما ماهیت وجه التزام در حقوق انگلستان، دارای دو صورت متفاوت است. در حقوق این کشور، زمانی که متعاهدین توافق بر پرداخت مبلغی در صورت عدم اجرای قرارداد می‌کنند، این مبلغ معین شده در دو دسته قرار می‌گیرد:

نخست؛ این مبلغ، ممکن است به عنوان پیش‌بینی خسارت طرفی باشد که در صورت نقض تعهد توسط متعهد، متضرر می‌شود در این مورد، مبلغ تعیین شده وجه التزام نامیده می‌شود و همان مبلغ مورد نظر قرار خواهد گرفت، نه بیشتر و نه کمتر و خواهان می‌تواند مستحق دریافت خسارت نقض قرارداد باشد، بی‌آن‌که نیازی به اثبات ورود خسارت به وی وجود داشته باشد. دوم؛ ممکن است، این مبلغ دارای ماهیت تهدیدی برای متعهد و تضمینی برای متعهدله به منظور اجرای قرارداد باشد که

داشتن تعهد به پرداخت مبلغ پول تعیین شده (معمولاً دو برابر ارزش خود قرارداد) در صورت نقض تعهد، اجرا تعهد را تضمین نمایند. صرف نظر از خسارات واقعی ایجاد شده به موجب نقض تعهد، رویه معمول دیگر بر اساس حقوق وثیقه، سلب مالکیت توسط مرتهن بود. اگر وام‌گیرنده، در پرداخت تمام وام و بهره در موعد مقرر قصور می‌کرد، ولو این‌که ارزش بسیار بیشتری از کل مبلغ قابل پرداخت می‌داشت. قاعده انصاف یاد شده، بعداً توسط دادگاه‌های حقوقی مورد پیروی قرار گرفت و منجر به وضع قوانین در آمریکا و انگلستان شد که این خود، مانع اجرای شروط کیفری گردید. علی‌رغم نظرات مخالف و برخی گرایش‌ها در تصمیمات قضایی، عرف عدم اجرا امروزه هم ادامه پیدا کرده است. این تناقض، موجب نوعی سردرگمی و رویکردهای متناقض شده، لیکن در کامن‌لا تصویر مبهمی از حقوق که بایستی در این حوزه خاص اعمال شود وجود دارد (Hatzis, 2003: 384-385).

امروزه، در آمریکا طرفین تعهد ممکن است در مورد شروطی مذاکره کنند که پیش‌بینی غرامت به شکل مبلغ تعیین شده خسارت در صورت نقض یا اجرای ناقص باشد. این شروط قراردادی، معمولاً توسط دادگاه‌هایی که آنها را با خسارت متعارف مقایسه می‌کنند، مورد بررسی دقیق قرار می‌گیرند و اگر وجه التزام‌ها به طور نامعقولی زیاد باشند، یا بسیار نامتناسب با خسارات واقعی باشند این شروط به عنوان شروط کیفری تلقی می‌شوند و قابل اجرا نیستند، حتی اگر قرارداد ساکت باشد و هیچ خسارت مورد توافقی که در صورت نقض بایستی پرداخته شود وجود نداشته باشد. بنابراین، دادگاه‌ها خسارات متعارفی برای شخص زیان‌دیده تعیین می‌کنند. حال اگر وجه التزام‌ها قابل اجرا باشد و به خاطر در برداشتن جریمه باطل نشوند، اجرای آنها مانع از این نمی‌شود که اگر خسارات تعیین شده کفاف تمام خسارات واقعی را ندهد، متعهدله تقاضای خسارات اضافی کند، مگر این‌که در قرارداد تصریح شده باشد که پرداخت خسارات تعیین شده تنها راه جبران خسارت است.

رویه قضایی آمریکا که بسیار تحت تأثیر UCC و مجموعه‌های حقوقی است، برای قابل اجرا بودن خسارات تعیین شده دو شرط را بیان می‌کند:

نخست؛ مبلغ تعیین شده، باید معقول باشد، اگر هیچ خسارت واقعی وجود نداشته باشد، معمولاً خسارات تعیین شده اجرا نمی‌شوند و وقتی خسارت واقعی بسیار کمتر است، اغلب به عنوان دلیلی برای خسارات تعیین شده نامعقول، تلقی می‌شود. دوم؛ در صورتی که ارزیابی و یا اثبات خسارات احتمالی

در این صورت این مبلغ کیفر نامیده می‌شود.

در انگلستان، تشخیص ماهیت وجه التزام دارای آثار مهمی است که قاضی باید چنین امری را تشخیص دهد. در نظام حقوقی این کشور، وجه التزام لازم‌الاجرا است، اما شرط کیفری (جبران خسارت بیش از حد) که فراتر از خسارت ناشی از نقض قرارداد به وجود آمده، لازم‌الاجرا نیست. شرط کیفری، تلاشی برای جبران خسارت واقعی نیست، بلکه به منظور تهدید متعهد به اجرای قرارداد ایجاد شده است. وجه التزام و شرط کیفری گرچه بسیار نزدیک به یکدیگر هستند، اما وجه التزام، وسیله رفع عدم تعیین خسارات است، چون طرفین می‌توانند مسئولیت احتمالی را در صورت نقض قرارداد تخمین بزنند، البته کنترل بر محتوای چنین شروطی و معین نمودن هر یک از این دو ماهیت در قالب قواعد اساسی که دادگاه‌ها به وجود آورده‌اند صورت می‌گیرد. چنانچه دادگاه‌ها تشخیص دهند که این شرط وجه التزام است و هدف از آن، تعیین مبلغ خسارت جایگزین عدم انجام تعهد است شرط صحیح و لازم‌الاجرا است، حتی اگر مبلغ بیشتر یا کمتر از ضرری باشد که واقعاً متحمل می‌گردد، در حالی که هدف از شرط کیفری، تنبیه ناقض قرارداد است و دادگاه‌ها بر این اعتقادند که هدف غیر مجاز است، چنین شرطی باطل و بلااجرا است. تشخیص وجه التزام از شرط کیفری، تنها بر اساس قصد طرفین در هنگام انعقاد قرارداد میسر است و این امر که طرفین شرط را وجه التزام توصیف کنند و یا آن را شرط کیفری بدانند، هر چند عامل مهمی است اما قطعی نیست و دادگاه‌های انگلیس، قواعد ساختاری متعددی را ایجاد کرده‌اند که با تکیه بر آنها، بین وجه التزام بودن یا نبودن شرط، تصمیم‌گیری می‌کنند. دادگاه‌ها به قصد متعادلین، توجه می‌کند تا شکل بیان آنها، چرا که طرفین عقد ممکن است مبلغی را وجه التزام نامیده باشند، اما دادگاه‌ها دریابند که این شرط، شرط کیفری است و همچنین شرایط اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد تعیین کننده می‌باشد (اسکینی، ۱۳۶۷: ۵۰-۴۸؛ زمانی، ۱۳۸۴: ۳۷-۳۵؛ مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۱۲-۱۱۱). مهم‌ترین تفاوت (حدافل در تئوری) با حقوق آمریکا آن است که حقوق انگلستان، به دنبال یک ارزیابی معقول از خسارات نیست، یعنی واقعی ارزیابی شود و مورد قضاوت قرار گیرد، اما به دنبال قصد واقعی طرفین در ارزیابی خسارات احتمالی است. با این حال، مبلغ تعیین شده، نبایستی نسبت به بیشترین خسارتی که احتمالاً به دنبال نقض قرارداد می‌توانست ثابت شود گزاف و نامعقول باشد (Hatzis, 2003: 387).

باید توجه داشت که دادگاه‌های انگلستان، معمولاً در موارد

ذیل وجه التزام را اجرا نمی‌کنند:

- وقتی مبلغ تعیین شده، بسیار بالاتر از خسارات احتمالی بعد از نقض باشد.
  - وقتی مبلغ اختیاری برای تمام نقض‌های محتمل، مستقل از خسارات وجود داشته باشد.
  - در مورد تعهدات کیفری پنهان شده.
  - در انواع غرامت‌هایی که به خوبی در رویه تجاری و عرف تجاری نهادینه نشده‌اند.
  - جایی که طرفین در توافق خود به صراحت ذکر کرده‌اند که مبلغ تعیین شده، به عنوان جریمه یا کیفر است، مگر دادگاه خلاف آن را احراز کند (مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۱۳).
- در دهه ۱۹۸۰ به موازات احیاء آزادی قراردادها، مجلس اعیان انگلستان، با وسواس بسیاری، تفسیر تصمیمات قبلی و نیز شروط قراردادی را آغاز نمود تا عدم اجرای شروط کیفری را محدود نماید. در نتیجه آن، شروط کیفری را که جبران خسارت مورد انتظار بودند را اجرا نمودند و اساساً عدم قابلیت اجرا را محدود به موارد مربوط به جریمه‌های بسیار نامتناسب تنها در مقایسه با خسارت واقعی نمود (Hatzis, 2003: 388). انگلستان به دنبال کارایی اقتصادی، با تلاش برای اجرای خواسته‌های طرفین، شروط کیفری را خصوصاً بین طرفین تجاری نافذ می‌داند (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۵) و به رویکرد حقوق نوشته نسبت به وجه التزام رو کرده‌اند. با این وجود، تلاش دادگاه‌های کامن‌لا برای تلفیق رویه قضایی و دیدگاه‌های جدیدشان در مورد شروط کیفری منجر به نامعین بودن قانون شده است (Hatzis, 2003: 388).

### ب: وجه التزام در حقوق نوشته

شروط کیفری در اروپا، از دوران روم باستان قابل اجرا بوده‌اند، که در همه نوع معامله به کار گرفته می‌شدند. این شروط نه تنها توسط دادگاه‌ها اجرا می‌شدند، بلکه دلیل منطقی اعمال آنها، کمک به متعهدله برای جبران خسارات واقعی (خصوصاً تضمین منابع غیر مالی)، کاهش هزینه‌های معاملاتی و وادار کردن متعهد به اجرای تعهد طبق شرایط قرارداد بود. زمانی که خسارات تعیین شده، بالاتر از خسارات واقعی بودند باز هم قابل اجرا بودند، ولی با تأکید قانون کلیسا بر اصول اخلاقی و حمایت از مدیون منجر به نگرش منصفانه‌تر شد، اما تنها تا قرن نوزدهم، سپس نگرش لیبرال حقوق کلاسیک رومی توسط مجموعه قوانین رومی احیاء گردیده و سرانجام رواج یافت، اگرچه برخی از محققان با نفوذ، نظیر پاتیر پیش‌تر از اجرای محدود شروط کیفری حمایت کرده

بودند. امروزه، حقوق قراردادهای اروپا وفادار به حقوق رومی و اجرای شروط کیفری (حتی شروط گراف) است. بر اساس سیستم‌های حقوق نوشته، هیچ دلیلی برای تمایز شروط کیفری از وجه التزام وجود ندارد؛ چون هر دو قابل اجرا هستند، با این حال، وقتی که یک شرط کیفری گراف است، دادگاه‌ها اختیار کاهش آن به مبلغ معقول را حفظ کرده‌اند، اما تنها اگر متعهد درخواست کند. با این وجود، دادگاه‌ها کلاً در موارد استثنایی به این اختیار متوسل می‌شوند (Hatzis, 2003: 389).

### نخست: حقوق اروپایی

بیشترین پیشینه قانونگذاری و حتی قضایی، در خصوص وجه التزام را می‌توان در حقوق فرانسه یافت. مطابق ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، قاضی نمی‌توانست مبلغ شرط کیفری را افزایش یا کاهش دهد، ولو این که او کیفر را ناکافی یا گراف ارزیابی کند. آنچه که در ماده ۱۲۳۱ قانون مذکور به عنوان یک قاعده تکمیلی مجاز بوده است، تعدیل شرط کیفری در صورت اجرای قسمتی از قرارداد بود که آن نیز منوط به شرایطی از جمله تجزیه‌پذیری تعهد و فقدان شرط خلاف توسط متعاقدین می‌گردید. ملاحظه رویه قضایی کشور فرانسه، قبل از اصلاحیه قانونی سال ۱۹۷۵ نشان می‌دهد که دیوان کشور، قاطعانه قاعده مذکور در ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی را مبنی بر تعرض‌ناپذیری شرط کیفری را حفظ نموده است، ولو این که شرط کیفری در مقایسه با خسارات واقعی، بسیار گراف یا بسیار ناچیز باشد، به طوری که حتی قاضی اجازه نداد، در صورت اثبات حوادث غیر قابل پیش‌بینی به اصلاح وجه التزام مبادرت کند. این در حالی است که دادگاه‌های تالی، به طور طبیعی تمایل داشته‌اند تا کیفرهای گراف را به مبلغ زیان واقعی تقلیل دهند. لذا با استفاده از مفاهیم برخاسته از نظریه عمومی تعهدات، با هدف اعاده انصاف و تعدیل شرط کیفری گراف تلاش نمودند. (مانند سبب تعهد، تقلب نسبت به قانون و...) ولی دیوان کشور فرانسه به طور انعطاف‌ناپذیری اعلام داشت که شرط کیفری تعیین‌کننده خسارت قابل پرداخت توسط مدیون در فرض عدم اجرای تعهد است و تنها به عنوان ضمانت اجرای تخلف مدیون عمل می‌کند. به این ترتیب، یک بن‌بست کامل در تعدیل شرط کیفری به وجود آمد. از سال ۱۹۷۰ برخی از حقوقدانان با تکیه بر آموزه‌های تاریخی و حقوق تطبیقی، به صراحت درخواست انجام اصلاحیه قانونی را مطرح کردند، تا قاضی توانایی تجدید نظر در شروط کیفری گراف را داشته باشد و دیوان کشور مذکور هم ضرورت اخلاقی عدم اجرای شروط کیفری گراف را مورد تأکید قرار داد.

سرانجام قانون ۹ ژوئیه ۱۹۷۵ متضمن اصلاح مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۳۱ قانون مدنی امکان کنترل قضایی بر شروط کیفری را فراهم آورد. تدوین کنندگان قانون مذکور، فواید شرط کیفری را به رسمیت شناختند به طوری که با پذیرش اصل شرط کیفری صرفاً راهکاری برای مبارزه علیه سوءاستفاده‌های آشکار وضع نمودند. مبنای این اصلاحیه را می‌باید در عدالت و انصاف جستجو کرد. این دیدگاه، به ویژه از نیمه دوم قرن بیستم به عنوان نظم عمومی اقتصادی تبلور یافت. ارتباط تعدیل شرط کیفری با نظم عمومی، مقتضی آن است که قاضی بتواند بر اساس تصمیم خود و بدون نیاز به درخواست اصحاب دعوی، به تعدیل شروط گراف یا ناچیز مبادرت کند. قانون ۱۱ اکتبر ۱۹۸۵ نیز بر آن صحنه گذاشت. در پاراگراف دوم ماده ۱۱۵۲ آمده است «... با وجود این، قاضی می‌تواند کیفر مورد توافق را کاهش، یا افزایش دهد اگر کیفر به طور آشکار گراف یا ناچیز باشد هر شرط مخالفی، نانوشته محسوب می‌شود». به این ترتیب، اصل نیروی الزام‌آور شرط کیفری پابرجا باقی می‌ماند و مداخله قاضی تنها یک استثنا محسوب می‌شود و در صورتی قابل اعمال است، که عدم تناسب جدی بین کیفر و خسارت وجود داشته باشد. همچنین ماده ۱۲۳۱ قانون مذکور که تقلیل شرط کیفری را در یک مورد پیش‌بینی کرده است و آن، این‌که اگر تعهد به طور جزئی اجرا شده باشد کیفر قراردادی می‌تواند به وسیله قاضی، با منفعی که اجرای جزئی برای متعهدله فراهم کرده است، کاهش یابد (اسکینی، ۱۳۶۷: ۵۶-۵۱؛ قربان وند، ۱۳۸۴: ۹۱-۹۰؛ مقصودی، ۱۳۹۰: ۱۰۶-۱۰۵؛ انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۷).

علاوه بر فرانسه، دیگر کشورهای اروپایی نیز در رابطه با وجه التزام مقررات قانونی را وضع نموده‌اند. نقطه عطف در تغییر از جرمه نامحدود حقوق کلاسیک رومی به نگرش جدید منصفانه، پیش‌نویس قانون مدنی آلمان بود که اختیار قاضی برای محدود کردن نظریه‌های کیفری افراطی در آن ایجاد شد.

طبق ماده ۳۲۳ قانون مدنی آلمان، وقتی معقول بودن شرط کیفری توسط دادگاه‌ها بررسی می‌شود و خسارات غیر مالی و ارزش‌های شخصی باید در نظر گرفته شوند. با این حال، این اختیار دادگاه‌ها در قراردادهای تجاری بین تجار اعمال نمی‌شود بر اساس قانون آلمان، اگر خسارات بیشتر از مقدار عادی مورد انتظار در مواردی باشد که این توافق اعمال می‌شود یا مانع طرف دیگر از اثبات این امر شود که طرف تعیین‌کننده خسارات یا هیچ خسارتی متحمل نشده یا از اساس خسارات پایین‌تر از مقدار تعیین شده بوده است، این شرط وجه التزام در قرارداد نمونه استاندارد باطل است. همچنین در مواردی که خسارت واقعی،

بالتر از مبلغ تعیین شده باشد و طبق حقوق تعهدات آلمان و سوئیس، جریمه میزان حداقلی از خسارات را تعیین می‌کند و اگر وجه التزام موجب حمایت کافی نشود، متعهدله می‌تواند تقاضای خسارات متعارف را کند، مگر این‌که به طور قطع در قرارداد تصریح نماید که پرداخت خسارات تعیین شده باید تنها راه جبران خسارت باشد (Hatzis, 2003: 399-400).

## دوم: حقوق ایران

به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۲۳۰ قانون مدنی، می‌توان وجه التزام را در حقوق ایران دارای ماهیت خسارت دانست «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی بعنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را بیشتر یا کمتر از آن چه ملزم شده است محکوم کند». مقرر مزبور، تنها مجوزی است که در قانون مدنی، به امکان تعیین وجه التزام در قرارداد تصریح نموده و به آن اعتبار می‌بخشد. استفاده از لفظ (در به عنوان خسارت) توسط قانون‌گذار در این ماده، به وضوح نشان‌گر آن است که از نظر مقنن ایرانی، وجه التزام طبیعت خسارت دارد. هر چند، علی‌رغم آن‌که وجه التزام را خسارت دانسته است، اما آن را مقطوع و غیر قابل تعدیل نیز اعلام می‌کند، اکثریت حقوقدانان نیز از وجه التزام به عنوان شکلی از خسارت (خسارت قراردادی از پیش تعیین شده) یاد می‌کنند.

اطلاق ماده ۲۳۰ درباره خسارت بودن وجه التزام، تا جایی است که گویی تنها شکل معتبر وجه التزام در حقوق ایران، صورتی است که طرفین قصد معین نمودن میزان خسارت قراردادی را دارند. این در حالی است که در وضعیت حقوقی کنونی، با قراردادهایی مواجه می‌شویم که منظور اصلی متعاقدین از پیش‌بینی وجه التزام در قرارداد، معین نمودن میزان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای تعهد نبوده، بلکه بیشتر تضمین اجرای تعهد و تعیین جریمه‌ای برای متخلف تعبیر منظور آنان بوده است. البته هر چند این قسم از وجه التزام کاهش یافته است، اما از بین نرفته است. در پاره‌ای از قراردادها که طلبکار به اجبار متعهد و دسترسی یافتن به موضوع قرارداد اطمینان ندارد، برای آن‌که ضمانت اجرای موثرتری ببیند شرط وجه التزام می‌کند، بدون این‌که به رابطه آن با خسارت واقعی توجه داشته باشد. برای مثال، خریدار قولنامه‌ای که می‌بیند هنگام تنظیم سند رسمی حق عینی بر زمین مورد قرارداد پیدا نمی‌کند در صورتی که متعهد ملک را به دیگری بفروشد، به سادگی نمی‌تواند ابطال معامله را بخواهد و زمین را از تصرف خریدار خارج سازد. از سوی دیگر، این احتمال وجود دارد که فروشنده به عمد تشریفات مقدماتی انتقال را فراهم

نسازد، تا خریدار با بن‌بست روبه‌رو شود. به ناچار بهترین راه را در این می‌بیند که با قرار دادن وجه التزام اجرای پیمان را تضمین کند، تا اگر به ملک دسترسی نیابد دست کم بتواند آن مبلغ را بابت خسارت یا کیفر مدنی بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۴۱). در چنین مواردی که طرفین تنها نظر به تعیین خسارت ندارند، بلکه قصد تضمین قرارداد و ایجاد ضمانت اجرای انجام تعهدی را دارند، می‌توان گفت که وجه التزام علاوه بر چهره خسارت، چهره کیفری نیز دارد. می‌توان چنین اظهار کرد که علی‌رغم این‌که ماده ۲۳۰ به لفظ خسارت بودن وجه التزام، تصریح می‌کند، اما با این همه، در حقوق ایران هیچ نص قانونی یا دلیلی نیز که موجب اعتباری وجه التزام در شکل کیفری آن باشد وجود ندارد؛ زیرا طرفین خود بر این نوع وجه التزام توافق نموده‌اند. در این مورد حتی ماده ۱۰ قانون مدنی نیز می‌تواند مؤید صحت چنین توافقی باشد، گو این‌که وجه التزام با چنین ماهیتی گرچه مورد تصریح قانونی واقع نشده، اما هیچ نص قانونی نیز خلاف آن وجود ندارد. اراده طرفین و آن‌چه آنان خواسته‌اند مورد احترام قانون‌گذار می‌باشد و لذا اشکالی به نظر نمی‌رسد که هرگاه آنان بخواهند مبلغی به عنوان وجه التزام معین نمایند، که در صورت تخلف یا تأخیر یک طرف پرداخت شود، بدون آن‌که خسارتی وارد شده باشد. به نظر می‌رسد، آن‌چه به عنوان وجه التزام پرداخت می‌شود در واقع چیزی جز جریمه متعهد متخلف نیست، به ویژه آن‌که در موردی که طرفین مسلماً از این امر آگاهی دارند که در صورت عدم اجرای تعهد یا تأخیر اجرای آن خسارتی بر متعهدله وارد نمی‌شود و یا حداقل می‌دانند که اگر خسارتی نیز وارد آید، بسیار اندک خواهد بود. با این حال، وجه التزام را در قرارداد خود ذکر می‌کنند. این امر، نشانگر مقصود اصلی آنان یعنی تضمین اجرای تعهد و تنبیه متخلف است.

می‌توان چنین استدلال کرد در چنین مواردی که خسارتی در اثر عدم انجام تعهد، یا تأخیر در انجام تعهد متوجه متعهد نمی‌شود وجه التزام با این‌که ماهیت خسارت خود را حفظ می‌کند، لکن در واقع عمده اثر وجه التزام آن است که صرف چنین توافقی، از نظر مقنن اماره قانونی بر ورود خسارت دانسته می‌شود. لذا بر اساس این اماره قانونی، نیازی به اثبات ورود خسارت به متعهدله وجود ندارد و ضرورت ندارد که لزوماً خسارتی به او وارد شده باشد و ورود خسارت به او نیز محرز گردد بلکه همین که طرفین بر پرداخت مبلغی مقطوع به عنوان خسارت عدم انجام تعهد یا تأخیر اجرای آن توافق نمایند این توافق لازم‌الاجرا و الزام‌آور است و اماره قانونی بر ورود خسارت تلقی می‌گردد. البته ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مؤید صحت و اعتبار این توافق است و صرف توافق دو طرف، موجب ایجاد تعهد تبعی متعهد بر پرداخت وجه التزام

قرار داده می‌شوند (خلیلی عراقی، ۱۳۷۳: ۳). در این بخش، تحلیل اقتصادی وجه التزام و تحلیل اقتصادی شرط کیفری را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

### الف: تحلیل اقتصادی وجه التزام

در تحلیل اقتصادی وجه التزام، مزایا و معایب آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد تا پیامدهای اقتصادی و سطح مطلوبیت آن برای طرفین توافق آشکار گردد.

#### ۱) مزایای وجه التزام:

برای وجه التزام، چندین مزیت می‌توان بر شمرد که به مهم‌ترین آنها به اختصار اشاره می‌گردد.

نخست؛ وجه التزام از مشکلات مربوط به ارزیابی خسارات بعد از نقض قرارداد جلوگیری می‌کند. در وجه التزام، خسارات از قبل برآورد می‌شوند یعنی در زمان انعقاد قرارداد و چنین توافقی مانع می‌شود که قضات خسارات را بعد از بروز مشکل محاسبه کنند. وجه التزام، ریسک خطای حقوقی را کاهش می‌دهد و این احتمال که قاضی در برآورد خسارت اشتباه کند از بین می‌رود البته این خطر که قاضی با خطا، بندی را که کیفر است اجرا کند و یا قاضی به اشتباه بند وجه التزام را اجرا کند علی‌رغم این که بدهکار قرارداد را نقض نکرده است وجود دارد (Geest, 1999: 144).

دوم؛ وجه التزام هزینه‌های معاملاتی را کاهش می‌دهد (مشکلات سنجش خسارات مورد انتظار و خسارات اتکایی، هزینه‌های دادخواهی و اجرایی، هزینه‌های اشتباهات حقوقی وقتی که اشتباه کردن در محاسبه خسارت مورد انتظار منجر به رفتار ناکارآمد می‌شود. هزینه نظارت مستقیم و... خصوصاً در مواردی که خسارات به آسانی قابل تعیین نیست وجود دارد (Hatzis, 2003: 391).

سوم؛ وجه التزام محاسبه ریسک‌ها را تسهیل می‌کند، چون تردید و عدم قطعیت را برطرف کرده و به برنامه‌ریزی برای آینده توسط طرفین قرارداد کمک می‌کند. در واقع، وقتی طرفین ریسک‌گریز هستند، خسارات تعیین شده توسط طرفین، ریسک قراردادی را به نحو مطلوبی تخصیص خواهد داد؛ زیرا پرداخت وجه التزام برابر با پرداخت خسارت مطلوب است.

چهارم؛ وجه التزام مسئولیت دو برابری در حاشیه ایجاد می‌کند، یعنی انگیزه‌ای برای متعهد می‌شود که مقدار بهینه‌ای از هزینه‌های احتیاطی و پیشگیری را ایجاد کند و دوم مشورتی برای متعهد است برای عدم ایجاد هزینه‌های اتکایی؛ زیرا خسارت

می‌گردد و فرقی نمی‌کند خسارتی به متعهدله وارد شده باشد یا نه. اگر وجه التزام، تنها ماهیت خسارت داشته و اصولاً اماره ورود خسارت باشد، پس قاعدتاً خلاف این اماره باید قابل اثبات باشد، یعنی تعهد نیز باید دارای این امکان باشد که بتواند ثابت کند خسارتی به متعهدله وارد نشده یا اگر خسارتی بوده کمتر از میزان وجه التزام بوده است. حال در حقوق ایران، خلاف این اماره قابل اثبات نیست و لذا همین امر نشانگر تمایل وجه التزام به شکل کیفری هم دارد. پس گرچه در ماده ۲۳۰ قانون مدنی وجه التزام تنها به عنوان خسارت اشاره شده است، ولی حالت صریح به بطلان وجه التزام کیفری ندارد (زمانی، ۱۳۸۴: ۳۷).

وجه التزام در حقوق ایران ماهیت دوگانه: جبران خسارت و جریمه عدم انجام تعهد دارد و همین ماهیت مختلط وجه التزام است که موجب می‌شود خلاف اماره، وجه التزام قابل اثبات نباشد و ادعای خلاف آن نیز در دادگاه مسموع نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۴۲).

در اثبات این رویکرد قانونگذار می‌توان به ماده ۵۰۹ قانون مدنی اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که اگر موجر در وقت معین محمول را به مقصد نرساند، مقدار معینی از مال الاجاره کم می‌شود». شرطی که در این ماده از آن یاد می‌شود، در واقع همان شرط وجه التزام است، منتها علاوه بر جنبه خسارت و جبران ضرر متعهدله، منظور اصلی متعاقدين از ذکر این شرط در عقد، ایجاد تضمینی در جهت اجرای الزام به اجرای تعهد و کیفر او در صورت سرپیچی از تعهد خویش است.

### تحلیل اقتصادی وجه التزام و شرط کیفری

برای تحلیل اقتصادی وجه التزام و شروط کیفری، بهترین شیوه تحلیل هزینه-فایده می‌باشد. تحلیل مذکور، روشی برای ارزیابی مزیت نسبی بر حسب تخصیص بهینه و کارآمد است بوده و هدف تحلیل هزینه-فایده بهبود کارایی منابع در جهت رفاه اقتصادی است. به عبارت دیگر، هدف از ارزیابی کمک کردن به انتخاب بهترین نوع تصمیم‌گیری در جهت استفاده بهینه و مطلوب از منابع است.<sup>۱</sup> تحلیل هزینه-فایده را می‌توان به ترازویی برای اندازه‌گیری تشبیه کرد، به طوری که همه مقادیر مثبت (مزایا) در یک طرف ترازو و همه مقادیر منفی (هزینه و معایب) در طرف دیگر ترازو

1. Weick, ed. (1993). Cost-Benefit Analysis and its Possible Application to the EARP Process. ESASINC, MARCH 22, www.cyberus.cam.



ثابتی در مورد نقض قرارداد و بدون توجه به هزینه‌های اتکایی که متحمل شده است دریافت می‌کند (Geest, 1999: 145).

پنجم؛ وجه التزام، نقض کارآمد را تسهیل می‌کند، زیرا طرف نقض کننده، به طور دقیق از مقدار خسارتی که باید به متعهدله در صورت نقض بپردازد، آگاه است و اگر بعد از نقض در وضعیت بهتری باشد به آسانی آن را محاسبه می‌کند. شرط جبران خسارت تعیین شده در قرارداد به عنوان یک حق مذاکره عمل می‌کند که انگیزه‌ای برای طرف نقض کننده است که منافع یک نقض کارآمد را با طرف زیان‌دیده به اشتراک گذارد.

ششم؛ وجه التزام، مانع رفتار فرصت‌طلبانه متعهد و تعدیل‌ها و نقض‌های ناکارآمد قراردادی می‌شود.

هفتم؛ اجرای وجه التزام تعارض مربوط به جبران خسارت (نقض کارآمد در برابر اتکا بهینه) را با روشی بهتر نسبت به خسارت متعارف حل می‌کند؛ زیرا اتکا و نقض به نحو کارآمد انتخاب می‌شوند (Hazis, 2003: 391).

## ۲) ایرادات وجه التزام

در برابر مزایای نهاد وجه التزام، می‌توان ایرادات و معایبی برای آن بر شمرده که به دو مورد از آنها اشاره می‌شود:

نخست؛ برآورد خسارت از قبل، از تعیین آن پس از بروز مشکل و گران‌تر تمام می‌شود؛ زیرا باید تمام شرایط در نظر گرفته شود، حتی اگر پس از بروز مشکل خسارتی تحمیل نشود. تعیین خسارت پس از بروز نقض، به اطلاعاتی در مورد همان موقعیتی که رخ داده است نیاز دارد و این روند حاوی اطلاعات بیشتری نسبت به تعیین خسارت از قبل دارد، یعنی هزینه اطلاعات برای از پیش تعیین کردن خسارت بالاتر است.

دوم؛ اگر وجه التزام، از خسارت واقعی پس از نقض بالاتر رود، متعهدله برای نقض ناکارآمد قرارداد انگیزه دارد ولی متعهد قرارداد آن را نقض نمی‌کند. در این‌جا متعهدله تضامین کافی دارد و گویی که قرارداد، دارای بند قمار می‌باشد. ولی اگر اطلاعات کافی نباشد و وجه التزام پائین‌تر از خسارت واقعی بعد از نقض باشد منجر به نقض ناکارآمد از سوی متعهد می‌شود (Geest, 1999: 146).

## ب: تحلیل اقتصادی شرط کیفری

نظریه جرمیه، به طور مستقیم برگرفته از فرضیه عقلانیت در اقتصاد بوده است. فرض می‌کنیم که افراد منطقی هستند و اگر بند جرمیه را امضا کنند باید دلایل خوبی برای انجام این کار داشته باشند و قرارداد باید کارآمد باشد، در غیر این صورت

آن را امضا نمی‌کنند. با وجود این، نمی‌توان انکار کرد که شاید طرفین قرارداد متن را بدون خواندن امضا کنند و یا اطلاعات ناقص هستند و طرفی که پیش‌نویس قرارداد را آماده می‌کند آن را حاوی بندی سازد که اگر خوانده می‌شد، پذیرفته نمی‌شد و این مشکل نظری نیست و بند جرمیه، کار فردی را به ناپودی می‌کشاند و فرد دیگر را ثروتمند می‌کند که در این‌جا مداخله مطلوب است.

## ۱) مزایای شرط کیفری

نخست؛ طرفین بهتر از هر کس دیگری ارزیابی شخصی خود از کالاهای و اجرای تعهد را می‌شناسند و تصریح به خسارت‌های قراردادی ارزش‌های شخصی آنها را برآورده می‌سازند. بنابراین، در موردی که یکی از طرفین خطر گریز است و یا ارزش شخصی بالاتری برای اجرای قرارداد می‌داند و طرف دیگر، بهترین بیمه‌گر در برابر این خسارت است، از نظر طرفین منطقی است که شرط بیمه (کیفری) در قرارداد پیش‌بینی شود (اسماعیلی، ۱۳۸۸: ۴۱۲؛ انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۵). مثال: یک دانش‌آموخته دانشگاه، برای بردن دوستانش به مکان برگزاری یک مسابقه مهم بسکتبال (که تیم دانشگاه او در آن بازی می‌کند) اتوبوسی کرایه می‌کند. این فرد، نگران رویدادهای ناگواری می‌باشد. تصور کنید که اتوبوس خراب می‌شود یا هوای نامناسب مانع حرکت اتوبوس می‌شود یا ترافیک به قدری شدید است که آنها به موقع نمی‌رسند. این دانش‌آموخته برای اجرای قرارداد و رسیدن به بازی، بیش از قیمتی که برای کرایه اتوبوس پرداخته ارزش قائل است، اما این ارزش ذهنی برای اندازه‌گیری دقیق توسط دادگاه، استنباطی می‌باشد. شرکت اتوبوس‌رانی موافقت می‌کند که در صورت نقض قرارداد جرمیه تعیین شده را بپردازد. در مقابل دانش‌آموخته موافقت می‌کند که برای کرایه اتوبوس قیمتی بیش از قیمت معمول به شرکت بدهد. تفاوت بین قیمت قراردادی و قیمت معمول نشان دهنده حق بیمه نوشته شده توسط شرکت (به نفع دانش‌آموخته) می‌باشد که ضررهای ذهنی او را در صورتی که خطای شرکت مانع از حضور او در بازی بسکتبال می‌شود جبران می‌نماید (دادگر و اخوان زاده، ۱۳۸۸: ۳۳۷).

دوم؛ شرط کیفری اطلاعاتی در مورد قابل اعتماد بودن متعهد را بیان می‌کند (همان، ۱۳۸۸: ۳۳۸). یعنی به متخصصان جوان و بی‌تجربه کمک می‌کند تا اطلاعات مربوط به مسئولیت خود را با پیشنهاد نوعی تعهد کیفری بیان نمایند، یعنی پذیرش خطر با شیوه‌ای که کمترین هزینه را دارد، آنها با اعلام تعهد خود به اجرا، اعتماد متعهدله را به خود جلب می‌کنند (Hatzis, 2003: 392).

ایجاد می‌شود که بر اطمینان سرمایه‌گذار اثر می‌گذارد. ولی دلیل دیگری وجود دارد که کارآفرینانی که با سرمایه افراد دیگر و یا وام‌ها کار می‌کنند گاهی ریسک‌های تجاری بالایی متحمل می‌شوند که شیوه‌ای برای کسب درآمد می‌باشد و شرط کیفری در این موارد، از نظر اقتصادی مطلوب است و کارایی دارد، در واقع، شرط کیفری در تعهدات پولی، کارآفرینان در جستجوی سرمایه را به سمت افراد متخصص (بانک و...) سوق می‌دهد و کارایی دارد (Geest, 1999: 145).

دوم؛ گروهی مانند تسلر بیان می‌کنند که شرط کیفری دادرسی را افزایش می‌دهد؛ زیرا بند جریمه تنها با مداخله دادگاه اجرا می‌شوند؛ زیرا هر نقض قراردادی از سوی بدهکار منجر به دادرسی می‌شود و عدم قطعیت در مورد عدم اجرای شرط کیفری دادرسی را افزایش می‌دهد، ولی در اصل طرفین منطقی به دادگاه نمی‌روند و یک بررسی ساده را به دادرسی پرهزینه ترجیح می‌دهند، دادرسی بین دو طرف، زمانی است که دو طرف استنباط متفاوتی از شانس برنده شدن خود در دادگاه داشته باشند. این امر، زمانی رخ می‌دهد که نتوانند تصمیم قاضی را پیش‌بینی کنند و از سوی دیگر این، زمانی مطرح می‌شود که شرط کیفری ممنوع و وجه التزام مجاز باشد و یا این شرط گزاف باشند و قاضی باید مرزی را مشخص کند که این امر همیشه مشخص نیست (Geest, 1999: 149) و در اجرای شروط کیفری، کمتر محتمل است که جریمه سنگین‌تر منجر به نقض شود.

سوم؛ شرط کیفری (وجه التزام بیشتر از میزان واقعی) هزینه خطای حقوقی بالاتری نسبت به وجه التزام دارد؛ زیرا پذیرفتن شرط کیفری همیشه کمی ریسک به همراه دارد که حتی متعهدینی که طبق قرارداد عمل می‌کنند، قاضی شرط کیفری را نسبت به آنها اعمال کند و یا متعهد که بهینه رفتار می‌کند ولی نمی‌تواند شرایط اضطرار را اثبات نماید به اشتباه، به پرداخت مبلغی قابل توجه محکوم می‌شود. این امر را با قانون جزا مقایسه می‌کنند که اگر سیستم قضایی عالی کار کند و هر کسی منطقی عملی نماید، مجازات‌ها در این سیستم می‌تواند شدید باشد؛ زیرا در کل یک فرد منطقی اقدام به جنایت نمی‌کند؛ از این رو، هیچ‌کس به خطا محکوم نمی‌شود، اما چون سیستم قضایی نادرست عمل می‌کند، جریمه هم نباید شدید باشد که این می‌تواند در نقض قرارداد هم مطرح باشد (Geest, 1999: 148).

نگرانی عمده اقتصاددانانی که طرفدار نظریه کیفری هستند، آن است که اجرای شروط کیفری ممکن است مانع نقض کارآمد شود، وقتی وجه التزام بالاتر از خسارت واقعی باشد، در این صورت به قطع یقین ناکارآمد هستند چون متعهد را وادار به اجرا

سوم؛ با افزایش قیمت قراردادی، در اثر درج شرط کیفری متعهد برای اجرای تعهد احتیاط بیشتری به کار می‌گیرد. بدین‌سان شروط پیش‌بینی خسارت، با از بین بردن ابهام و کمک به طراحی آینده توسط طرفین محاسبه خطرات را تسهیل می‌کند. در واقع، خسارت‌های پیش‌بینی شده توسط طرفین، در صورتی که خطر گریز هستند، همواره خطر قراردادی را به طور مطلوب تخصیص می‌دهند؛ زیرا خسارت پیش‌بینی شده به وسیله طرفین، برابر با پرداخت خسارت مطلوب است و همچنین از رفتار فرصت طلبانه متعهد و اصلاح و مذاکره دوباره ناکارآمد پیشگیری می‌کند (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۵).

چهارم؛ شروط مربوط به خسارت‌های قراردادی هزینه‌های معاملاتی را کاهش می‌دهد.

پنجم؛ پیش‌بینی شروط مربوط به خسارت‌های قراردادی، بیش از حد (کیفری) نقض کارآمد را ساده می‌نماید؛ زیرا پیمان‌شکن با علم به میزان خسارت‌هایی که باید در صورت نقض به متعهدله بپردازد، به راحتی می‌تواند پیش‌بینی کند که در اثر نقض قرارداد، شرایط او بهتر است یا نه و در عین حال، از رفتار ناکارآمد در موردی که در اثر افزایش ارزش شخصی پنهانی بر ارزش بازاری و قرارداد است، پیشگیری می‌کند (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۶).

ششم؛ شرط کیفری به عنوان تفکیکی برای رسیدن و تضمین اقدام ویژه‌ای در قرارداد است تا متعهد را وادار به اقدام کند. هفتم؛ شرط کیفری جهت ضمانت اجرا برای افرادی که فعالیت تجاری خود را از طریق پرداخت با تأخیر وام، تأمین مالی می‌کنند قرار داده می‌شود، یعنی شرط کیفری در مورد وام‌ها کارایی دارد.

## ۲) معایب شرط کیفری

دیدگاه‌های مختلفی، در مورد معایب شرط کیفری توسط عالمان حقوق بیان شده است از جمله:

نخست؛ فابری معتقد بود که شرط کیفری، منجر به ورشکستگی بیشتر می‌شود و بدهکار باید مقدار بالاتری در مورد نقض قرارداد پرداخت کند و بدهکار باید مقدار بالاتری در مورد نقض قرارداد پرداخت کند. از این رو، به سادگی دچار مشکل مالی می‌شود، اگر طرف ورشکسته در روابط کاری بلند مدت با دیگران باشد آنها نیز دچار مشکل می‌شوند، اگر نپذیرند که شرط کیفری در قرارداد باشد، در زمان دریافت سهمشان از دارایی ورشکسته دچار مشکل می‌شوند و اگر استفاده از شرط کیفری گسترده باشد، در حالت رکود اقتصادی، موجی از شکست کاری

می‌کنند حتی وقتی که هزینه اجرا بیشتر از منافع خالص برای هر شخص دیگر است. بنابراین، وقتی نقض کارآمد امکان‌پذیر است و تعیین خسارات مورد انتظار می‌توانست پاسخگوی تمام خسارات واقعی باشد، یک جریمه یا یک مبلغ تعیین شده که بسیار هنگفت‌تر از مبلغ لازم برای جبران خسارت طرف زیان‌دیده بابت خسارتش است، ممکن است موجب هراس نقض‌کننده و مانع نقض شده و اجرای ناکارآمد را الزام نماید (Hatzis, 2003: 393).

این امر اثرات توزیعی دارد، در صورت یک نقض کارآمد معقول، یک شرط کیفری تنها موجب افزایش مطلوبیت کل طرفین اصلی قرارداد متناسب با حال حاضر می‌شود، ولی مطلوبیت نهایی مورد انتظار را افزایش نمی‌دهد و مانعی برای ورود ایجاد می‌کند ولی محدودیت شرط کیفری با ممانعت طرفین از تسلط نسبت به قرارداد اصلی، کارایی را افزایش می‌دهد. این استدلال در برابر نقض کارآمد تا اندازه‌ای صحیح است و به ندرت توسط محققانی که از اجرای شروط کیفری حمایت می‌کنند رد می‌شود، ولی این انتقاد بین ۳ نوع مختلف خسارت تعیین شده تمایزی قائل نشده است:

الف- وجه التزام‌های اختیاری وجود دارند که به اندازه کافی زیاد تعیین می‌شوند، تا متعهد را به اجرا وادار نمایند و مانع نقض بدون رضایت واقعی متعهد شود و بی‌ارتباط با خسارت واقعی است. این مبلغ تعیین شده، حاصل مذاکره بین دو طرف قرارداد نمی‌باشد، بلکه معمولاً بدون اطلاع درج می‌شوند، مانند شروطی که در قراردادهای نمونه استاندارد مصرف‌کننده بسیار متداول است، البته ارزش قرارداد نشان‌دهنده مجازات یا وجه التزام اضافی نمی‌باشد.

در این موارد، توافق واقعی بین طرفین در خصوص شروط کیفری که حاصل فضای انحصاری، یا وجود نقض‌هایی در شکل‌گیری است وجود ندارد و اجرای این شرط کیفری کارایی را افزایش نخواهد داد؛ زیرا علاوه بر تحمیلی بودن، مانع نقض کارآمد هم می‌شود، آنها استدلال می‌کنند که عدم اجرای شرط کیفری، با آزادی قراردادی مغایر نیست و شروط کیفری نتیجه قدرت نابرابر معاملاتی در قراردادهای مصرف‌کننده است. با این حال، تمام شروط کیفری در قراردادهای تحمیلی مصرف‌کننده نیستند و همیشه نظریه گزاف بودن با خسارت تعیین شده تحمیلی مقابله می‌کند و حتی شاید یک شرط کیفری که سنگین و تحمیلی به نظر می‌رسد، ولی نقش اقتصادی خاصی را ایفا نماید، مانند مزایای تضمینی (Hatzis, 2003: 393).

ب- یکسری شروط کیفری هستند که در قراردادها نقش

اقتصادی خاصی را ایفا می‌کنند. در این موارد، شروط کیفری به راحتی توسط طرفین پذیرفته می‌شود، به ویژه در جایی که بازار رقابتی است و یا طرفین قرارداد به اندازه کافی باتجربه هستند. این شرط، همیشه در قراردادهای تجاری وجود دارد. استدلال می‌کنند که اجرای خسارت تعیین شده که حاصل مذاکره بین طرفین است ناکارآمد بوده و مانع نقض کارآمد می‌شود و موجب محروم کردن طرفین از انتخابی که می‌خواهند داشته باشند، می‌شود ولی با توجه به این که شرط کیفری نقش اقتصادی مهمی ایفا می‌کند (مشارکت در ریسک، حمایت از ارزش‌های شخصی و...) وجه التزام خسارت واقعی را جبران می‌نماید که نقض کارآمد در این جا مسأله نمی‌باشد.

ج- دسته سومی از شروط کیفری وجود دارند که از لحاظ اقتصادی کارآمد هستند (حاصل مذاکره هستند، نقش اقتصادی خاصی را ایفا می‌کنند و در ارزش قرارداد منعکس می‌شوند) پیش‌بینی معقولی هستند، ولی در عمل گزاف‌اند. این شروط معمولاً حامی متعهدله ریسک‌گریز هستند یا در صورت فقدان اعتبار نقش اطلاعاتی ایفا می‌کنند.

به عقیده کلارکسون، اجرای این شروط کیفری موجب خطر اخلاقی می‌شود. برای مثال، انگیزه برای رفتار ناکارآمد توسط طرفین که وقتی خسارت مورد انتظار را محاسبه و به عنوان وجه التزام در قرارداد آورده‌اند، بسیار بیشتر از خسارت واقعی باشد، این بعد از افت قیمت بسیار متداول است و متعهدله نقض را به اجرا ترجیح می‌دهد؛ زیرا وجه التزام بیشتر از خسارت متعارف تعیین شده است و متعهدله با کارهایی که در دادگاه قابل اثبات نباشد، متعهد را وادار به نقض نماید و حتی می‌تواند موجب اعمال متقابل ناکارآمدتری، نظیر نظارت متعهدله، تلاش برای ممانعت از انگیزه نقض، جمع‌آوری حقایق به عنوان دلیل در دادگاه و... شود که تمامی این کارها منابع ارزشمند را تلف می‌کند و استدلال می‌کند که وقتی یک طرف، با اجرای شروط کیفری منتفع می‌شود وسیله‌ای برای واداشتن متعهد به نقض دارد که در این صورت، جریمه نباید اجرا شود. ولی باید گفت که غرامت گزاف به خاطر مشکل بودن یا غیر قابل پیش‌بینی بودن تعیین خسارت است و شاید خسارت واقعی، بسیار پایین باشد ولی مبلغ تعیین شده در این موارد ارزش مورد انتظار خسارت را تعیین می‌کند، ارزشی که می‌توانست بسیار پایین‌تر از خسارت واقعی نیز باشد. پس این مقدار اضافی یک مجازات نیست، بلکه نتیجه تخصیص قبلی ریسک برای اجتناب‌کننده (شخصی که معمولاً ریسک‌گریز است) با کمترین هزینه است. عدم اجرای تخصیص ریسک مورد توافق طرفین، نه تنها کارآمد است بلکه

نقش اقتصادی قرارداد، به عنوان مکانیسم تخصیص ریسک را متزلزل می‌کند.

به علاوه، اگر خطر واقعی وجود داشته باشد که متعهدله، وادار به نقض نماید، این می‌تواند در ارزش (قیمت) منعکس شود یا طرفین بر سر شرایط قراردادی دیگری مذاکره نمایند. وجود یک شرط کیفری در چنین صورتی، نشان دهنده آن است که منفعتی که برای متعهدله دارد بیشتر از هزینه برای متعهد است. همچنین طرفین همیشه می‌توانند یک شرط قراردادی که برای کاهش خطر فرصت طلبانه طراحی شده اضافه کنند (برای مثال اگر این نوع از رفتار اتفاق بیفتد شرط کیفری قابل اجرا نخواهد بود).

اگر یک متعهدله ریسک گریز بوده یا ارزش‌های شخصی داشته باشد می‌تواند تقاضای وجه التزام یا حتی یک شرط کیفری کند. با این حال، تنها اگر افزایش ارزش قرارداد متضمن افزایش قرارداد برای خودش باشد (که بستگی به احتمال نقض، مازاد مصرفی، مطلوبیت اضافی مصرف کننده و میزان ریسک‌گریزی او دارد) او قصد مذاکره برای چنین شرطی را دارد که در هر حال، هزینه انتقال منابع به جایی که بیشترین ارزش را دارد از طریق بازار از انجام آن توسط سیستم دادگاه ارزان‌تر است. در نهایت مشکل دیگر مطرح شده آن است که اجرای نظریه کیفری آمیخته با اصل جبران خسارت عادلانه است و این یک استدلال به کار رفته در دادگاه‌های کامن‌لا در برابر اجرای شروط کیفری است و این استدلال مربوط به دسته اول و سوم خسارات تعیین شده که در بالا ذکر شده است، می‌شود. برای دسته اول، نظریه گراف بودن و دفاهای شکلی، می‌تواند به اندازه کافی از متعهدان حمایت کند و در دسته سوم، ممکن است نگرانی بین عدالت توزیعی که مستلزم جبران خسارت عادلانه است و کارایی که مستلزم اجرای شروط قراردادی و به ویژه تخصیص ریسک قراردادی است وجود داشته باشد. یکی از اهداف اصلی حقوق قراردادهای، دست و پنجه نرم کردن با شکست در بازار که منجر به قراردادهای ناقص است و در نتیجه ارتقا کارایی می‌شود، اما هدف عمده آن صرفاً اجرای خواسته‌های طرفین است. افرادی که معامله می‌کنند، معمولاً قضاوت مطمئن‌تری راجع به منافع شخصی خود، نسبت به قاضی دارند که هیچ نفع شخصی در آگاهی مستقیم از ریسکی که طرفین هنگام امضای معامله به آن دست زده‌اند ندارد. بنابراین، اگر بنا باشد هدف حقوق قراردادهای، ارتقاء کارایی به جای اجرای تعهدات باشد، به معنای دقیق کلمه اجرای توافق طرفین تا جایی که کارایی محقق شود، ممکن است روش کارآمدتری برای دستیابی به این هدف نسبت به رد توافق

(در آن هنگام که ناکارآمد به نظر می‌رسد) باشد.

در مورد مسأله شروط کیفری، وجه التزام بیش از حد خسارت واقعی، اختلاف نظر زیادی بین اقتصاددانان و نیز عالمان حقوقی در مورد آن وجود دارد. اکثر اقتصاددانان و حقوقدانان، ممکن است طرفدار اجرای شروط کیفری باشند، اما باید اذعان کنیم که اقلیت، چند استدلال قوی و منطقی در برابر اجرای شروط کیفری ارائه کرده‌اند. در بخش قبلی، تلاش نمودیم تا برخی از این استدلال‌ها را رد کنیم، اما بدون انکار کامل اساس و جوهرشان. دلیل وجود این استدلال‌ها متعارض که اغلب یکدیگر را خنثی می‌کنند آن است که بین شروط کیفری کارآمد و ناکارآمد تفاوت وجود دارد. شروط کارآمد، شروطی هستند که منظور اقتصادی دارند که مثلاً بیمه ارزان‌تری ارائه می‌دهند، هزینه معاملاتی را کاهش می‌دهند، مشارکت در ریسک را تسهیل می‌کند، موجب ساده سازی نقض کارآمد می‌شوند و مانع نقض ناکارآمد می‌شوند و موجب جبران ارزش‌های شخصی متعاقدین می‌شوند.

شروط ناکارآمد، خطرات احتمالی به همراه دارند و مجازات‌های ناعادلانه محسوب می‌شوند، یعنی صرفاً ریسک و جریمه‌های نامعقول هستند (انصاری، ۱۳۹۰: ۶۳۶)، اما اینها تقریباً به ندرت در قراردادهای تجاری بین طرفین با تجربه (خصوصاً بین شرکت‌ها) هستند. سیاست دادگاه‌های کامن‌لا در عدم اجرای تمام انواع شروط کیفری، بدون تمایز قائل شدن بین این دو، نه تنها ناکارآمد است، بلکه از لحاظ نظری، مشکل آفرین است. تعارض بین این که طرفین در کامن‌لا (حتی متعهدان باتجربه) قادر به تعیین آن نوع خسارتی که بر آن توافق کرده‌اند نیستند، اگرچه حق تغییر تقریباً تمام قواعد تخلف و طراحی قراردادی که متناسب با نیازهایشان باشد را دارند، است. آن‌چه این امر را بی‌معناتر می‌کند، آن است که دادگاه‌های کامن‌لا از اساس در مورد کفایت خسارت رسیدگی نمی‌کنند.

این سیاست، هزینه‌هایی برای طرفین قرارداد در پی دارد. برای مثال، عدم اجرای شروط کیفری که نقش تضمین حسن انجام کار را دارند موجب تضعیف شرکت‌های جدید کارآمد که قادر به رقابت با شرکت‌های قدیمی ناکارآمد نیستند، می‌شود و مضافاً علاوه بر صدمه به طرفین با تجربه عدم اجرای شروط کیفری کارآمد به اندازه کافی از طرف ضعیف‌تر حمایت نمی‌کند؛ زیرا می‌توان به راحتی از این قاعده گریخت. بنابراین، به نظر می‌رسد دادگاه‌ها باید شروط کیفری را نافذ بدانند، مگر در مواردی که گراف و ناکارآمد هستند و کارآمدترین سیاست، سیاستی است که بین شروط کیفری کارآمد و ناکارآمد تمایز قائل می‌شود.

## بحث و نتیجه‌گیری

در بررسی پیامدهای اقتصادی وجه التزام از نگاه نظام‌های حقوق نوشته و کامن‌لا می‌توان گفت، حقوق قراردادی سیستم نوشته کارآمدتر است، یا حداقل به جریان غالب علوم اقتصادی در برخورد با شروط کیفری، از کامن‌لا، نزدیک‌تر است. در نظر اقتصاددانان، چون وجه التزام توسط خود طرفین طراحی شده است، لذا بسیار بهتر از خسارات متعارفی هستند که مورد حکم دادگاه قرار می‌گیرند. طرفین، انگیزه تعیین خساراتی را دارند که پائین‌تر یا بالاتر از میزان جبران‌کننده نیستند، اما منجر به دریافت خسارت کامل می‌شوند و بهتر از هر کس دیگری می‌دانند که ارزیابی شخصی آنها از اموال، اجراها و شروطشان، مناسب معیارهای شخصیشان می‌باشد. اما حتی وقتی که خسارات در واقع پائین‌تر و یا بالاتر از میزان جبران‌کننده باشند، این ممکن است بدان معنا باشد که طرفین برای مشارکت در ریسک مربوط به تغییر آتی در شرایط اوضاع و احوال تصمیم گرفته‌اند (خسارت پائین‌تر از میزان جبران‌کننده) یا این که نوعی حق بیمه (پرداخت اضافی خسارت) را گنجانده‌اند. بنابراین، وقتی یک طرف قرارداد ریسک‌گریز است و یا ارزیابی شخصی بالایی بر مبنای اجرای قرارداد انجام می‌دهد و طرف دیگر بهترین بیمه‌گر ممکن در برابر زیانش است، آن‌گاه برای طرفین معقول است که یک شرط بیمه (شرط کیفری) در قرارداد بگنجانند (wilkinson-ryan, 2010: 644). دلیل این‌که متعهدله اغلب یک شرط کیفری را اساساً یک شرط بیمه‌ای که بر اساس یک قرارداد بیمه شخص ثالث است ترجیح می‌دهد، آن است که اغلب خسارات بیمه‌ای قادر به جبران کافی خسارات غیر مالی نیست و یک ارزش ذهنی که بسیار بیشتر از قیمت بازار است، ممکن است مستلزم حق بیمه بسیار بالا باشد. قرارداد نقض شده متضمن یک بیمه‌نامه نوشته شده توسط متعهد بر نفع متعهدله است که نباید بدون اجرا بماند. همچنین وقتی این شرط ترجیح داده می‌شود، طرفین قصد صرفه‌جویی در هزینه معاملاتی را نیز داشته‌اند. کارآمدترین سیاست در مورد خسارات تعیین شده، مستلزم تفکیک بین شروط کیفری کارآمد و ناکارآمد (تحمیلی) خواهد بود. دادگاه‌ها به طور کل باید شروط کیفری را اجرا کنند و تنها شروطی را که تحمیلی و موجب سوء استفاده و نقش اقتصادی خاصی ایفا نمی‌کنند ابطال نمایند. این ملاک کارایی، در تمام حقوق قراردادهای سیستم نوشته میسر و عملی است، مشروط بر آن‌که قضاوت در تفسیر خود از قرارداد تئوری اقتصادی را لحاظ کنند. هیچ ملاک دیگری برای تمایز بین شروط کیفری معقول و تحمیلی توسط تئوری اقتصادی وجود ندارد. این تفکیک، در

سیستم‌های حقوقی اروپایی بی‌سابقه نیست، همچنان‌که این امر در برخورد متفاوت آنها در قراردادهای تجاری و مصرف‌کننده مشخص است. طرفین می‌توانند خساراتی را تعیین نمایند که به بهترین وجه از ارزیابی ذهنی آنها حمایت می‌کند، بدون بیم آن‌که دادگاه‌ها آنها را باطل کنند. تخصیص ریسک بین طرفین هم در غرامت بالا و هم در غرامت پائین در نظر گرفته می‌شود و همچنین یک قرارداد می‌تواند، عملکردی نظیر بیمه‌نامه تحت حمایت دادگاه داشته باشد که هرگز تعادل قراردادی را آن طور که توسط طرفین تعیین شده برهم نخواهد زد. با این حال، یک تئوری اقتصادی، تفسیر را پخته‌تر می‌کند. برای مثال، با ارائه یک نما به قضاوت که به طور مسلم برای برخورد آنها با مسائلی نظیر بازدارندگی فرصت طلبانه از یک نقض کارآمد و مسأله اعتبار متخصصان جوان و تأثیر تصمیمات آنها بر تمام هزینه‌های معاملاتی ضروری است.

اوری کتز، راه حلی را پیش‌بینی کرده است که بیشتر جریمه‌ها می‌توانند به عنوان پاداش در نظر گرفته شوند. فرض کنید که فروشنده برای تعهد به تحویل کالاها برای خریدار برای آنها ۱۰۰ دلار ارزش قائل است، ۹۰ دلار از او، دریافت می‌کند به علاوه طرفین می‌خواهند مقرر دارند که فروشنده ۱۲۵ دلار خسارت برای نقض قرارداد بپردازد. اما این قید جریمه‌ای ۲۵ دلاری برای نقض ایجاد می‌کند که دادگاه‌ها ممکن است این جریمه را اجرا نکنند، مانده خالص خریدار از اجرای قرارداد جریمه برابر است با  $100 - 90 = 10$  و مانده خالص فروشنده برابر است با ۹۰ دلار. با نقض قرارداد، جریمه بازده خالص خریدار برابر است با  $35 = 125 - 90$  و بازده خالص فروشنده برابر است با  $-35 = 90 - 125$  برای افزایش احتمال اجرا توسط دادگاه، طرفین می‌توانند قرارداد را به گونه‌ای دیگر به نحوی بنویسند که پاداشی برای اجرا جایگزین جریمه‌ای برای نقض شود، اما هر دو قرارداد نتایج کلی یکسانی دارند برای نیل به این هدف، قرارداد جایگزین مقرر می‌دارد که خریدار ۶۵ دلار به فروشنده می‌دهد و ۲۵ دلار هم به عنوان پاداش اجرا به او می‌پردازد، بنابراین بازده خالص خریدار از اجرا برابر است با  $100 - 65 = 35$  و بازده خالص فروشنده برابر است با  $90 = 65 + 25$  که با حاصل قرارداد جریمه یکسان است. در صورتی که فروشنده قرارداد، پاداش را نقض کند خسارت ۱۰۰ دلاری به خریدار پرداخت می‌کند بنابراین، بازده خالص خریدار از نقض برابر است با  $35 = 65 - 100$  و از فروشنده برابر است با  $-35 = 65 - 100$  که همان نتیجه قرارداد جریمه است.

در نظام حقوقی ایران، میان شرط کیفری و وجه التزام

دوم؛ ماده ۶۱ به شورای رقابت اجازه داده است تا در صورت احراز رویه‌های ضد رقابتی دستور فسخ قرارداد، استرداد اموال دریافتی و جریمه نقدی صادر کند.

سوم؛ ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده را بی اعتبار دانسته است.

چهارم؛ ماده ۳۹۱ قانون تجارت که در رابطه با مسئولیت متصدی حمل و نقل امکان تعدیل را در مواردی که وجود تدلیس یا تقصیر عمده احراز گردد پیش‌بینی می‌کند. قاضی طبق ماده ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی اختیار دارد در قرارداد دخالت کند و امکان تعدیل قرارداد توسط وی پذیرفته شده است. در نتیجه، مفاد چنین موادی در مورد خسارت مقطوع قراردادی (م ۲۳۰ ق.م) نیز می‌تواند جاری باشد؛ زیرا وجه التزام نیز همچون سایر شروط تعیین شده در قرارداد، مورد توافق قرار گرفته است. در تبصره ۵ ماده ۳۴ قانون ثبت آمده بود که متعاملین نمی‌توانند بر بیشتر از ۱۲٪ وجه التزام تأخیر در انجام تعهد توافق کنند و اگر چنین توافقی صورت پذیرد معتبر نخواهد بود و قاضی می‌تواند مبلغ وجه التزام را تا میزان مقرر شده قانون تقلیل دهد. پس اگر امکان تعدیل و تفسیر قضایی قرارداد، حتی در مواجهه با شرط وجه التزام باشد، مانند دیگر کشورهای اروپایی (حقوق نوشته) کارآمد می‌شود، زیرا در بحث قبل ثابت شد که دادگاه‌ها شروط کیفری ناکارآمد را اجرا نمی‌کنند.

## منابع

اسکینی، ربیعا. (۱۳۶۷). «وجه التزام در قراردادهای بین المللی». مجله دفتر خدمات حقوقی و جمهوری اسلامی ایران. شماره نهم. صفحات ۴۱ تا ۹۱.

انصاری، مهدی. (۱۳۹۰). تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد. تهران: انتشارات جاودانه جنگل.

انصاری، مهدی. (۱۳۹۰). «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی». فصلنامه حقوق. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۴۱. شماره ۱. صفحات ۳۹ تا ۵۷.

زمانی، محبوبه. (۱۳۸۴). «وجه التزام در حقوق ایران، انگلیس، فرانسه». پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.

ساگدن، روبرت و آلن ویلیامز. (۱۳۷۳). مبانی تحلیل هزینه-فایده عملی. منصور خلیلی عراقی. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

شاول، استیون. (۱۳۸۸). مبانی تحلیل اقتصادی حقوق. محسن

مقطوع تفکیکی وجود ندارد. همچنین حقوق موضوعه، هیچ گونه تمایزی میان وجه التزام گزاف و اجحاف آمیز با شروط عادی توافق قائل نشده است. حقوق موضوعه نیز در صیانت از اصل لزوم قرارداد، چنان پیش رفته است که محکمه را از دخل و تصرف در وجه التزام مورد توافق طرفین بازداشته است. اقتباس ناقص از قانون مدنی فرانسه (۱۸۰۴)، باعث شده که قانون مدنی ایران بر حسب ظاهر حتی از نظام آزاد قرن نوزدهم اروپایی نیز پا فراتر گذارد و صرفاً اصل پذیرش مطلق وجه التزام را از قانون مدنی فرانسه ترجمه و تصویب نموده است. بدون آن‌که محدودیت‌های آن را نیز به همراه آورد. قانون هیچ مواردی را برای مقدار وجه التزام تعیین نکرده است و اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی اقتضاء دارد تا متعهد متخلف در صورت تقاضای متعهدله وجه التزام را پرداخت کند، هر چند که خسارتی به متعهدله نرسیده باشد. آثار سوء ناشی از اجرای بی‌قید و شرط توافق بر وجه التزام به تدریج و بعد از چند دهه از تصویب قانون مدنی نمایان شده است، به ویژه این‌که جایگاه مقرراتی جامع در حمایت از مصرف کننده در حقوق موضوعه ما همچنان خالی است و طرف ضعیف قرارداد در مقابل شروط ظالمانه مندرج در قراردادهای الحاقی ملجأ و پناهگاهی ندارد.

در رابطه با تفسیر و تعدیل قضایی قرارداد دو مصلحت متعارض وجود دارد:

نخست؛ حفظ ثبات و امنیت قرارداد، ایجاب می‌کند که دو طرف به مفاد آن پایبند باشند و دگرگونی شرایط نتواند قانونی را که خود به وجود آورده‌اند صدمه بزند.

دوم؛ انصاف، حکم می‌کند که قانون قراردادی نیز درون چارچوب پیش‌بینی‌ها اجرا شود و نتواند شرایط ناعادلانه را به متعهد تحمیل کند.

هرچند، به موجب ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران، اصل اولی عدم امکان تفسیر و تعدیل وجه التزام توسط قاضی است، ولی تأثیر پذیری قوانین جدید، از نمونه‌های خارجی، باعث شده است تا سوء استفاده از قدرت اقتصادی و تحمیل شروط ظالمانه در حقوق موضوعه مورد مخالفت قرار گیرد و امکان تفسیر قضایی قرارداد انکار ناشدنی باشد، در حقوق ایران، در مواردی نیز قانون‌گذار خود قاضی را دارای اختیار جهت تفسیر قضایی قرارداد دانسته است:

نخست؛ ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ در بند (۲-ط) سوء استفاده از قدرت اقتصادی مسلط از طریق تحمیل شروط قراردادی غیر منصفانه را ممنوع کرده است.

اسماعیلی. تهران: مجلس شورای اسلامی. مرکز پژوهش‌ها.  
 قربان‌وند، محمدباقر. (۱۳۸۴). «تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادهای». مجله کانون وکلای دادگستری مرکز. شماره ۱۸۸ و ۱۸۹. صفحات ۸۸ تا ۱۱۲.  
 کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد چهارم. چاپ دوم. تهران: شرکت انتشارات با همکاری شرکت بهمن برنا.  
 کوتسر، رابرت؛ یولن، تامس. (۱۳۸۸). حقوق و اقتصاد. یدالله دادگر؛ حامده اخوان هزاوه. تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نورعلم.  
 مقصودی، رضا. (۱۳۹۰). «تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، ایران، انگلیس». پژوهشنامه حقوقی. سال دوم. شماره دوم. صفحات ۱۰۳ تا ۱۲۹.

Aristides, N, Hatzis. (2003). "Having the cake and eating it too; efficient penalty clauses in common law and civil law". *International review of law and economics* 22. 381-406.  
 Gerrit de Geest. (1999). "penalty clauses and liquidated damages". CIAV utrecht university. [ejournal.narotama.ac.id](http://ejournal.narotama.ac.id). 141-161.  
 Tess, wilkinson-ryan. (2010). "do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment". University of Pennsylvania LawSchool. *Michigan Law Review*. Vol. 108. 633-672.  
 Steven, walt. (2011). "penalty clauses and liquidated damages". contract law and economics. USA, Massachusetts, Edward Elgar Publishing. Inc. 178-207.  
 Weick, ed. (1993). "Cost-Benefit Analysis and its Possible Application to the EARP Process". ESASINC, MARCH 22. [www.cyberus.cam](http://www.cyberus.cam).