

وجه التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی

دکتر ربیعا اسکینی

مقدمه

یکی از اصول کلی حقوق، اصل وفای به عهد است که مورد شناسایی کلیه نظامهای حقوقی جهان می‌باشد. به موجب این اصل هرکس مکلف است امری را که متعهد انجام آن بوده به مرحله اجرا درآورد و یا از انجام امری که موظف به ترک آن بوده خودداری نکند. متخلف از اصل یاد شده ملزم به جبران ضرر و زیان ناشی از فعل یا ترک فعل خویش است. به موجب ماده 221 قانون مدنی ایران: «اگر کسی تعهد اقدام امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است».

ترتیب اصولی جبران خسارت در چنین حالتی این خواهد بود که متعهدله، پس از آنکه از قبول تعهد به پرداخت خسارت مأیوس شد، به قاضی مراجعه کند. قاضی پس از رسیدگی و احراز مسئولیت، با تعیین میزان خسارت وارده، متعهد را به پرداخت

آن محکوم می‌نماید، مشروط بر اینکه طبق قاعده کلی، مدعی ثابت کند که خسارتی به وی وارده آمده و خسارت وارده به او ناشی از عدم انجام تعهدات مندرج در قرارداد از ناحیه متخلف بوده است.

به‌منظور جلوگیری از هرگونه اختلاف در میزان زیان و تسریع در جبران خسارت، در پاره‌ای قراردادهاي تجاري شرطي گنجانده می‌شود. طبق آن، در صورتیکه یکی از متعاملین از انجام آنچه قرارداد به عهده وی گذاشته خودداری کرده یا به انجام عملی مبادرت ورزد که توسط قرارداد ممنوع اعلام شده است، باید مبلغی که در قرارداد معین می‌شود،¹ به‌عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت نماید.² شرط مزبور ممکن است تنها به

1. میزان خسارت ممکن است به‌صورت رقم مشخصی در قرارداد گنجانده شود (مثلاً يك صد هزار يک) و یا به صورت درصدی از بهای مورد معامله (5 درصد ثمن، في‌المثل).

2. شرط مزبور را نباید با شرط مشابه دیگری اشتباه گرفت که ضمن آن به یکی از متعاملین اجازه داده می‌شود با پرداخت مبلغ معینی خود را از قرارداد خارج کند. شروط اخیر گرچه موضوعش تعیین قطعی مبلغی به‌عنوان خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد بوده و از این حیث با شرط ذکر شده در متن بالا مشابه است، لیکن نباید عمل متعهدي را که تخلف از قرارداد می‌کند با عمل آن کس که به‌موجب قرارداد (و در واقع به حکم قانون) از قرارداد

نفع يکي از متعاملين باشد؛ مثل اينکه فروشنده تعهد کند که کالاي مورد معامله را در مهلت معينی تحويل مشتري دهد، والا مبلغ معينی به وي بپردازد. ممکن است شرط، ناظر به منافع هر دوي متعاملين باشد، چنانکه در قرارداد بيعی که موضوع آن تحويل چند دستگاه اتومبيل است قيد شود که هر يك از طرفين در صورت تخلف از قرارداد، مبلغی به عنوان خسارت به ديگري پرداخت نمايد. قرارداد طرفين ممکن است متضمن دو شرط مستقل باشد، هر يك به نفع يکي از متعاملين: مثلاً در يك قرارداد تجاری قيد می شود که فروشنده در مدت قرارداد حق فروش کالاهای مشابه کالاهای مورد معامله را به تاجر ديگري غير از مشتري ندارد. و در شرط ديگري، خريدار متعهد می گردد که از قيمتی که فروشنده برای فروش کالا به مصرفکننده معين نموده است، عدول ننمايد، و ضمناً به نفع هر يك از متعاملين مبلغی به عنوان خسارت معين می شود که در صورت تخلف هر يك از آنان

خارج می شود، یکسان تلقی نمود. بنابراین آنچه در اين گفتار خواهد آمد الزاماً در مورد شرط اخير صدق نمی کند.

از شروط مزبور، به طرف دیگر قابل پرداخت باشد.

شروط یاد شده که در حقوق تطبیقی به «شرط جزائی»³ تعبیر می‌شود و ما به تبع قانونگذار ایران⁴ از آن به عنوان «وجه التزام» یاد می‌کنیم.⁵ سوالات متعددی را از نظر ماهوی و شکلی مطرح می‌کند. از مهمترین این سؤالات یکی چگونگی اعتبار و تأثیر حقوقی وجه التزام است؛ به خصوص هنگامی که خسارت واقعی وارده به متعهدله کمتر یا بیشتر از مبلغی می‌باشد که در شرط گنجانده شده است. سؤال دیگر این است که چنانکه اساساً هیچ‌گونه ضرر و زیانی متوجه متعهدله نشده باشد چه اثری بر وجه التزام مترتب است؟ از نظر شکلی و آیین دادرسی نیز باید به این سؤال

3. Clause pénale = Penal Clause

4. ماده 719 قانون آیین دادرسی مدنی و ماده 34 قانون ثبت.

5. آقای دکتر جعفری لنگرودی از شرط مزبور به عنوان «شرط جزایی» و آقای دکتر کاتوزیان به عنوان «شرط کیفری» یاد کرده‌اند. ما اصطلاح «وجه التزام» را در این گفتار ترجیح می‌دهیم. در واقع، شرط جزایی اعم از شرطی است که در اینجا مطالعه می‌کنیم؛ چرا که موضوع شرط جزایی ممکن است علاوه بر وجه (پول) چیزی دیگری هم باشد؛ درحالی‌که موضوع شرط مورد بحث ما وجه نقد است و اطلاق عنوان وجه التزام به آن به مقصود نزدیکتر به نظر می‌رسد.

پاسخ داد که آیا اصولاً متعهد له، برای اینکه مستحق دریافت خسارت از متعهد باشد، ناچار است ورود خسارت به خود را اثبات نماید یا صرف وجود شرط پرداخت وجه التزام و قبول آن از ناحیه متعهد برای الزام وی به جبران خسارات کافی است؟

پاسخ به سؤالات مزبور، آنجا که صحبت از قرارداد های بین المللی در میان است، مستلزم مطالعه وجه التزام از نظر حقوق تطبیقی است تا معلوم شود آیا در نظام های حقوقی مختلف نسبت به آن رفتاری یکسان می شود یا متفاوت. از طرف دیگر، خصوصیت برون مرزی این نوع قرارداد ها ایجاب می کند که جستجو شود کدام قانون حاکم بر شرط مورد نظر است.

این دو نکته را در دو بخش تحت عناوین وجه التزام از نظر حقوق تطبیقی و وجه التزام از نظر حقوق بین الملل خصوصی مورد مطالعه قرار می دهیم.

بخش اول

وجه التزام از نظر حقوق تطبیقی

از آنجا که بررسی کدیه نظام‌های حقوقی کشورها این مختصر نمی‌گذرد و از آنجا که دسترسی به منابع گوناگون در این رابطه بسیار دشوار است، در این گفتار ابتدا به چند نظام حقوقی بیگانه اشاره می‌کنیم و سپس حقوق داخلی ایران را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

1- وجه التزام از نظر نظام‌های حقوقی بیگانه

مطالعه نظام‌های مهم حقوقی جهان نشان می‌دهد که رفتار قانونگذاران و قضات کشورهای مختلف، در قبال وجه التزام، یکسان نیست. علت این امر را باید در وجود سیاست‌های عمومی متفاوت و متغیر دولت‌ها در رابطه با قراردادهای تجاری جستجو نمود. متفاوت از این جهت که هر کشوری در قبال وجه التزام، عکس‌العملی متناسب با نیازهای خویش و جدا از کشورهای دیگر نشان می‌دهد؛ و متغیر از این حیث که در درون هر کشور، در زمان‌های مختلف، با وجه التزام یکسان رفتار نشده است.

در اینجا ابتدا وضعیت حقوقی و جه التزام را در حقوق انگلیس مطالعه می‌کنیم، سپس از حقوق فرانسه و بعد از آن از حقوق آلمان در این باب سخن می‌گوییم؛ آخرین قسمت این مبحث را نیز به بررسی حقوق اتحاد جماهیر شوروی اختصاص خواهیم داد. بدین ترتیب مطالعه حقوق انگلیس به ما امکان می‌دهد که از وضع تأسیس حقوقی مورد بحث در نظام «کامن‌لا» آگاه شویم، مطالعه حقوق فرانسه و آلمان ما را از راه‌های نظام‌های رومی - ژرمنی مطلع خواهد کرد؛ بررسی حقوق شوروی نیز به‌عنوان نمونه‌ای از آنچه در کشورهای سوسیالیستی در خصوص موضوع می‌گذرد، قابل‌توجه خواهد بود.

الف - حقوق انگلیس⁶

تشخیص ماهیت حقوقی و جه التزام در حقوق انگلیس اهمیت فراوانی در اعلام نفوذ یا بطلان قانونی آن دارد. این تشخیص البته بر عهده قاضی گذاشته شده که با مطالعه شرط متنازع‌فیه اعلام خواهد

6. MARSH: "Penal clauses in contracts", liquidated damages and penal clauses in Commercial contracts", *Inte. Comp. Law Quarterly*, Oct. 1960, p. 600.

نمود که آیا طرفین به اجرای آن مکلف هستند یا خیر؟

از نقطه نظر سنتی، قاضی انگلیسی، هربار که شرطی در مقابل خود می‌بیند که در آن قید گردیده در صورتی که یکی از طرفین به تعهدات خود عمل ننماید مکلف است مبلغ معینی به طرف مقابل بپردازد، ابتدا این سؤال را مطرح می‌کند که آیا قصد طرفین از گنجاندن شرط، تعیین جریمه⁷ برای متعهد متخلف است یا اینکه متعاملین، شرط را وسیله‌ای برای تعیین مقطوع خسارت احتمالی متعهدله قرار داده‌اند؟⁸ ترتیب اثر دادن یا ندادن به شرط متنازع‌فیه بستگی به این تشخیص قاضی خواهد داشت.

این طرز برخورد قاضی انگلیسی، ریشه تاریخی دارد و به اختلافات و حسادتهای سنتی میان دادگاه‌های انصاف و دادگاه‌های کامن‌لا باز می‌گردد. توضیح این است که در قدیم دادگاه‌های کامن‌لا، بنابر اصل آزادی قراردادها، هرگونه شرط پرداخت وجه التزام را محترم شمرده و از دست زدن به

7. Penalty.

8. Liquidated damage

ترکیب آن خودداری می‌ورزیدند. این رفتار، درست برعکس رفتار دادگاه‌های انصاف بود که از قرن پانزدهم به بعد، درپاره‌ای از قرارداد که موضوعشان وجه نقد بود، شرطی را که به‌موجب آن بدهکار تعهد⁹ می‌نمود در صورت عدم پرداخت اصل و منفعت بدهی در موعد مقرر، مبلغی بمراتب بیشتر از آن به‌عنوان خسارت پرداخت نماید، غیرقابل ترتیب اثر اعلام می‌نمودند. در واقع، دادگاه‌های انصاف هرجا در اینگونه قراردادها با تقلب¹⁰ طلبکار مواجه می‌شدند و یا تأخیر بدهکار در تأدیه بدهی را ناشی از تقصیر وی نمی‌دانستند، به شرط پرداخت وجه التزام مندرج در قرارداد عمل نمی‌کردند، بلکه خود میزان خسارت واقعی را تعیین و متعهد را به پرداخت آن محکوم می‌نمودند.¹¹ این طرز عمل دادگاه‌های انصاف مدتها صرفاً در مورد تعهداتی که موضوع آنها پرداخت مبلغی وجه نقد بود

9. در خصوص تفاوت میان دادگاه‌های انصاف و دادگاه‌های «کامن‌لا» رک. به رنه دادیه، «نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر»، ترجمه دکتر صفائی، دکتر آشوری و دکتر عراقی، ص 307 به بعد.

10. Fraud.

11. MARSH: *op. cit.*, *loc. cit.*

معمول گردید؛ و لی رفته رفته در مورد تعهداتی که موضوعشان فعل یا ترك فعل از نوع دیگری نیز بود، مراعات شد. بعدها نیز، در قرن هیجدهم، هر نوع شرط مبني بر پرداخت وجه التزام - چنانچه جنبه تنبیهی¹² داشته و یا نامعقول¹³ تشخیص داده می‌شد - باطل اعلام می‌گردید.

در اثر يك تصادف تاریخی، این رویه به دادگاه‌های کامن‌لا نیز سرایت نمود. در واقع، دادگاه‌های اخیر به‌موجب قوانین 1696 و 1705¹⁴ صلاحیت یافتند تا در صورت ثبوت اینکه بدهکار اصل و فرع بدهی خود را تا هنگام تقدیم دادخواست پرداخت نموده است و یا در صورت پرداخت بدهی مزبور و هزینه‌های دادرسی، بدهکار را از عمل به وجه التزام مندرج در قرارداد معاف نمایند. در نتیجه تصویب قوانین مزبور، دادگاه‌های کامن‌لا ملزم شدند آنجا که خواسته خواهان مطالبه مبلغی به‌عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد بود، ابتدا این نکته را بررسی کنند که آیا مبلغ مورد مطالبه جنبه تنبیهی دارد یا

12. Repressive.

13. Unconscionable.

14. Administration of Justice Acts, 1696, 1705.

خیر؟ در صورت اول، دادگاه می‌بایست متعهد را صرفاً به پرداخت خسارت واقعی محکوم نماید، آن هم در صورت اثبات ورود خسارت از ناحیه متعهد له. برعکس، چنانچه دادگاه مبلغ مورد درخواست را فاقد جذبه تنبیهی می‌دید، مکلف بود به آن ترتیب اثر دهد، بدون آنکه حق داشته باشد در مبلغ معین شده تغییری دهد و یا از خواهان بخواهد ورود خسارت واقعی به خود را اثبات نماید.

این رویه هنوز هم در نظام کامن‌لا مورد عمل است. یعنی هرگاه تعیین مبلغ به‌عنوان وجه التزام، جذبه تعیین مقطوع خسارت داشته باشد، متعهد به پرداخت تمام مبلغ معین شده محکوم خواهد گردید، نه کمتر و نه بیشتر، بدون در نظر گرفتن اینکه خسارت واقعی کمتر یا بیشتر از میزان وجه التزام مقرر باشد و یا اصلاً خسارتی وجود نداشته باشد.¹⁵

اما آنچه نیاز به تعمق دارد این است که چه ملاکی برای تشخیص این نکته وجود دارد که شرط پرداخت وجه التزام، تعیین مقطوع خسارت بوده و فاقد جذبه

15. LAWSON: *Remedies of English Law*, 1972, p. 68.

تنبیهی است؟ پاسخ به این سؤال آسان نیست مگر با مطالعه آرائی که در رابطه با موضوع تاکنون صادر گردیده است. يك قاضي انگلیسی به نام «لوپس»، در خصوص این پرسش، چنین اظهار نظر نموده است:

«هرگاه قصد طرفین از تنظیم شرط، تضمین اجرای قرارداد از طریق تعیین مبلغی به صورت «جریمه»¹⁶ باشد، در این صورت وجه معین شده جنبه تنبیهی دارد؛ اما چنانچه قصد طرفین ارزیابی و تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد باشد، موضوع شرط، تعیین مقطوع خسارت تلقی خواهد شد.»¹⁷

از رأی مزبور چنین استنباط می شود که مهم نزد قاضي، قصد متعاملین است که با مطالعه مجموع محتویات قرارداد و بررسی اوضاع و احوال محیط بر آن، استنتاج می گردد. مهم این نیست که طرفین چه اصطلاحاتی در شرط گنجانده اند؛ حتی گذاردن الفاظ «جریمه» یا «تعیین مقطوع

16. Fine.

17. Law v. Redditch, Local Board (1892) l.o.b. 127, p. 132, (BENJAMIN: *op, cit*, p. 602).

خسارات» مانع آن نخواهد بود که قاضي سعي کند ارادة واقعي طرفين را - به نحوي که بيان شد - احراز کند. ولي آنچه را که اين رأي مشخص نمي‌کند اين است که در چه زمان مي‌توان بد رستي اعلام نمود که مبلغ وجه التزام جنبه «جریمه» دارد و به لحاظ تنبیهی بودنش، قابل ترتیب اثر نیست؟

به اين سؤال، قاضي ديگر به نام «لرد داندین» تا حدودي پاسخ گفته است. به نظر وي، در واقع، در موارد زير، شرط بايد «جریمه» به حساب آيد:¹⁸

«هرگاه مبلغ تعيين شده آنقدر «اعراق آميز»¹⁹ يا «نامعقول» باشد که از آخرين حد خسارت ممکن و قابلا ثبات فراتر رود؛

- هرگاه موضوع قرارداد، پرداخت مبلغی وجه نقد بوده و وجه التزام بيشتري از مبلغ مزبور باشد؛

- وقتي که در قبال حوادث متفاوت که منجر به خسارات متفاوت مي‌شوند، مبلغ واحدی معين شده باشد که در صورت

18. Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. New Garage and Motor Co. Ltd, (1915) A.C. 79. (LAWSON: *op. cit.*, *loc. cit.*)

19. Extravagant.

وقوع، تمام یا هر يك از آنها قابل پرداخت باشد.

برعکس، در صورتی که از مجموع اوضاع و احوال چنین استنباط گردد که طرفین، حین تنظیم شرط پرداخت وجه التزام، به هیچ وجه قادر به تعیین مبلغ خسارت واقعی نبوده اند، مبلغی که به عنوان خسارت مقطوع توسط طرفین تعیین شده است قابل تنفیذ می باشد.»

از مجموع ملاک های یاد شده در رأی «لرد داندین» چنین می توان فهمید که تنها بیشتر و یا کمتر بودن مبلغی وجه التزام به نسبت خسارت واقعی نیست که آن را از اعتبار ساقط می کند؛ مبلغ مزبور باید بقدری با خسارت واقعی نامتناسب باشد که نه عقل آن را بپذیرد و نه انصاف آن را حکم کند.²⁰ در چنین فرضی، قاضی می تواند مبلغ وجه التزام را - بسته به اوضاع و احوال قضیه - تغییر داده و تعدیل نماید، مشروط بر اینکه مدعی بتواند ثابت کند متحمل خسارت واقعی شده است. برعکس، در صورتی که از مجموع اوضاع و

20. Ranger v. GWR (1854) 5. H.L. Cas. 72. (LAWSON: oP. cit., p. 69.

احوال حاکم بر دعوی چنین استنباط شود که طرفین قصد تعیین پدشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد را داشته‌اند تا بدین وسیله از معضلات ناشی از مراجعه به دادگستری جلوگیری کرده باشند، حتی اگر اصولاً خسارتی نیز به متعهدله وارد نشده باشد، به حکم اصل آزادی قراردادها کوچکترین تغییری در مبلغ وجه التزام داده نخواهد شد، مشروط براینکه اصل قرارداد به علتی از علل قانونی باطل نباشد، که این خود بحث دیگری است.

ب - حقوق فرانسه

ریشه حقوق فرانسه را در خصوص این مطلب، باید در حقوق رم و حقوق مسیحی جستجو کرد. در حقوق رم، وجه التزام صرفاً جنبه تنبیه متعهد را داشت. تعهد بدهکار به صورت شرطی‌گنجانده می‌شد که به موجب آن، هرگاه بدهکار به تعهد خود عمل نمی‌نمود می‌بایست مبلغی به عنوان جریمه پرداخت نماید. این شرط که موسوم بود به "*stipulatio poenae*"، در حقیقت در مواردی بکار گرفته می‌شد که الزام متعهد به انجام تعهدش قانوناً ممکن نبود، بدین توضیح که

با الزام متعهد به پرداخت مبلغی وجه به عنوان تعهد اصلی، متعهدله می‌توانست وی را به انجام تعهد مورد نظر مجبور نماید.²¹ شرط از زبان متعهدله به صورت معلق به این عبارت نوشته می‌شد: «اگر فلان شیء را به من منتقل نکردی، قول می‌دهی فلان مبلغ را به من پرداخت کنی؟». مفهوم شرط در واقع این بود که «متعهد باید فلان مبلغ را پرداخت نماید» و این تعهد اصلی و تنها تعهد بدهکار بود. تعهد دیگر (یعنی انتقال مالکیت شیء) قابل‌ترتیب اثر نبود و تنها به صورت شرط پرداخت جریمه به متعهدله، در قرارداد گنجانده می‌شد.²²

21. شرط "*stipulatio poenae*" موارد استفاده دیگری نیز داشت. مثلاً در قراردادی، «الف» در مقابل «ب» تعهد می‌نمود که «ج» تعهدی را انجام دهد و چنانچه «ج» به تعهد مورد نظر عمل نکرد «الف» به «ب» مبلغ معینی بپردازد. چون امکان اجبار «ج» از ناحیه «الف» قانوناً وجود نداشت، چرا که «ج» تعهدی نکرده بود، و از طرفی اجبار «الف» نیز به انجام تعهدش - یعنی وادار کردن «ج» به انجام تعهد مورد نظر - غیرممکن بود، تنها راه حلی که باقی می‌ماند این بود که اگر تعهدی که «ج» می‌بایست انجام دهد انجام نمی‌گرفت، «الف» به پرداخت مبلغی به عنوان جریمه محکوم می‌شد. در خصوص موارد استعمال شرط فوق به مرجع زیر مراجعه شود:

OURILAC et DE MALAFOSSE: Droit Romain et Ancien Droit, Paris, 1961, p. 174.

22. OURILAC et MALAFOSSE: op. cit., loc. cit.

خصيصة صرفاً تنبيهي شرط، دو نتیجه به دنبال داشت²³: اول اینکه، چنانچه متعهد، امر مورد نظر متعهدله را انجام نمیداد - در مثال فوق، انتقال مالکیت شيء - میبایست تمام وجه التزام را بپردازد؛ ثانیاً هرگاه مبلغ وجه التزام برای جبران خسارت واقعی متعهدله کافی نبود، متعهد به پرداخت مبلغی بیش از وجه التزام و تا میزان خسارت واقعی محکوم میگردد.

بعدها شیوة انشای شرط تغییر پیدا کرد، بدین معنی که بدهکار مکلف به انجام دو تعهد میگردد: یکی تعهد اصلی و آن انجام امری بود که در قرارداد گنجانده شده بود، و دیگری تعهد فرعی که همان پرداخت مبلغ وجه التزام بود.²⁴ شرط اخیر، هم جنبه تنبیهی داشت و هم جنبه تعیین مقطوع خسارت. شرط به این عبارت نگاشته میشد: «قول می‌دهی که فلان شيء را به من منتقل کنی؟ اگر شيء را به من منتقل نکردی، قول می‌دهی که فلان مبلغ را به من بپردازی؟». از آنجا که شرط،

23. FLINIAUX: L'évolution du concept de clause pénale chez les conaonistes du Moyen Age, Mel. Fournier, 1929, P. 234-235 et les références citées aux notes 3 et 5.

24. Buckland: *A Tesct- Book of Roman Law*, 2 nd ed. pp. 428-429.

متضمن دو تعهد بود، - متعهدله مي‌توانست
ميان آندويكي را به ميل خود انتخاب
نمايد، براي درخواست خسارت نيز تكليفي
در اثبت ضرر ناشي از عدم انجام تعهد
نداشت.

اين خصلت دوگانه وجه التزام (وسيلة
تنبيه و وسيلة تعيين خسارت)، بعدها در
حقوق مسيحي در قرون وسطي دنبال
گرديد.²⁵ استعمال وجه التزام، در واقع
وسيله اي براي فرار از قوانين مذهبي بود
كه ربا خواري را ممنوع مي‌دانست؛ يعني
به جاي تعيين درصدي به عنوان بهره و با
خسارت ديرکرد - چيزي كه مخالف قوانين
مذهبي بود - در قرارداد قيد مي‌شد كه
هرگاه متعهد بدهي خود را در موعد مقرر
پرداخت نكند بايد فلان مبلغ را بپردازد.
در صورت عدم پرداخت بدهي در موعد مقرر،
متعهدله مستقيماً براي استرداد مبلغ
معين شده - به عنوان وجه التزام - اقامة
دعوي مي‌نمود.

اما در خصوص ماهيت و آثار شرط
مذبور ميان علماي حقوق مسيحي اختلاف نظر

25. FLINIAUX: *op. cit.*, p. 235.

وجود داشت.²⁶ عده‌ای به این عنوان که هدف وجه التزام، تعیین پیشاپیش خسارت است، متعهدله را تنها مستحق مبلغی می‌دانستند که از میزان خسارت واقعی تجاوز نکند و بدین ترتیب قاضی را مجاز می‌شمردند که مبلغ معین شده در شرط پرداخت وجه التزام را تقلیل دهد. این طرز تفکر، درست مخالف آن چیزی است که در حقوق انگلیس و بطورکلی در کامن‌لا، معمول است که – چنانکه گفتیم – در صورتی که وجه التزام جذبه تعیین مقطوع خسارت را داشته باشد، قاضی حق نخواهد داشت میزان آن را تغییر دهد. در مقابل این عقیده گروهی دیگر از علمای مسیحی معتقد بودند که هدف وجه التزام، علاوه بر تعیین خسارت، معاف کردن متعهدله از توسل به دلیل برای اثبات خسارت است و به همین لحاظ نمی‌بایست میزان آن را تغییر داد.

حقوق فرانسه تا قبل از تصویب قانون مدنی در سال 1804، نظریه اول را که توسط «دومولن»²⁷ و «پوتیه»²⁸ اتخاذ شده

26. BENJAMIN: *op. cit.*, p. 610.

27. Dumoulin.

28. Pothier.

بود، اعمال می‌نمود. «پوتیه» در کتاب تعهدات خود موضوع وجه التزام را عبارت می‌داند از جبران خسارت متعهدله از عدم انجام تعهد²⁹؛ به همین لحاظ نیز مبلغ آن را قابل تغییر می‌داند.

نویسندگان قانون مدنی، این عقیده «پوتیه» را که وجه التزام جذبه تعیین پیشاپیش خسارت را دارد، در ماده 1229 قانون مزبور گنجانند. به موجب این ماده: «وجه التزام عبارت است از جبران ضرر و زیانی که متعهدله از عدم انجام تعهد اصلی متحمل می‌شود.»³⁰ مفهوم این ماده قاعداً می‌بایست این باشد که چون قصد طرفین از گنجاندن وجه التزام در قرارداد، جبران خسارات احتمالی احد از آنها است، هرگاه مبلغ معین شده بیش از خسارت واقعی متعهدله باشد، قاضی خواهد توانست میزان آن را تقلیل دهد؛ زیرا با حکم نمودن به پرداخت مبلغ خسارت، نظر متعهدله به جبران ضررش تأمین خواهد گردید. برعکس، محکوم کردن متعهد به

29. "La peine est compensatrice des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale": traité des obligations, Paris- Orléans, 1763, I, no 342.

30. "La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale".

پرداخت وجه التزام، در صورتیکه بیش از خسارت واقعی باشد، تحمیل مجازاتی است بر وی که مورد نظر طرفین نبوده است. اما نظر واقعی قانونگذار فرانسه چنین نیست؛ زیرا در ماده 1152 همان قانون قید نموده است: «هرگاه در قرارداد مقرر شود که در صورت عدم انجام تعهد از ناحیه یکی از طرفین، مبلغی به عنوان ضرر و زیان پرداخت گردد، طرف دیگر استحقاق مبلغی بیشتر یا کمتر از آنچه شرط شده نخواهد داشت». بدین ترتیب، قانونگذار در عین قبول نظریه «پوتیه» به اینکه وجه التزام جنبه تعیین خسارت دارد، آن قسمت از نظریه او را که قاضی حق خواهد داشت میزان وجه التزام را تقلیل دهد، مردود اعلام نموده است. بنابراین، اصل براین است که متعهد نمیتواند از پرداخت مبلغ وجه التزام - به این عنوان که میزان خسارت واقعی کمتر از مبلغ معین شده است - سرباز زند و این درست همان چیزی است که در حقوق انگلیس - آنجا که وجه التزام جنبه تعیین مقطوع خسارت را دارد - صادق است.

اصل مزبور همواره مورد عمل دیوان کشور فرانسه بوده است که با وجود انتقادات شدید پاره‌ای از حقوقدانان این کشور³¹ و برخلاف آنچه در بلژیک می‌گذرد³²، از دست زدن به میزان وجه التزام خودداری کرده است.³³

سوء استفاده‌های زیادی که در عمل از قانون و رویه قضایی به عمل آمد³⁴ موجب دخالت قانونگذار و تصویب قانون نهم ژوئیه 1975 گردید. این قانون، با الهام از پاره‌ای نظام‌های حقوقی دیگر، چون حقوق انگلیس³⁵، سوئیس و ایتالیا³⁶، به قاضی اجازه داد در صورتی که وجه التزام «بوضوح اغراق‌آمیز» و یا «ناچیز» باشد، مبلغ آن را تعدیل نماید.³⁷ این راه حل

31. V. CARBONNIER: Droit civil, t. II, 1961, p. 543.

32. در بلژیک، با وجود شباهت قوانین آن کشور با قوانین فرانسه، رویه قضایی، بسیاری از شروط پرداخت وجه التزام را با استفاده از مفاهیم جهت نامشروع و یا مخالفت شرط با نظم عمومی، باطل اعلام نموده است. در این مورد مراجعه شود به:

WEILL et TERRÉ: Droit civil, les obligations, 2e éd., no 461.

33. Ibid.

34. RODIÈRE et OPPETIT: Droit commercial, contrats commerciaux, 8e éd., no 218.

35. وقتی که وجه التزام جنبه تعیین مقطوع خسارت دارد.

36. V. MALAURIE: note D. 1972, p. 585.

37. بند دوم از ماده 1152 قانون مدنی مصوب 1975 به شرح زیر است:

در واقع دنباله و مکمل راه حلی بود که قانونگذار فرانسه قبل از تصویب قانون جدید و از همان ابتدای تدوین قانون مدنی در ماده 1231 پیشبینی کرده بود که به موجب آن، هرگاه تعهد جزئاً انجام شده باشد، به قاضی اختیار داده شده است مبلغ وجه التزام را تعدیل کند. لیکن از آنجا که قانونگذار برای ماده مزبور جذبه آمرانه قائل نشده بود، متعاملین مفاد آن را با قید اینکه وجه التزام قابل پرداخت است حتی اگر قرارداد جزئاً انجام شده باشد، خنثی می‌کردند.

برای جلوگیری از اینگونه ترفندها بد که قانونگذار به ماده 1231 جمله‌ای افزود که به موجب آن هرگونه شرط مخالف مقررات آن غیرقابل ترتیب اثر اعلام گردید. بدین ترتیب، به موجب حقوق فرانسه، اصل بر معتبر و غیرقابل تغییر بودن وجه التزام است، مگر اینکه مبلغ آن بوضوح اغراق‌آمیز یا ناچیز باشد که در این صورت قاضی خواهد توانست مبلغ آن بوضوح اغراق‌آمیز و یا ناچیز باشد که در

"Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, Si elle est manifestement excessive ou dérisoire..."

این صورت قاضی خواهد توانست مبلغ معین شده را تعدیل کند. از طرفی، هرگاه حین طرح دعوی قسمتی از تعهد اصلی انجام شده باشد قاضی خواهد توانست به نسبت اهمیت آنچه که انجام شده است، از میزان وجه التزام بکاهد. استثنای دیگری نیز بر اصل مزبور وارد است و آن اینکه هرگاه میزان خسارت واقعی در اثر تقصیر عمدی³⁸ و یا تقصیر سنگین³⁹ متعهد بمراتب از میزان وجه التزام فراتر رود، دادگاه با استناد به ماده 1150 قانون مدنی و به این دلیل که مخالف نظم عمومی خواهد بود به کسی اجازه داده شود از خطا و یا سوءنیت خود سود ببرد، خواهد توانست مبلغ وجه تخلف را افزایش دهد.

در صورتی که موضوع تعهد اصلی، پرداخت وجه نقد باشد، وجه التزام متناسب با بهره قانونی معین شود، والا در آن قسمت که با قانون مطابقت ندارد، بلااثر خواهد بود.

در هر حال، تعیین خسارت به صورت وجه التزام در قرارداد نتیجه اش این است

38. dol.

39. faute lourde.

که اولاً مدعی برای اثبات استحقاق خود به دریافت مبلغ تعیین شده، نیاز به اثبات ورود خسارت ناشی از عدم انجام تعهد ندارد، زیرا خسارت در شرط فرض گردیده است و اثبات وجود وجه التزام و این نکته که تعهد اصلی انجام نشده است، برای استحقاق متعهد له به مبلغ وجه التزام کافی خواهد بود و این همان چیزی است که در مورد حقوق انگلیس نیز - آنجا که وجه التزام تعیین مقطوع خسارات تلقی می‌شود - صدق می‌کند. بعلاوه، متعهد له می‌تواند به جای مطالبه وجه التزام، تقاضای اجرای مفاد قرارداد را کرده و انجام تعهد اصلی را بخواهد (ماده 1228). در چنین فرضی مطالبه وجه التزام مورد نخواهد داشت، مگر آنکه برای تأخیر در اجرای تعهد معین شده باشد (ماده 1229). برعکس، مطالبه پرداخت وجه التزام مانع آن نخواهد بود که متعهد له، در عین حال، تقاضای فسخ قرارداد را نیز به لحاظ عدم اجرای تعهد اصلی از ناحیه متعهد، به عمل آورد.⁴⁰

40. Com. 4. juil. 1972, D. 1972, 732, note Malaurie (Cité par WEILL et TERRÉ: OP. CIT., NO 460).

1- حقوق آلمان

برخلاف قانونگذار فرانسه، قانونگذار آلمان از همان ابتدای تدوین قانون مدنی (B.G.B.)، نظریه «دومولن» و «پوتیه» رامبني بر اينکه وجه التزام قابل‌تغییر است، مورد قبول قرار داد. معذک، در آلمان وجه التزام تنها جنبه تعیین خسارت ندارد، بلکه علاوه بر آن، دارای جنبه تنبیهی است و برای اجبار متعهد به انجام تعهدش بکار گرفته می‌شود (ماده 420 قانون مدنی).⁴¹ از طرفی، نظام حقوقی آلمان، برخلاف حقوق انگلیس، تفاوتی میان وجه التزام تنبیهی و وجه التزامی که جنبه تعیین مقطوع خسارت دارد، قائل نیست: در هر دو مورد وجه التزام قابل ترتیب اثر است.

اما در حالیکه قانونگذار آلمان، در قبال وجه التزام، نرمش فراوانی از خود نشان داده است، رویه قضایی این کشور همواره کوشیده است آزادی عمل استفاده‌کنندگان از آن را محدود نماید.

41. ترجمه انگلیسی موادی که در متن می‌آید پیوست کتاب زیر است:

Arthur t. von Mehren: The Civil Law System, 1957, p. 891 et seq.

مقررات عمدة راجع به وجه التزام را باید در مواد 340 و 343 قانون مدني جستجو نمود. ماده 340 اجازه مي‌دهد تا هرگاه مبلغ وجه التزام براي جبران خسارات واقعي متعهد له كافي نباشد، وي بتواند براي وصول مبلغ زائد بر مبلغ معين شده، عليه بدهكار اقامة دعوي نمايد، مشروط بر اينكه براي مبلغ زائد، طبق قاعده كلي، در اثبات ادعاي خود، اقامة دليل كند. مع ذلك، همان‌طور كه در مورد حقوق فرانسه صادق است، قانون آلمان اجازه نمي‌دهد كه متعهد له هم تقاضاي پرداخت وجه التزام را بنمايد و هم اجراي تعهد اصلي را بخواهد، مگر در موردی كه وجه التزام براي جبران خسارت تأخير در انجام تعهد مقرر شده باشد (ماده 341). اما از آنجاکه روية قضائي آلمان⁴²، مقررات ماده 340 قانون مدني را فاقد جنبه آمرانه مي‌داند، در عمل، متعاملين مي‌توانند مقررات مزبور را در قرارداد خود نادیده بگیرند. بدین ترتیب، هرگاه در قرارداد طرفين قيد شده باشد كه در صورت تخلف، متعهد مكلف به

42. RGZ 70, 441; 112, 336. (BENJAMIN: OP. cit, p. 618).

انجام اصل تعهد و پرداخت وجه التزام است، مطابق ارادة طرفين عمل خواهد شد. همانطور که مبلغ وجه التزام، در صورتی که از میزان خسارت واقعی متعهدله کمتر باشد، قابل افزایش است، همانگونه نیز چنانچه میزان آن به نحو «بسیار نامتناسبی» بیشتر از خسارت واقعی باشد، قاضي خواهد توانست مبلغ معین شده را تقلیل دهد. قانونگذار آلمان این قاعده را که در ماده 343 قانون مدنی اینکشور آمده است، از ماده 1336 قانون مدنی اتریش مصوب سال 1811 اقتباس نموده که موافق است با طرز تفکر قضات انگلیسی در قبال وجه التزامی که تنبیهی تلقی می‌شود. قانون مدنی سوئیس نیز همانطور که گفتیم – همین رویه را اتخاذ نموده است (ماده 136).

مع ذلك، ماده 343 قانون مدنی آلمان فایده چندانی برای بدهکارانی که به شغل تجارت مشغول هستند ندارد؛ زیرا مندرجات آن، به موجب ماده 348 قانون تجارت آلمان بر عملیات تجار قابل اعمال نیست.⁴³ بدین ترتیب، هرگاه در يك معامله تجاري

43. VON MEHREN: *op. cit.*, p. 513.

شرطي گنجانده شده باشد که يکي از متعاملين، در صورت عدم انجام تعهداتش، مي‌بايست مبلغی به طرف مقابل پرداخت نمايد، قاضي حق نخواهد داشت از ميزان خسارت معين شده بکاهد، مگر آنکه اين تقليل در جهت منافع طرف غير تاجر باشد که در اين وضعيت مطابق ماده 348، در صورت عدم تناسب مبلغ مندرج در شرط با ميزان خسارت واقعي، مبلغ شرط تقليل داده خواهد شد.

از مجموع مقررات فوق چنين استنباط مي‌شود که در معاملات میان تجار، قانونگذار آلمان بيشتر منافع طلبکار را در نظر گرفته است تا بدهکار؛ زیرا طلبکار در هر حال چنانچه وجه التزام، کافي براي جبران خسارت واقعي وي نباشد، قادر خواهد بود با اثبات خسارت بيشتر از مبلغ معين شده، مابه‌التفاوت میان خسارت واقعي و مبلغ وجه التزام را دريافت دارد. برعکس، بدهکار در صورت کمتر بودن خسارت واقعي، حق مطالبه مابه‌التفاوت را نخواهد داشت. به عبارت ديگر، در صورت اخير، وجه التزام براي بدهکار مقطوع و براي طلبکار قابل تغيير

است و این وضعی است که تنها در حقوق آلمان مشاهده می‌شود.

این طرفداری قانونگذار از حقوق طلبکار در عکس‌العمل دادگاه‌های آلمان در حمایت از بدهکاران بی‌تأثیر نبوده است. در واقع، از آنجا که در آلمان برخلاف فرانسه، مواد قانونی مربوط به وجه‌التزام جذبه آمرانه ندارند، رویه قضائی آلمان کوشیده است با استناد به مواد و اصول کلی قانون مدنی از تأثیر غیرعادلانه بودن مقرراتی که در حمایت از متعهد له تدوین گردیده‌اند بکاهد. به همین خاطر است که در صورت بطلان قرارداد اصلی به وجه‌التزام ترتیب اثر داده نمی‌شود⁴⁴، خواه قرارداد تجاری باشد و خواه غیرتجاری. به علاوه، چنانچه مبلغ وجه‌التزام چنان سنگین معین گردد که بوضوح با اصل رعایت اخلاق⁴⁵ در تضاد باشد، دادگاه به استناد ماده 138 قانون مدنی وجه‌التزام را نادیده خواهد گرفت. اصل دیگر مورد استناد دادگاه‌ها برای خنثی کردن اثر وجه‌التزام، اصل حسن

44. BENJAMIN: *op. cit.*, p. 619.

45. Die gutten Sitten.

نیت در اجرای تعهدات است.⁴⁶ برای تشخیص سوء نیت، عوامل متعددی در نظر گرفته می‌شود؛ عواملی نظیر وضعیت بدهکار و اوضاع و احوالی که تحت آنها به قبول قرارداد تن داده است.⁴⁷ در پاره‌ای موارد نیز دادگاه‌ها برای باطل نمودن وجه التزام به اصل سوء استفاده از حق، موضوع ماده 226 قانون مدنی متوسل شده‌اند.⁴⁸

با وجود این همه سختگیری از جانب دادگاه‌های آلمان در این کشور، استفاده از وجه التزام در قراردادها بسیار معمول است؛ بویژه در معاملاتی که در آنها تعیین میزان خسارت واقعی، یا اصولاً غیرممکن است و یا سخت مشکل. این استقبال معلول دو چیز است: اولاً، بنابر مستفاد از مواد 339 و 345 قانون مدنی آلمان – همان‌طور که در مورد سایر نظام‌های حقوقی گفته شد – با وجود وجه التزام، بار اثبات خسارت از دوش متعهدله برداشته می‌شود؛ ثانیاً، از آنجا که مقررات قانون مدنی حقوق کامل

46. Treu und Glauben.

47. RG JW 1920, 137 (BENJAMIN: *op. cit.*, *loc. cit.*)

48. RGZ 147, 233 (BENJAMIN: *op. cit.*, 620).

متعهدله را تأمين مي‌کند، طلبکاران آلماني در تحميل وجه التزام به بدهکاران خویش در استفاده از آن به عنوان «شمشير داموکلس» تردید به خود راه نمي‌دهند.⁴⁹

2- حقوق شوروي

در نظام حقوقی شوروي، هم‌چون نظام آلمان، وجه التزام اصولاً، هم دارای جنبه تنبيهي است و به منظور اجبار متعهد به انجام تعهداتش بکار گرفته مي‌شود و هم جنبه تعیین مقطوع خسارت را دارد. این معنی از تلیق مقررات قانون مدني مصوب 1922⁵⁰ و قانون 19 دسامبر 1933 این کشور ناظر به وجه التزام استنباط مي‌گردد.

49. Esser, Les clauses pénales en droit civil et leur appréciation par les tribunaux, Inst. Dr. Comp., Rome, 1955, III, p. 475.

50. مقررات قانون مدني مصوب 1922 توس «اصول بنيادي حقوق مدني اتحاد جامعير شوروي» مصوب 8 دسامبر 1961 تغيير داده نشده است. به منظور مطالعه متن انگليسي ماده 136 اصول بنيادي مورد اشاره - که جنبه‌هاي کلي مسئوليت ناشي از عدم انجام تعهد را در بردارد- به مأخذ زیر مراجعه شود:

HAZARD, SHAPIRO, MAGGS: The Soviet Legal System, New York, 1969, p. 447.

- در خصوص نقش اصول بنيادي مزبور در سيستم قانونگذاري اتحاد شوروي و اهميت آنها نسبت به قوانين مدني جمهوريهاي مختلف این کشور، مراجعه شود به شماره 186 کتاب «نظامهاي بزرگ حقوقی معاصر» که قبلاً به آن اشاره شد.

طبق ماده 141 قانون مدني، وجه التزام عبارت از شرطي است که به موجب آن يکي از طرفين متعهد مي شود «در صورت عدم انجام تعهد و يا تاخير در انجام آن، مبلغی وجه نقد به ملکيت طرف مقابل درآورد». در چنين صورتي، «متعهدله محق خواهد بود به انتخاب خود، خسارات ناشي از عدم انجام تعهد يا مبلغ وجه التزام را دريافت نمايد و هرگاه مبلغ معين شده براي جبران خسارت تاخير در انجام تعهد و يا انجام ناقص تعهد باشد، متعهدله خواهد توانست صرفنظر از اجراي تعهد اصلي، يا وجه التزام را درخواست کند و يا خسارت واقعي را مطالبه نمايد». طبق تبصره اول همين ماده «در صورت توافق طرفين به موجب قرارداد و يا در صورت دستور قانون، متعهدله مي تواند، هم درخواست پرداخت وجه التزام را بکند و هم خسارت واقعي را مطالبه نمايد».

چنانکه ملاحظه مي شود، قانونگذار شوروي، همچون قانونگذار آلمان، به طلبکار امکان داده است در صورت عدم کفايت مبلغ وجه التزام براي جبران خسارت واقعي، مابه التفاوت خسارت خود را

پس از اثبات، دریافت دارد. بعلاوه، طلبکار می‌تواند در موردی که وجه التزام به‌مذکور جملوگیری از تأخیر در انجام تعهدات مقرر شده است، هم انجام تعهد اصلی را تقاضا کند و هم التزام را بخواهد، حتی اگر قرارداد قیدی در این جهت نداشته باشد.

در مقابل، ماده 142 قانون مدنی به دادگاه اجازه می‌دهد که «در موردی که وجه التزام «به‌نحو غیرمتناسبی» بیش از میزان خسارت واقعی طلبکار است، مبلغ معین شده را بنا به تقاضای بدهکار تقلیل دهد».

تشخیص نامتناسب بودن مبلغ وجه التزام با میزان خسارت واقعی – مانند سایر نظام‌های حقوقی – با قاضی است. ولی قانونگذار ملاک‌هایی برای تقلیل وجه تخلف در همان ماده 141 معین کرده است. در تقلیل مبلغ وجه التزام «دادگاه باید به عوامل زیر توجه داشته باشد: 1. اجرای تعهد در چه مرحله‌ای است؟ 2. طرفین در چه وضعیت مادی قرار دارند؟ 3. منافع قابل‌ملاحظه متعهد منجمله منافع مادی وی کدام است؟».

از ماده اخير چنين استنباط مي شود که با احراز شرايط بالا، قاضي مي تواند در هر مورد مبلغ وجه التزام را کاهش دهد؛ خواه وجه التزام به منظور جبران خسارت ناشي از عدم انجام تعهد باشد و خواه به منظور جلوگیری از تأخير در انجام آن معذلك، اين بدان معني نيست که قاضي بتواند در مواقعى که اصولاً خسارتى متوجه طلبکار نگردیده است، با استناد به ماده اخير، متعهد را کلاً از پرداخت وجه التزام مندرج در قرارداد معاف نمايد.⁵¹ در اینجا نیز همچون ساير نظامهاى حقوقى، وجود خسارت - قلیل هم که باشد - مفروض است و به همين خاطر تقليل مبلغ وجه التزام، مجاز ولي حذف کامل آن ممکن نيست.

قانون نوزدهم دسامبر 1933، که به آن اشاره کردیم - تغييرات چندي در قانون مدنى شوروي ايجاد نموده است:

اولاً، گنجاندن وجه التزام در تمام قراردادهاي نمونه مورد استفاده در روابط میان واحدهاي مختلف تجاري و اقتصادي دولتي الزامي گردید. منظور از

51. R.S.F.S.R. Supreme Court, Civil Appellate Division, 1926 (BENJAMIN: op. cit., p. 622).

الزامي کردن وجه التزام، اجبار بدهکاران اینگونه قراردادها به انجام دقیق و به موقع تعهدات تجاری و اقتصادی‌شان بود که برای بهبود سازماندهی اقتصادی جامعه شوروی و انجام دقیق برنامه‌های پنج‌ساله - که از سال 1929 به بعد در شوروی طرح و اجرا گردید - ضروری تشخیص داده شده بود.⁵²

ثانیاً، برخلاف مقررات ماده 141 قانون مدنی - که به موجب آن متعهدله نمی‌تواند، جز در صورت وجود قرارداد، علاوه بر اجرای تعهد اصلی، وجه التزام و خسارت واقعی را با هم مطالبه نماید و تنها می‌تواند یا وجه التزام یا خسارت واقعی را با تعهد اصلی بخواهد - مطابق قانون نوزدهم دسامبر 1933 این امر امکان‌پذیر است. بدین ترتیب، طلبکاری که متوجه می‌شود که وجه التزام برای جبران خسارت واقعی‌اش کافی نبوده است، می‌تواند متعاقباً مابه‌التفاوت خسارت واقعی و وجه التزام را - به شرط اثبات وجود خسارت بیشتر - درخواست نماید، حتی اگر

52. GRABÉ: Contractual penal clauses in Soviet Law, Moscow, 1950.

این تقاضای خود را همراه با مطالبه تعهد اصلی مطرح کرده باشد. بالاخره، قانون 1933 اجازه می‌دهد که بدون توجه به هدف وجه التزام (جبران خسارت عدم انجام تعهد یا جلوگیری از تأخیر در انجام تعهد)، متعهدله بتواند، هم اصل تعهد و هم وجه التزام یا خسارات واقعی را مطالبه نماید.

بدین ترتیب، قانون شوروی – همان‌طور که در مورد قانون آلمان گفته شد – در تنظیم مقررات مربوط به وجه التزام، بیشتر جانب طلبکار را گرفته است تا بدهکار؛ زیرا طلبکار امکان خواهد داشت که در صورت تخلف بدهکار، به انتخاب خود، یا وجه التزام را مطالبه کند یا خسارت واقعی را بخواهد و در صورتی که وجه التزام در چهارچوب قراردادهای نمونه و در روابط میان واحدهای تجاری و اقتصادی دولتی مقرر شده باشد، متعهدله می‌تواند علاوه بر اجرای تعهد اصلی، مبلغ وجه التزام یا خسارت واقعی خود را به انتخاب، مطالبه نماید. در مقابل، متعهد در شرایط بسیار سنگین، خواهد توانست تقاضای تعدیل مبلغ وجه التزام را به نفع

خود مطرح کند، بدون اینکه، به هر حال، بتواند حذف آن را به سبب فقدان کامل خسارت واقعی درخواست نماید. این نکته بخوبی می‌رساند که در عین اینکه وجه التزام در حقوق شوروی جنبه تعیین مقطوع خسارت را داشته و به منظور معاف کردن متعهد له از اثبات خسارت واقعی ایجاد شده است، بیشتر برای تضمین اجرای تعهدات و اجبار متعهد به عمل دقیق به آنها پیش‌بینی می‌گردد.

2- وجه التزام در حقوق ایران

برای مطالعه وجه التزام در حقوق ایران، بوضوح باید میان موردی که موضوع تعهد اصلی مبلغی وجه نقد است با موردی که بدهکار مکلف به انجام تعهدی غیرنقدی است تفاوت قائل گردید. تردیدهایی که در مورد وجه التزام در معاملات نوع اول، پس از انقلاب اسلامی پیش آمد، این تفکیک را ایجاب می‌کند.

الف - وجه التزام در مورد وجه نقد

در ایران تا قبل از انقلاب اسلامی متعاملین می‌توانستند همان‌طور که در مورد

وجه نقد معمول بود، در موردی نیز که موضوع تعهد اصلی پرداخت و یا استرداد مبلغی وجه نقد بود، توافق کنند که در صورت تأخیر در پرداخت، مدیون مبلغی به عنوان وجه التزام به دائن پرداخت نماید. مع ذلك، وجه التزام مزبور نمی‌توانست از بهره قانونی تجاوز نماید و هرگاه وجه التزام مقرر، از بهره قانونی تجاوز می‌نمود، دادگاه رسیدگی کننده و یا مأمور ثبت مکلف بود میزان وجه التزام را تا میزان بهره مزبور تنزل دهد.⁵³ برعکس، چنانچه وجه التزام میان طرفین کمتر از نرخ بهره قانونی مقرر می‌شد، متعهدله فقط محق در مطالبه وجه التزام بود و نه بیشتر.⁵⁴

در حال حاضر، با توجه به اصل چهل و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، معاملات ربوی به هر شکل ممنوع است و تردید نیست که تعیین هرگونه وجهی به عنوان خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهدی که موضوعش وجه نقد است، غیرمجاز

53. ماده 35 سابق قانون ثبت و ماده 719 سابق قانون آئین دادرسی مدنی.

54. ماده 34 سابق قانون ثبت و ماده 719 سابق قانون آئین دادرسی مدنی.

خواهد بود.⁵⁵ پاره‌ای قوانین خاص گذشته نیز که صراحتاً اخذ خسارت تأخیر تأدیه را مجاز دانسته بودند، پس از تصویب قانون اساسی، در آن قسمت که مطابقت خسارت تأخیر تأدیه را مجاز دانسته بودند، غیرقابل اجرا اعلام گردیدند.⁵⁶ شورای نگهبان نیز دریافت خسارت تأخیر تأدیه موضوع مواد 712 و 719 قانون آئین دادرسی مدنی را مغایر با موازین شرعی شناخته است.⁵⁷

با وجود این به نظر نمی‌رسد در صورتی که طرفین مبلغی را به عنوان وجه التزام معین نمایند تا متعهد به موقع به تعهد خود عمل نماید، بتوان چنین شرطی را مردود دانست. این نکته از اظهار نظری که شورای نگهبان در پاسخ سؤال بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

55. برای مثال مراجعه به رأی مورخ 1360/7/4 شعبه دوم دادگاه عمومی قزوین در پرونده کلاسه 60-231 که در رأی شماره 6-1361/2/27 دیوان کشور، مندرج در شماره 461 ضمیمه روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، صفحه 241، به آن اشاره شده است.

56. برای مثال مراجعه شود به ماده واحده قانون منع دریافت خسارات و جرائم و بهره مندرج در قانون تأمین اجتماعی مصوب 1361/4/16 مجلس شورای اسلامی، مندرج در روزنامه رسمی شماره 61/5/16-10907.

57. روزنامه رسمی شماره 1362/10/11-11316.

نموده است نمایان می‌باشد. سؤال بانك مركزي به‌طور خلاصه این است که آیا بانك می‌تواند شرط زیر را در قراردادهای سیستم بانکی با مشتریان خود بگنجانند یا خیر؟ متن شرط چنین است:

«در صورت عدم تسویه کامل بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر، به‌علت تأخیر در تأدیه بدهی ناشی از این قرارداد از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی، مبلغی به ذمه امضا کننده این قرارداد تعلق خواهد گرفت. از این رو وام و یا اعتبار گیرنده، با امضای این قرارداد، ملزم و متعهد می‌شود تا زمان تسویه کامل بدهی ناشی از این قرارداد، علاوه بر بدهی تأدیه نشده، مبلغی معادل 12 درصد مانده بدهی برای هر سال نسبت به بدهی مذکور برحسب قرارداد به بانك پرداخت نماید. به همین منظور وام و یا اعتبار گیرنده، ضمن امضای این قرارداد به‌طور غیرقابل برگشت به بانك اختیار داد که از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل بدهی، معادل مبلغ مورد قرارداد از حسابهای وام و یا اعتبار گیرنده

برداشت و یا به همان میزان از سایر دارائیهایی آن تملك نماید. اخذ مبلغ مقررہ موضوع این ماده مانع تعقیب عملیات اجرایی برای و صول مطالبات بانك نخواهد شد».

به سؤال مزبور، شورای نگهبان در تاریخ 1361/12/11 چنین پاسخ داده است که متن عنوان شده با اصلاح عبارت «تسویة کامل بدهی» به عبارت «تسویة کامل اصل بدهی» اشکالی ندارد و مغایر با موازین شرعی نمی‌باشد.⁵⁸

از پرسش و پاسخ بالا چنین استنباط می‌گردد که شرط مورد عمل بانك در عین اینکه جنبه تعیین مقطوع خسارت را دارد⁵⁹ بیشتر دارای خصلت تنبیهی است و برای الزام متعهد به انجام به موقع تعهدش و نتیجتاً تضمین اجرای تعهد اصلی مقرر می‌شود؛ چیزی که برای اجرای

58. روزنامه رسمی، شماره 11301 - 1362/9/22.

59. اگرچه در شرط مندرج در متن قیدی از خسارت نشده است، ولی واضح است که با تعیین اینکه میزان مبلغی که بابت دیرپرداخت طلب باید تأدیه شود معادل 12 درصد در سال خواهد بود، تنظیم‌کنندگان شرط قصد داشته‌اند خسارت حاصله از عدم پرداخت به موقع را از پیش تعیین نمایند.

برنامه‌های اعتباری توسط بانکها بسیار ضروری است.

بدین ترتیب، در مورد بانکها مسلم است که تعیین مبلغی به‌عنوان وجه التزام به منظور جلوگیری از تأخیر در انجام تعهد مجاز است، مشروط بر اینکه مبلغ معین شده در هر حال از 12 درصد طلب اصلی در سال تجاوز ننماید. اما آیا می‌توان نظر مزبور را به اشخاص دیگر به‌غیر از بانکها تعمیم داد؟ به نظر ما جواز تعیین «خسارت تأخیر تأدیه» به‌صورت وجه التزام - با توجه به اطلاق ماده 230 قانون مدنی - به بانکها محدود نمی‌شود و در مورد اشخاص دیگر نیز صادق است، زیرا بانکها خصوصیتی ندارند که قاعده بالا صرفاً در مورد آنها قابل‌اعمال باشد؛ ولی این نکته که در مورد اشخاص غیر بانک نیز مبلغ وجه التزام نباید بیش از 12 درصد اصل طلب در سال باشد، محل تردید است و مغتنم خواهد بود که شورای نگهبان در این خصوص نیز نظر خویش را اعلام نماید.

ب - وجه التزام در مورد غیروجه نقد

در مورد تعهداتی که موضوع آنها
غیروجه نقد است، تردیدهایی که در بالا
به آن اشاره نمودیم، وجود ندارد. در
واقع، از نظر غالب فقهای اسلامی گنجاندن
وجه التزام در قرارداد، منع شرعی ندارد.
جوابهای زیر که پاسخ سؤالاتی است که از
سیدمحمدکاظم طباطبایی شده است، دلیل
درست بودن وجه التزام میباشد⁶⁰:

سؤال:

«ضمن عقد لازم، شرط می‌کند که هرگاه
مستحق‌الغیر برآید مبیعی که در عقد به
او منتقل نموده، الی پنجاه سال،
پنجاه تومان مثلاً مشغول‌الذمه باشد از
برای مشتری و مجاناً به او بدهد. آیا
با ظهور استحقاق غیر... مشروط‌علیه
مشغول‌الذمه می‌شود یا خیر؟»

جواب:

«بلی، ظاهر، صحت شرط مذکور است».

سؤال دیگر:

«زید خانه یا ملک دیگر خود را منتقل
می‌نماید به عمرو به یکصد تومان... و

60. سؤال و جواب سید محمدکاظم طباطبائی، ص 146. در
مخالفت با نظر بالا به کتابهای «جامع‌الشتات»، ص 283 و
«شعائر الاسلام»، ص 281 مراجعه شود.

بعد در ضمن عقد لازم علی‌جده ملتزم می‌شود به اینکه یکصد تومان... دادنی باشد به عمرو در صورت کشف فساد. غرض از این سؤال این است که... در ضمن عقد لازم دیگر، عمرو شرط می‌نماید بر زید که حق داشته باشد در مدت پنجاه سال، در صورت کشف فساد، وجه التزامی...»

جواب:

«شرط مزبور مانعی ندارد».

از نظر حقوق موضوعه ایران نیز درج وجه التزام در قراردادها بلاشکال بوده و هست. اظهارنظرهای شورای عالی قضائی مورخ 62/7/26 و 62/8/11 جای هیچ‌گونه تردیدی در این خصوص باقی نمی‌گذارد.⁶¹ ماده اساسی در خصوص وجه التزام، ماده 230 قانون مدنی ایران است که نزدیک به ماده 1152 قانون مدنی فرانسه است:

«اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او

61. پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی، 1362، ج اول، ص 16 و 18.

را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند».

مواد دیگری نیز در این رابطه در قانون تجارت پیش‌بینی گردیده است. ماده 386 قانون اخیر، چنین مقرر می‌دارد:

«اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود... قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیاده‌تر از قیمت کامل مال‌التجاره معین نماید».

در ماده 387 همان قانون متصدی حمل و نقل در حدود ماده 386 مسئول خسارات ناشی از تأخیر تسلیم یا نقص یا خسارات بحری (آواری) مال‌التجاره معرفی شده است که «نمی‌تواند از خساراتی که ممکن بود در صورت تلف شدن تمام مال‌التجاره حکم به آن شود تجاوز نماید، مگر اینکه قرارداد طرفین خلاف این ترتیب را مقرر داشته باشد».

بدین ترتیب، قانونگذار ایران وجه التزام را تعیین مقطوع خسارت می‌داند، همان‌طور که نظریه «پوتیه» و

«دو مولن» بود و نیز در فرانسه امروز معمول است. نتیجه این خصیصه وجه التزام در حقوق ایران این است که مبلغ قابل‌تغییر نیست، بدین معنی که اولاً، قاضی نمی‌تواند مبلغ معین‌شده را تقلیل دهد، حتی اگر وجه التزام چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل تعهد باشد⁶²؛ ثانیاً، با وجود وجه التزام، تعیین خسارت دیگری ممکن نیست و قاضی نخواهد توانست متعهد را به پرداخت مبلغی غیر از مبلغ تخلف محکوم نماید، زیرا این خلاف اراده طرفین خواهد بود که از درج وجه التزام هدفی جز تعیین مقطوع خسارات ناشی از نقض قرارداد نداشته‌اند؛ ثالثاً، همان‌طور که در خصوص نظام‌های دیگر حقوقی بیان شد، استحقاق متعهد له به دریافت وجه التزام موکول به اثبات خسارت واقعی نیست، بلکه کافی است عدم انجام تعهد اصلی توسط متعهد در زمان معین در قرارداد ثابت شده و معلوم گردد که عدم انجام تعهد ناشی از خطای خود متعهد له و یا ناشی از قوه قاهره یا فورس ماژور

62. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج اول، ص 247.

نبوده و به هر حال تقصیری متوجه متعهد نیست.

ولی آیا متعهدله می‌تواند هم مطالبه وجه التزام را بکند و هم عمل به شرط را بخواهد؟ ظاهراً ماده 230 قانون مدنی دلالت بر عدم استحقاق متعهدله می‌کند. غیرقابل تغییر بودن وجه التزام این معنی را در خود مستتر دارد که قاضی نمی‌تواند متعهد را به پرداخت وجه التزام و عمل به اصل تعهد محکوم نماید، مگر در صورتیکه طرفین صراحتاً خلاف آن را در قرارداد خویش قید کرده باشند - مثل موردی که وجه التزام برای تأخیر در اجرای تعهد باشد - که در این صورت با توجه به ماده 10 قانون مدنی و عدم نص صریح مخالف در خصوص موضوع، متعهدله می‌تواند اجرای تعهد اصلی و پرداخت وجه التزام را یکجا مطالبه نماید.

بدیهی است - همان‌طور که در مورد نظامهای حقوقی دیگر صادق است - وجه التزام در صورتی قابل وصول است که هم قرارداد اصلی دارای شرایط عمومی صحت معاملات باشد و هم خود شرط پرداخت

وجه التزام. برعکس، بطلان وجه التزام موجب بطلان قرارداد اصلی نخواهد بود. چنانکه ملاحظه می‌شود، در حقوق ایران، گنجاندن وجه التزام در قرارداد همواره در جهت منفعت طلبکار خواهد بود، زیرا شرط همواره برای تأمین حقوق وی تنظیم می‌گردد. عدم امکان تغییر میزان وجه تخلف بی‌شک راه را برای سوء استفاده باقی خواهد گذاشت. مثلاً فروشنده عمده‌ای با خریداران تاجر خود ضمن قراردادی قید می‌کند که خریداران مزبور حق ندارند کالاهای مورد نیاز خود را جز از خود وی خریداری نمایند، والا بابت نقض قرارداد باید فلان مبلغ را به‌عنوان وجه التزام بپردازند. شرط مزبور، با توجه به حقوق موضوعه امروز ما قابل ترتیب اثر است. تالی فاسد این شرط نیاز به توضیح ندارد؛ مع ذلك در آثار سوء آن می‌توان گفت وجود چنین شرطی تحمیل اراده فروشنده به خریداران را تسهیل می‌کند، مضافاً به اینکه اثر تورمزایی آن از لحاظ اقتصادی، به دلیل از بین رفتن قدرت رقابت فروشندگان همان کالا در بازار غیرقابل انکار است.

به نظر می‌رسد که وقت آن باشد — همان‌طور که در مورد سایر نظام‌های حقوقی صادق است — قانونگذار ما نیز ماده 230 قانون مدنی را به نحوی تنظیم نماید که با شرایط اقتصادی زمان موجود مطابقت داشته باشد. قاضی باید اجازه یابد تحت شرایطی، از جمله اغراق‌آمیز بودن وجه التزام با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، میزان آن را تعدیل نماید. قاعده لاضرر در اسلام و حمایت ضعیف در مقابل قوی، این تخییر قانون را ایجاب می‌نماید. همین اصول نیز ایجاب می‌کنند که به مقررات ماده 230 به نحوی که تخییر داده خواهد شد، جذبه نظم عمومی داده شود تا طرفین — و در واقع طلبکار — نتوانند با قید حذف آن در قرارداد، اقدام قانونگذار را بی‌اثر سازند.

نتیجه بخش اول

در اینجا مطالعه و بررسی تطبیقی سیستم‌های حقوقی داخلی را در خصوص وجه التزام به پایان می‌بریم. ولی قبل از

آنکه بخش دوم این گفتار را آغاز کنیم به نظر می‌رسد لازم باشد به صورت خلاصه و به عنوان نتیجه‌گیری، به وضعیت حقوقی وجه التزام در سیستمهای مورد مطالعه نظری بیفکنیم. به همین منظور، ابتدا جنبه‌های ماهوی وجه التزام را از نظر می‌گذارانیم و سپس در جنبه‌های شکلی آن صحبت خواهیم نمود.

از نقطه نظر ماهوی

درنگاه اول چنین به نظر می‌رسد که در تمامی سیستمهای حقوقی داخلی این اصل مورد قبول است که وجه التزام، یک مبلغ قطعی است. به عبارت دیگر، پس از انعقاد قرارداد، قاضی اصولاً حق نخواهد داشت به تقاضای احد از طرفین در مبلغ ابتدائاً معین شده به عنوان خسارت، تغییر ایجاد نماید.

ولی این تنها ظاهر امر است، زیرا – جز در مورد حقوق ایران که در آن هنوز هم قاضی از دست زدن به میزان وجه التزام منع می‌شود، و جز در مورد حقوق انگلیس که در آن وجه التزامی که جذبه تعیین مقطوع خسارت را دارد غیرقابل تعدیل

تلقی می‌شود - در بقیه سیستم‌هایی که مطالعه نمودیم اصل قطعی بودن وجه التزام فاقد جنبه مطلق است.

در واقع در سیستم‌های حقوقی اخیر کوشش شده است تا میان اصل آزادی اشخاص در تنظیم قرارداد و فشاری که وجه التزام ممکن است بر روی متعهد وارد آورد تعادل برقرار کنند و امنیت و سلامت مبادلات اقتصادی درون جامعه را تأمین و تضمین نمایند.

این است که در اغلب سیستم‌های حقوقی موجود اصل بر غیرقابل تغییر بودن میزان وجه التزام است؛ ولی قاضی می‌تواند تحت شرایطی میزان معین شده را تعدیل نماید؛ فرقی نمی‌کند که وجه التزام جنبه تنبیهی داشته و برای اجبار متعهد به انجام تعهدش مقرر شده باشد و یا جنبه تعیین مقطوع خسارت.

اما در مورد این نکته که تحت چه شرایطی قاضی محق خواهد بود وجه التزام را تغییر دهد، در سیستم‌های داخلی تشابه کامل مشاهده نمی‌شود. در حقوق فرانسه - چنانکه گفته شد - تعدیل وجه التزام موکول به این است که میزان خسارت تعیین

شده «بوضوح جنبه اغراق آمیز» داشته و یا «ناچیز» باشد؛ فرقی نمی‌کند که معامله تجاری است یا غیرتجاری. در حقوق آلمان، شرط تغییرپذیری وجه التزام، «بسیار نامتناسب» بودن آن است و از این حیث به حقوق فرانسه نزدیک است. ولی از آنجا که سیستم حقوقی آلمان میان بدهکار تاجر و غیرتاجر فرق قائل است - یعنی وجه التزام را در مورد بدهکار تاجر مقطوع و در مورد غیرتاجر قابل‌تغییر حقوق شوری که در آن هرگاه وجه التزام «به نحو غیرمتناسبی» به نسبت خسارت واقعی تعیین شده باشد، قابل‌تعلیق است؛ طلبکار نیز می‌تواند تحت شرایطی، در صورت اثبات خسارت بیشتر از مبلغ وجه التزام، مابه‌التفاوت میان مبلغ وجه التزام و خسارت واقعی را مطالبه نماید.

از نقطه نظر شکلی

از این نظر به تنها چیزی که می‌توان اشاره کرد و در همه سیستمهای حقوقی جهان یکسان است، مسئله بار دلیل اثبات

و ورود خسارت واقعی به متعهدله است که با گنجاندن مبلغی معین در قرارداد به عنوان وجه التزام، از دوش او برداشته شده و او از اثبات این امر که آیا واقعاً متحمل خسارتی شده است یا خیر، معاف می‌گردد. در واقع، جز در مورد حقوق انگلیس - آنجا که وجه التزام را جریمه تلقی کرده و یا بلاثر نمودن وجه التزام، متعهدله را مکلف به اثبات ورود خسارت واقعی به خود می‌کند - متعهدله برای وصول وجه التزام مقرر، نیازی به اثبات خسارت واقعی ندارد؛ زیرا ورود خسارت واقعی به متعهدله، در اینجا مفروض است و قاضی حق نخواهد داشت صحت و سقم ادعای متعهد مبني بر عدم ورود خسارت واقعی به متعهدله را جستجو نماید، مضافاً به اینکه در هیچ سیستمی، به صرف اینکه هیچ‌گونه خسارتی به متعهدله وارد نشده است، متعهد از پرداخت مبلغ وجه التزام معاف نمی‌گردد.

بخش دوم

وجه التزام و حقوق بین الملل خصوصی

1- طرح مسئله

پیش‌بینی و وجه التزام در قرارداد های تجاری بین‌المللی معمولاً به دو منظور صورت می‌گیرد.⁶³ گاه وجه التزام برای جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد است، اعم از تعهد پولی و غیرپولی؛ در این صورت وجه التزام به شکل مبلغی معین و یا درصدی از بهای کالا و یا خدمت موضوع معامله قد می‌شود. گاه وجه التزام به منظور جبران خسارت ناشی از عدم تطبیق آنچه متعهد انجام داده با آنچه به موجب قرارداد به عهده او است (یا به عبارت دیگر برای جبران خسارت ناشی از عیب و نقص فنی مورد معامله) پیش‌بینی می‌گردد. در صورت اخیر وجه التزام به شکل درصدی از بهای قرارداد معین می‌شود و میزان آن برحسب نوع و اهمیت نقص تفاوت خواهد کرد. تعیین میزان وجه التزام، در صورت تخلف، در هر حال با استفاده از فرمول‌های ریاضی خاصی که در قرارداد

63. DUBISSOM: La négociation des marchés internationaux, ECONOMICA: 1982, p. 202 et s.

پیش‌بینی می‌شود، چنان صورت می‌پذیرد که — ضمن اینکه جبران خسارت عادلانه‌ای برای متعهدله امکان‌پذیر باشد — مبلغ مورد پرداخت به‌عنوان خسارت از سقف معینی تجاوز ننماید؛ هرچند خسارتی بیشتر از میزان وجه التزام پیش‌بینی شده، متوجه متعهدله شده باشد.

درج وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی⁶⁴ برون‌مرزی این نوع قراردادها، سؤالاتی را مطرح می‌کند که در قراردادهای داخلی عنوان نمی‌شود. اشکال اساسی در این است که در شرایط فعلی هیچگونه نظام حقوقی بین‌المللی که حاکم بر تأسیس حقوقی مورد بحث باشد، وجود ندارد. کنوانسیونهای بین‌المللی، نظیر کنوانسیون لاهه مورخ اول ژوئیه 1964 تحت عنوان «قانون متحدالشکل راجع به بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی»⁶⁵، و نیز «کنوانسیون وین مورخ 11 آوریل 1980 راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی

64. وجه التزام در انواع مختلف قراردادهای تجاری پیش‌بینی می‌شود: قراردادهایی چون بیع کالا، تولید و ساخت کارخانه و ماشین‌آلات، قراردادهای سرویس و نگهداری و امثال آن.

65. Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers, Corporels.

کالاهای منقول»⁶⁶ که موضعشان ایجاد وحدت میان قوانین داخلی کشورها در خصوص معاملات بین‌المللی همچون «شرایط عمومی بیع»⁶⁷ و یا «قرارداد های نمونه»⁶⁸ که توسط سازمانهای خصوص و دولتی منطقه ای یا بین‌المللی، نظیر کمیسیون اقتصادی اروپا وابسته به سازمان ملل متحد، تنظیم یافته و مورد عمل بازرگانان بین‌المللی است، جز در یک مورد استثنایی⁶⁹ به مسئله توجهی ننموده اند. نتیجه وضع مزبور این است که تنها منبع حقوقی حل اختلاف میان طرفین قراردادی که در آن پیش‌بینی پرداخت مبلغی به عنوان وجه التزام شده است، نظامهای حقوقی داخلی کشورها است.

66. Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

67. Conditions générales de vente = General conditions of sale.

68. Contrats. Type= Standard contracts.

69. تنها مجموعه حقوقی منطقه ای که متضمن موادی راجع به پرداخت وجه التزام می‌باشد، مجموعه موسوم به «شرایط عمومی تحویل» مورخ 1953 تنظیمی و مورد عمل کشورهای اروپای شرقی عضو شورای تعاون اقتصادی متقابل است که حوزه عملش محدود می‌باشد و معاهدات میان کشورهای مزبور. در این خصوص به مرجع زیر مراجعه شود:

BERMAN: "Unification of contract clauses in trade between member countries of the CMBA" (1958). Int. Comp. L. Q., 659.

اگر نظام‌های حقوقی داخلی موجود برای سؤالاتی که وجه التزام مطرح می‌کند پاسخ‌های مشابهی ارائه می‌داند، وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی، نظیر همتایش در قراردادهای داخلی، مشکلی ایجاد نمی‌نمود. اما - همان‌طور که در بخش اول این گفتار مشاهده کردیم - در راه‌های پیشنهادی نظام‌های حقوقی داخلی در خصوص موضوع، تشابه قابل‌ملاحظه‌ای وجود ندارد. این است که هرگاه در مورد وجه التزام اختلافی میان طرفین در یک قرارداد بین‌المللی پیدا شود، قاضی یادآور رسیدگی‌کننده مجبور خواهد بود با مراجعه به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و به معنی دقیق‌تر کلمه، قواعد تعارض قوانین، به یک جستجوی دو مرحله‌ای مبادرت ورزد تا ابتدا نظام حقوقی داخلی حاکم بر وجه التزام را پیدا کند و سپس براساس حقوق معین شده، در خصوص اختلاف فی‌مابین اظهار نظر نماید.

پاره‌ای جنبه‌های وجه التزام برای قاضی یادآوری که به مسئله رسیدگی می‌کند ایجاد اشکال نمی‌نماید. مثلاً این نکته که در مطالبه وجه التزام معینه متعذله

ناچار به اثبات ورود خسارت واقعي به خود نیست، امري است که نظامهاي حقوقي مختلف با آن يكسان برخورد ميکنند و تعارضي ميان آنها نيست. در واقع، هرچند که به هر حال قاضي يادآور مکلف است در اظهارنظر خود، به قانون داخلي کشوري که وجه التزام تابع آن است اشاره کند، ولي نتيجه اي که براي او حاصل خواهد شد يكسان است؛ يعني قانون حاکم هرچه باشد وجود وجه التزام، طلبکار را از اثبات خسارت و وجود رابطه عدليت ميان خسارت وارده و نقض قرارداد توسط متعهدله معاف مي دارد.

اما تشابه نظامهاي حقوقي مختلف در خصوص ساير جنبه هاي وجه التزام، بسيار ناچيز است؛ بويژه در مورد مقطع بودن مبلغ آن که - همانطور که ديديم - در پاره اي نظامها چون نظام حقوقي ايران، غيرقابل تعديل است و حال آنکه در ديگر سيستمها از ناحية قاضي، تحت شرايطي قابل تجديد نظر مي باشد.

پس از نکته که کدام قانون داخلي حاکم بر سرنوشت وجه التزامي است که در قرارداد معين شده، اهميت ويژه اي

خواهد داشت و موضوع این گفتار نیز در این قسمت، بررسی این نکته است که مطابق سیستم تعارض قوانین، کدام قانون داخلی حاکم بر وجه التزام و صحت آن خواهد بود: قانون قرارداد⁷⁰، قانون محل وقوع عقد⁷¹ یا قانون شخصی متعاملین⁷²؟

2- وجه التزام و سیستم تعارض قوانین

از جهت صحت وجه التزام، نمی‌توان قانون ملی واحدی را صالح به پاسخگویی دانست و - همان‌طور که خواهیم دید - ممکن است وجه التزام معین شده تابع قوانین داخلی متعدد باشد. این نکته که تأثیر وجه التزام بستگی به صحت و اعتبار

70. *Lex contractus*.

71. *Lex loci actus*.

72. منظور از قانون شخصی قانونی است که دارای جنبه دائمی بوده و شخص را در هر کجا که باشد دنبال می‌کند. در کشورهای فرانسه، بلژیک، ایتالیا، اسپانیا، آلمان و هلند قانون شخصی افراد، قانون ملی آنان است. در انگلستان و کشورهای آنگلو ساکسون قانون اقامتگاه *lex domicilii* قانون شخصی اشخاص محسوب می‌شود. منظور از اقامتگاه در واقع محلی است که از نظر قانون، شخص، اقامت دائم داشته و قصد تغییر آن را ندارد و به *domicil of origin* تعبیر می‌گردد که با محل سکونت *residence* متفاوت است. در خصوص مفهوم اقامتگاه در حقوق انگلیسی به مرجع زیر مراجعه شود:

BENTWICH: "Le developpement récent du principe du domicile en droit anglais" Rec. des Cours, Acad. Dr. int., 1934. III. 377.

قرارداد اصلي دارد نيز کار را مشکلتر مي‌کند؛ زيرا، براي اعلام صحت وجه التزام، قاضي مکلف است ابتدا به بررسي تعهد اصلي متعهد بپردازد که خود ضرورت جستجوي قانون حاکم بر تعهد اخير را ايجاب مي‌نمايد. اين نکته مورد بحث گفتار ما نيست و از آن مي‌گذريم؛ ولي در خصوص خود وجه التزام، با فرض احراز صحت تعهد اصلي، قانون واحدي صاحب نقش نيست. واقعيت اين است که تأثير وجه التزام - چون هر تعهد ديگري - بستگي به اين امر دارد که در آن شرايط صحت معاملات رعايت شده باشد.

در حقوق ايران، شرايط صحت معامله در ماده 190 قانون مدني به اين شرح توضيح داده شده است:

براي صحت هر معامله شرايط ذيل اساسي است:

- قصد طرفين و رضاي آنها،
- اهليت طرفين؛
- موضوع معين که مورد معامله باشد؛

– مشروعیت جهت معامله.»⁷³

به چهار شرط مزبور می‌توان شرط دیگری نیز افزود و آن عدم مخالفت معامله با نظم عمومی است که از مجموع مواد 10 و 975 قانون مدنی مستفاد می‌شود.⁷⁴

قاضي رسیدگی‌کننده، در جستجوی صحت وجه التزام باید یکایک شرایط مزبور را مدنظر داشته باشد و احراز کند که آیا طرفین قصد و اهلیت داشته‌اند، موضوع معامله معین است، جهت مشروع دارد، و بالاخره شرط بانظم عمومی مخالف است یا خیر؟

73. در خصوص مفهوم «جهت معامله» و اختلاف نظرهایی که میان علمای حقوق ایران بر سر ترجمه و تطبیق ماده 190 قانون مدنی ایران که از ماده 1108 قانون مدنی فرانسه الهام گرفته است، رک. به مقاله جامع آقای دکتر سیدحسین صفائی تحت عنوان «نظریه جهت در قراردادها»، مجله دانشکده حقوق، شماره 8 و 9، 1350-1351.

75. ماده 10 قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». منظور از مخالفت صریح با قانون در واقع مخالفت با قوانینی است که دارای جنبه نظم عمومی هستند و نه هر نوع قانونی. ماده 975 قانون مدنی در این خصوص صراحت بیشتری دارد: در خصوص مفهوم نظم عمومی در حقوقی ایران رک. به اسدالله امامی، «نقش اراده در قراردادها»، فصلنامه حق، دفتر چهارم، 1364، ص 65 به بعد.

وقد تي صحبت از يك قرارداد داخلي درميان است، يافتن پاسخ هر يك از سؤالات بالا اصولاً اشكالي ايجاد نمي‌كند؛ زيرا پاسخ همه آنها در يك قانون يافت مي‌شود كه معمولاً قانون خود قاضي است. در قرارداد هاي بين‌المللي، برعكس، موجود بودن هر يك از شرايط پنجگانه بالا را نمي‌توان هميشه با مراجعه به قانون واحد احراز نمود؛ چرا كه سيستمهاي تعارض قواني، در كشورهاي مختلف با مسئله يكسان برخورد نمي‌كنند، بويژه آنجا كه احراز صحت وجه التزام از جهت اهليت طرفين معامله مطرح مي‌شود.

مطالعه تطبيقي نشان مي‌دهد كه مسائلي چون «قصد و رضاي طرفين»، «معين بودن موضوع تعهد» (مبلغ وجه التزام) و «مشروعيت جهت معامله» را سيستمهاي مختلف تعارض قوانين تابع قانون واحد مي‌دانند كه قانون قرارداد است.⁷⁵ قاضي رسيدگي كننده براي اينكه صحت وجه التزام را احراز كند بايد ببيند كه آيا از

75. BATIFFOL: Droit international privé, t. II, 1971, 595 et s.; MAYER: Droit international privé, 1983, no 507 et 718, 720; DICEY and MORRIS: The Conflict of Laws, no 75, 821, 830; GRAVESON: The Conflict of Laws, 6th ed. P. 48; CHESHIRE: Private international Law, 8th ed., 1970, p. 231.

نظر قانون قرارداد، شرایط سه‌گانه بالا جمعند یا خیر؛ نه قانون شخصی طرفین و نه قانون محل وقوع عقد دخالتی نخواهد داشت، مگر آنکه قوانین اخیرالذکر همان قانون انتخاب شده طرفین اختلاف و به عبارت دیگر قانون قرارداد باشد.

مخالفت وجه التزام با «نظم عمومی» نیز بستگی به قانون قرارداد خواهد داشت. به عبارت دیگر، به وجه التزام تا حدی ترتیب اثر داده خواهد شد که مخالف با قواعد آمره کشوری که قانون آن به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد معین شده است، نباشد. مثلاً هرگاه مبلغ وجه التزام به گونه‌ای اغراق‌آمیز تعیین شده باشد، قاضی رسیدگی‌کننده برحسب اینکه قانون حاکم بر وجه التزام چه قانونی باشد، قاضی رسیدگی‌کننده برحسب اینکه قانون حاکم بر وجه التزام تابع قانونی باشد، رفتاری متفاوت در مقابل آن خواهد داشت. هرگاه وجه التزام چه قانونی باشد، رفتاری متفاوت در مقابل آن خواهد داشت. هرگاه وجه التزام تابع قانون انگلیس باشد، قاضی در صورت احراز

این نکته که وجه التزام جذبه «جریمه»⁷⁶ خواهد داشت، می‌تواند آن را باطل اعلام نماید؛ هرگاه شرط تابع قانون فرانسه باشد، قاضی می‌تواند مبلغ وجه التزام را تعدیل کند؛ هرگاه شرط تابع قانون ایران باشد؛ تعدیل مبلغ تعیین شده به عنوان وجه التزام، به حکم ماده 230 قانون مدنی، ممنوع خواهد بود. قاضی انگلیسی و یا فرانسوی رسیدگی کننده نمی‌تواند، به بهانه اینکه مبلغ وجه التزام عراق آمیز است - در صورتیکه شرط، تابع قانون ایران باشد - با استناد به قوانین آمره کشور خویش شرط را باطل اعلام کند و یا برخلاف اراده طرفین میزان آنرا کاهش دهد. برعکس، چنانچه شرط تابع قانون فرانسه باشد، قاضی فرانسوی آن را تعدیل خواهد کرد، حتی اگر در قرارداد شرط خلاف شده باشد؛ زیرا شرط خلاف مبني بر عدم استحقاق قاضی بر تغییر مبلغ وجه التزام، مخالف قانون آمره کشور فرانسه که حاکم بر قرارداد است، بوده و قابل ترتیبت اثر نیست.

76. Penalty.

برخلاف شرایط چهارگانه‌ای که در بالا به آنها اشاره شد، این نکته که قانون حاکم بر صحت وجه التزام از حیث «اهلیت طرفین» چه قانونی است، تردیدهایی را بوجود آورده است. اگرچه تصور اینکه دو تاجر بین‌المللی - که معامله‌ای انجام داده و در معامله و جه التزامی گنجانده‌اند - فاقد اهلیت لازم باشند بسیار بعید است، ولی لااقل از لحاظ نظری مسئله قابل‌توجه است؛ صرف نظر از اینکه ممکن است معامله‌ای بین‌المللی میان یک تاجر از طرفی و یک غیرتاجر فاقد اهلیت قانونی باشد.

بررسی تطبیقی سیستمهای تعارض قوانین نشان می‌دهد که در خصوص این نکته که در قراردادهای بین‌المللی چه قانونی حاکم بر اهلیت متعاملین است، اتفاق نظر وجود ندارد. پاره‌ای کشورهای بنا بر اصل، قانون دولتهای متبوع طرفین (قانون ملی) را حاکم می‌دانند، گروهی دیگر قانون محل وقوع عقد و بالاخره دسته آخر قانون متناسب⁷⁷ قرارداد را صالح به تصمیم‌گیری در خصوص موضوع تلقی می‌کنند.

77. Proper law.

الف - نظریة صلاحیت قانونی ملی

این راه حلی است که حقوق فرانسه اتخاذ نموده و قانون مدنی ما آن را دنبال کرده است.

در حقوق فرانسه⁷⁸ اصل بر این قرار دارد که اهلیت متعاملین تابع حقوق دولت متبوع آنان است. مع ذلك، برای این اصل يك استثنای مهم وجود دارد و آن موردی است که در يك قرارداد، طرف فرانسوی حقاً بتواند مدعی شود از اینکه قانون شخصی طرف معامله خارجی او را صغیر قلمداد می‌کرده بی‌اطلاع بوده است. این نظریه که به نظریه «بی‌اطلاعی بخشودنی»⁷⁹ معروف شده است، از ابداعات رویه قضایی فرانسه می‌باشد و به قاعده «لیزاردی»⁸⁰ شهرت دارد.⁸¹ «لیزاردی» در واقع يك تبعه مکزیکی 23 ساله بود که چندین سفته به ارزش هشتاد هزار فرانک، در قبال خرید جواهرات از يك تاجر فرانسوی امضاء کرده بود. در اثر عدم پرداخت به موقع سفته ها،

78 . BATIFFOL: *op. cit.*, no. 491; Mayer, *op. cit.*, P. 512. et s.

79 . Ignorance excusable.

80. Lizardi.

81. Requ. 16 jan 1861, D.P, 1861. 1. 193; S 1861. 1. 305, note Massé.

تاجر فرانسوي امضاء کرده بود. در اثر عدم پرداخت به موقع سفته‌ها، تاجر فرانسوي وي را در محکمه تعقيب نمود. «ليزاردی» در دفاع از خود اعلام نمود که تعهداتش باطل است، زیرا به موجب قانون مکزيک - قانون ملیش -، سن کبر از بیست و پنج سالگی شروع می‌شود. دیوان کشور فرانسه، با وجود صحت اظهارات «ليزاردی» مبنی بر بطلان معامله به موجب قانون مکزيک، وي را به پرداخت بهای جواهرات محکوم نمود. استدلال محکمه این بود که جواهر فروش فرانسوي حتماً نمی‌توانسته است «قوانین ملیتهای مختلف را بشناسد»، و همین که «با احتیاط» عمل کرده و در عقد قرارداد «حسن نیت» به خرج داده است، کفایت می‌کند. با وجود این، قاعده «ليزاردی» در همه حال قابل اجرا نیست؛ تاجر فرانسوي نمی‌تواند در همه احوال، نسبت به قانون خارجی که اهلیت را معین می‌کند بی‌اطلاع تلقی شود. اصل حاکمیت قانون ملی متعاملین بر اهلیت آنان، جز در مورد استثنائی بالا، به قوت خود باقی است، بویژه آنکه در قرارداد های مهم، تاجر مکلف است اطلاعات لازم را در مورد قانون

کشور متبوع طرف معامله خود تحصیل کند؛ همین‌طور است در مورد قرارداد با کشورهای که تاجر فرانسوی پیوسته با آنها در ارتباط تجاری می‌باشد.⁸² قانون‌گذار ایران نیز اصل حکومت قانون ملی بر اهلیت متعاملین را صراحتاً پذیرفته است. به موجب ماده 6 قانون مدنی «قوانین مربوط به احوال شخصیه ... و اهلیت اشخاص... در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود». در مورد اتباع بیگانه مقیم ایران نیز ماده 7 چنین مقرر می‌دارد:

«اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسایل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود... در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

بالاخره، ماده 962 همان قانون ضمن تأکید بر اینکه «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن، به موجب قانون دولت متبوع او خواهد بود»، یک استثنای مهم

82. BATIFFOL: *op. cit., loc. cit.*

براصل حکومت قانون ملي متعاملين وارد آورده است:

«... مع ذلك اگر يك نفر تبعه خارجي در ايران عمل حقوقي انجام دهد، در صورتي كه مطابق قانون دولت متبوع خود براي انجام آن عمل واجد اهليت نبوده و يا اهليت ناقص داشته است آن شخص براي انجام عمل، واجد اهليت محسوب خواهد شد در صورتي كه قطع نظر از تابعيت خارجي او، مطابق قانون ايران نيز بتوان او را براي انجام آن عمل داراي اهليت تشخيص داد».

همانطور كه ملاحظه مي شود، قانونگذار ايران، همانند قانونگذار فرانسه، اصل را بر صلاحيت قانون دولت متبوع گذاشته است. اما براي اينكه مشكلي نظير قضيه «ليزاردی» پيش آمد نکند، قاعده مندرج در رويه قضايي مزبور را به صورت قاعده كلي تر و به عنوان استثنايي براصل صلاحيت قانون ملي در قسمت دوم ماده 962 گنجانده است. بدین ترتیب، در صورتيكه طرف خارجي معامله، به موجب قانون ايران، داراي اهليت تلقي شود ولي به موجب قانون

کشور متبوع خویش فاقد اهلیت - چنانکه در مورد «لیزاردی» گذشت - قرارداد منعقد، به سبب عدم اهلیت طرف معامله بیگانه، باطل اعلام نخواهد شد، مشروط بر اینکه قرارداد در ایران منعقد شده باشد. به عبارت دیگر، این قانون محل انعقاد قرارداد است که حاکم بر صحت آن از لحاظ اهلیت طرفین معامله است و نه قانون ملی طرف بیگانه. اما اگر قرارداد در ایران منعقد نشده باشد، قاعده مذکور در ماده 962 قانون مدنی قابل اجرا نخواهد بود، حتی اگر قانون حاکم بر قرارداد، قانون ایران باشد؛ مثل موقعی که طرفین صراحتاً قانون ایران را به عنوان قانون صالح انتخاب نموده اند. در حالت اخیر، قاضی رسیدگی کننده - بسته به مورد - مطابق مواد 6 و 7 و قسمت اول ماده 962 قانون مدنی ایران عمل خواهد نمود.

ب - صلاحیت قانون محل انعقاد قرارداد

بسیاری از کشورها، صحت قرارداد را از حیث اهلیت طرفین معامله تابع قانون محل وقوع قرارداد می‌دانند؛ از آن

جمله اند تعدادي از ايالات كشور ايالات متحده امريكا.⁸³ در ايتاليا، قراردادها تجاري مكرراً تابع قانون محل انعقاد آنها شناخته شده بود⁸⁴ و گفته مي‌شد كه اين قاعده اهليت متعاملين را نيز شامل مي‌شود؛ همچنين است در مورد اتحاد جماهير شوروي⁸⁵. به موجب قانون آلمان⁸⁶ و پاره‌اي كشورهاي ديگر⁸⁷ - به تقليد از قانون كشور اخير - اشخاص خارجي نمي‌توانند به عدم اهليتي استناد كنند كه قانون محل وقوع قرارداد از آن بي‌خبر است.

ج - نظرية قانون متناسب

در خصوص اينكه چه قانوني بر اهليت متعاملين يك قرارداد بين‌المللي حاكم

83. BATIFFOL: *op. cit.*, no 492.

84. ماده 58 قانون تجارت سابق ايتاليا.

85. V. Rev. Crit. Dr. int. privé, 1934, 741.

86. ماده 7، بند 3 از مقدمه قانون مدني.

87. قانون هشتم ژوئيه 1904 سوئد؛ ماده 59 قانون مدني سوئيس؛ ماده 17 قانون مدني ايتاليا مورخ 1942؛ ماده 9 قانون مدني يونان...

است، قضات انگلیسی نظر واحدی ندارند.⁸⁸ عده‌ای عقیده بر این دارند که قانون صالح قانون محل وقوع عقد است و عده‌ای قانون اقامتگاه متعاملین را حاکم تلقی می‌کنند.

مؤلفان بنامی چون Dicey و Morris⁸⁹ چیزی بین ایندو را پیشنهاد کرده‌اند و قانون متناسب قرارداد را صالح به تشخیص می‌دانند. منظور از قانون متناسب قرارداد قانون کشوری است که با قرارداد موضوعاً بیشترین رابطه را دارد. تنها قصد طرفین کافی نیست؛ شخصی که محجور است نمی‌تواند برای فرار از عدم اهلیت، قانونی را انتخاب کند که به او اهلیت می‌دهد، بدون اینکه هیچ رابطه منطقی با قرارداد داشته باشد.

نظریه قانون متناسب، برغم ظاهر منطقی‌اش این عیب را دارد که ثبات روابط تجاری را به مخاطره می‌اندازد، زیرا تا تمام جوانب قرارداد بررسی و براساس عوامل آن، قانون متناسب قرارداد پیدا نشده، طرفین بدروستی نمی‌دانند که

88 . CHESHIRE: *op. cit.*, pp. 221-222.

89 . The Conflict of Laws, p. 744.

قراردادشان تابع قانون محل وقوع عقد است، یا قانونی که خود انتخاب کرده‌اند و یا قانون ثالث. به عبارت دیگر، قانون حاکم بر روابط طرفین، پس از بروز اختلاف و مراجعه به قاضی معلوم می‌شود و نه حین انعقاد قرارداد، هرچند مسلم است که قانون شخصی طرفین صلاحیت اتخاذ تصمیم را نخواهد داشت، مگر اینکه با توجه به آنچه که گفتیم، قانون متناسب قرارداد تشخیص داده شود.

به هر حال، اختلافاتی که در خصوص قانون حاکم بر اهلیت متعاملین به آنها اشاره شد در عمل مشکل‌چندانی ایجاد نمی‌کنند. اولاً - همان‌طور که گفته شد - بسیار بعید است که در یک معامله تجاری معلوم شود که یکی از متعاملین حین انعقاد قرارداد فاقد اهلیت انجام معامله بوده است؛ ثانیاً، در معاملات مهم، طرفین همواره به‌خود فرصت کافی می‌دهند تا در مورد قانون شخصی طرف معامله نیز مطالعه کنند. بالاخره در مواردی که تاجر با اتباع یک کشور به‌خصوص در تماس تجاری مستمر است،

عدم آگاهی به قوانین شخصی طرفه‌ای معامله در این کشورها بسیار بعید است. مع ذلك، چنانچه در این خصوص مسئله‌ای پیش آید، رویه مورد عمل ایران و فرانسه بر طرز عمل کشورهای دیگر برتری دارد. اصل صلاحیت قانون شخصی در خصوص اهلیت موجب یکنواختی مقررات مربوط به اهلیت اشخاص در تمام معاملات خواهد شد. درست است که الزامات تجارت بین‌المللی ایجاب می‌کند که قانون محل وقوع قرارداد – که در اغلب موارد، همان، قانونی است که طرفین برگزیده‌اند – به قانون شخصی افراد ترجیح داشته باشد، ولی این نباید باعث تضییع حقوق اشخاص محجور شود. اصح آن است که راه حلی میان این دو انتخاب گردد و این راه حل همان است که در سیستم‌های ایران و فرانسه – و با کمی تفاوت در ماده 11 کنوانسیون مورخ 19 ژوئن 1980 در خصوص قانون حاکم در تعهدات قراردادی⁹⁰ – پیش‌بینی شده است. بدین ترتیب حمایت از محجوران را قانون شخصی آنان و حمایت از بازرگانان را قانون قرارداد به عهده خواهند گرفت.

90 . MAYER: *op. cit.*, no. 512.

نتیجه کلی

آنچه در این گفتار دیدیم، نشان داد تا چه اندازه وجه التزام را هاله‌ای از ابهام پوشانده است. این نکته بویژه زمانی صادق است که وجه التزام در چهارچوب یک قرارداد بین‌المللی بکار گرفته شده باشد؛ قراردادی که متضمن یک عنصر خارجی است و منافع متضاد کشورها و نظام‌های حقوقی مختلف را در برابر هم قرار می‌دهد. در واقع، به لحاظ یکسان نبودن سیاست دولتها، نظام‌های حقوقی در خصوص اثر حقوقی وجه التزام در قراردادهای خصوصی تشابه چندانی چشمگیری ندارند؛ چه از حیث مندرجات قوانین ماهوی و چه از نظر سیستم‌های تعارض قوانین که قاضی را در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر وجه التزام راهنمایی می‌کنند.

یک قسمت از این ابهام ناشی از این است که در طول تاریخ، در درون خود کشورها نیز روش واحدی در برخورد با وجه التزام اتخاذ نشده است. فی‌المثل، در فرانسه تا سال 1975 دادگاه‌های براساس

اصل آزادي متعاملين در تنظيم قراردادها از هرگونه تغيير در ميزان وجه التزام خودداري مي‌کردند و حال آن‌که از آن به بعد قانونگذار آنان را در انجام اين امر مختار نموده است. از طرفي، با وجود آنکه درکشوري چون آلمان قانون، اجازه تقييل ميزان وجه التزام را در روابط تجاري نمي‌دهد، مع ذلك دادگاه هاي اين کشور، با استفاده از اصل حسن نيت و ترجيح آن در روابط مزبور، ارادة قانونگذار را در اين خصوص کم اثر گردانده اند.

ترديدهايي که در مورد تأثير حقوقي وجه التزام وجود دارد موجب گردیده است که در پاره اي از قراردادهاي بين‌المللي شرطي گنجانده شود که به موجب آن قاضي يا داور از حق تغيير ميزان وجه التزام ممنوع شده است⁹¹؛ ولي اين شرط در همه حال قابل ترتيب اثر نيست. اگر قانون حاکم بر شرط، قانون ايران باشد، قيد شرط مزبور با عنايت به ماده 230 قانون

91. به عنوان مثال مي‌توان به ماده 7-3 از يك قرارداد اعطاي امتياز ميان شوروي و يك شرکت فرانسوي راجع به انتقال تکنولوژي اشاره کرده که به اين عبارت است:
"Le taux de pénalité ne peut pas être réduit ou augmenté par ordre arbitral"; cf. Oppetit, Droit du Commerce international, P.U.F., 1977, P. 333.

مدني تحصيل حاصل است. اگر قانون حاکم، قانون آلمان باشد، قاضي به آن ترتيب اثر خواهد داد؛ زیرا شرط مزبور مخالف نظم عمومي تلقي نشده است. برعکس، هرگاه قانون صالح، قانون فرانسه باشد، شرط بلااثر خواهد بود.

مع ذلك، نبايد اين ترديد‌ها را دليل كافي بر محكوم نمودن وجه التزام دانست. استفاده مستمر از اين تأسيس حقيقي در قراردادهاي تجاري، دليل مفيد بودن آن است. در واقع، فوايد درج وجه التزام در قرارداد متعددند. صرفنظر از اينکه، از لحاظ حقوق شکلي، بار تامين دليل از دوش متعهد له برداشته شده و بر دوش متعهد گذاشته مي‌شود، وجه التزام متضمن دو فايده مهم ديگر نيز هست:

اول اينکه هرچند مبلغ وجه تخلف در پاره‌اي کشورها توسط قاضي قابلتغير است، ليکن در همه کشورها اصل بر قطعي بودن آن قرار دارد. در انگلستان، هرگاه وجه التزام جذبه تعيين مقطوع خسارت را داشته باشد، به هيچ وجه قابلتغير نخواهد بود. در ساير کشورها نيز همين اصل، جز در موارد استثنائي، پابرجا

است. قطعی بودن وجه التزام، چنانچه با حسن نیت تعیین شده باشد، می‌تواند در بسیاری موارد برای متعهد نیز مفید تلقی گردد. در این رابطه، وجه التزام می‌تواند وسیله‌ای برای محدود نمودن مسئولیت متعهد در پرداخت خسارت احتمالی وارده به طرف مقابل باشد. به علاوه، هرگاه تعیین خسارت واقعی عملاً غیرممکن و یا بسیار مشکل باشد، قید مبلغی فرضی می‌تواند راهگشای مشکل طرفین نیز شده و در ترغیب آنان به قبول قرارداد و امضای آن مؤثر افتد.

فایده دیگر وجه التزام این است که بدهکار را از انجام تعهد اصلی، جز در موردی که طرفین به گونه دیگری قرار گذاشته‌اند، معاف می‌کند؛ زیرا در واقع وجه التزام بنا به طبیعتش جانشین مبلغی می‌شود که متعهد، در صورت تخلف، به موجب اصل کلی جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهدات، می‌بایست پرداخت نماید.

بدین ترتیب، وجه التزام به متعهد امکان می‌دهد، تا حین انعقاد قرارداد، میزان خسارتی را که در صورت نقض قرارداد متحمل خواهد شد، پیش‌بینی کند و

با توجه به خطري که هر معامله تجاري متضمن آن است، تصميم منطقي و عاقلانه اي اتخاذ نمايد. متعهدله نيز وسيله اي مؤثر خواهد داشت تا متعهد را تا آنجا که ممکن است وادار به انجام تعهداتي نمايد که به ميل خود پذيرفته است.

وفور شروط متضمن وجه التزام در قراردادهاي تجاري بين المللي دليل ضرورت وجود آن در روابط ميان تجار است. اين ضرورت، همگون کردن راه حلهاي کشورهاي مختلف را ايجاد مي نمايد. بهترين راه حل، تهيه و تدوين يك کنوانسيون بين المللي در اين خصوص خواهد بود؛ ليکن با توجه به سياستهاي متفاوت دولتها در رابطه با تأسيس حقوقي مورد بحث، اين بهترين راه حل، لزوماً ساده ترين راه حل نخواهد بود. در تأييد اين گفته کافي است اشاره اي داشته باشيم به کار «کميسيون سازمان ملل متحد درباره حقوق بازرگاني بين المللي» (آنسيترال) که در سال 1983 طرحي موسوم به «طرح مقررات راجع به وجه التزام و شروط جزائي»⁹² تهيه و تدوين نموده و تا آنجا که ما

92 . Draft rules on liquidated damages and penal clauses.

می‌دانیم، هنوز بر سر اینکه طرح مورد بحث باید چه شکلی داشته باشد میان دولت‌ها اختلاف نظر موجود است.⁹³ بعلاوه طرح آنسیترال همه مشکلاتی را که در این مقال به آنها اشاره کردیم حل نمی‌کند⁹⁴؛ مضافاً به اینکه در مورد پاره‌ای مسایل کاملاً به سکوت بر گزار نموده است⁹⁵، هرچند که کوشش تدوین‌کنندگان آن در طرح

93. اختلاف نظر بر سر این است که کنوانسیون طرح صورت داشته باشد و یا به شکل قانون نمونه Model Law پیشنهاد شود؛ یعنی اینکه هر دولتی بر اساس طرح پیشنهادی، قانون داخلی خود راتهییه کند و آن را به تصویب برساند. نمایندگان استرالیا، آرژانتین، شیلی، تونس و فیلیپین - مثلاً - از فکر اول حمایت می‌کنند؛ برعکس ژاپن، لهستان، جمهوری کره و اسپانیا معتقدند که بهتر است طرح به صورت قانون نمونه پیشنهاد شود. یک عده از نمایندگان نیز پیشنهاد کرده‌اند که طرح به شکل قرارداد نمونه باشد و طرفین هر معامله در صورت توافق، آن را در قرارداد خویش بگنجانند (در خصوص مباحثات و دلایل طرفداران هر یک از نظرات فوق رک. به سالنامه Year book آنستیرال، 1982، ج 9، ص 35 به بعد).

94. مثلاً ماده 8 طرح در عین اینکه وجه التزام را قابل‌تغییر می‌داند، در مورد شرایطی که تحت آنها قاضی یادآور می‌تواند مبلغ معین شده را تغییر دهد صرفاً به عدم تناسب مبلغ وجه التزام با خسارت واقعی به «نحو قابل ملاحظه» substantially اشاره کرده است بدون اینکه ملاکی برای تشخیص عدم تناسب قابل ملاحظه معین نماید.

95. مثلاً طرح معین نمی‌کند که آیا متعهدله برای اینکه مستحق دریافت مبلغ معین شده باشد باید ورود خسارت به خود را اثبات کند یا خیر؟ یا اینکه هرگاه اساساً خسارتی وجود نداشته باشد آیا می‌توان متعهد را از پرداخت مبلغ وجه التزام معاف نمود یا نه؟

مسائل اساسي، نزيك نيمودن راه حلهاي سيستمهاي مختلف حقوقي و گنجاندن راه حلهاي همگون در طرح به جاي راه حلهاي متفاوت سيستمهاي داخلي قابل پشتيباني است.

به هر حال بايد اميداور بود كه طرح آنسيترال با پيش بيني كليته مسائلي كه وجه التزام در قراردادهاي تجاري بين المللي مطرح مي كند، جنبه جامع تري به خود بگيرد و دولتها به قبول و تصويب آن تن در دهند.⁹⁶

96. طرح آنسيترال، در حال حاضر، متضمن 9 ماده بوده و صرفاً به قراردادهاي تجاري بين المللي مربوط ميشود (مواد 1 و 4) و تفاوتي ميان وجه التزام تنبيهي و وجه التزامي كه جنبه تعيين و جبران مقطوع خسارت را دارد، قائل نيست و هر دو را نافذ مي داند. در ماده 5 آن قاعده اي گنجانده شده كه جزو اصول كلي حقوق است و آن اصل عدم مسئوليت متعهد در صورت عدم تقصير وي در انجام تعهد است. همچنين است موارد پيش بيني شده در ماده 6 يعني حق متعهدله به مطالبه اجرائي تعهد اصلي و وجه التزام اگر وجه التزام براي تاخير مقرر شده باشد، كه - همانگونه كه ديديم - در سيستمهاي مختلف حقوقي يكسان است. در غير مورد تاخير، متعهدله مي تواند بين وجه التزام و اجرائي تعهد اصلي تنها يكي از انتخاب كند (بند 2 ماده 6)، مگر آنكه طرفين خلاف آن را مقرر کرده باشند. در طرح مورد بحث، اصل قطعي بودن وجه التزام مورد تأييد قرار گرفته است، ولي هرگاه مبلغ معين شده به «نحو قابل ملاحظه اي» متناسب با خسارت واقعي نباشد، قاضي يا داور حق تعديل وجه التزام را به تقاضي احد از طرفين خواهد داشت، مگر آنكه طرفين (صراحتاً) خلاف آن را

مع ذلك، تا تصویب طرح مزبور و ورود آن به حوزه حقوق موضوعه بین‌المللی، مناسبترین راه حل تأثیر بخشیدن به وجه التزام در روابط تجاری این خواهد بود که دست‌اندرکاران تجارت بین‌المللی در قراردادهای خود مبلغی معین کنند که متناسب با خسارت احتمالی ناشی از عدم انجام تعهد باشد. اصل تغییرناپذیر بودن وجه التزام پشتیبان متعاملینی خواهد بود که در تعیین میزان وجه التزام، به حریم اصل حسن‌نیت که لازمه استمرار روابط سالم بازرگانی است، تجاوز نمی‌کنند.

در قرارداد پیش‌بینی کرده باشند (برای مطالعه متن طرح آنستیرال رک. به سالنامه این کمیسیون، 1983، ج 10).

وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی ❖ 123