



The Function of Comparative Law in Private Law through a Case Study of Liquidated damages

 Laya Joneydi

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran; Tehran; Iran
joneid@ut.ac.ir

 Sepideh Razi

PhD in private law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran "Corresponding Autho"
sepidehrazii@yahoo.com

Received: 2024-05-03

Accepted: 2024-07-29



Abstract

Comparative law, as a method for the development and reform of national law, plays an important role in the dynamics of legal science, especially in private law. It enables legal scholars from different nations to draw on the experiences of other countries, offering proposals for the reform of legal concepts. On one hand, comparative study in private law facilitates the understanding of domestic law by revealing the different interpretations and solutions that exist in other countries through comparison and juxtaposition. On the other hand, by clarifying the strengths and weaknesses of domestic law, it allows for the utilization of achievements from the countries under study to address and improve deficiencies through legislative and judicial action. Furthermore, it provides a valuable opportunity to present the strengths of domestic law to international and foreign regulatory bodies.

Journal of Research and Development in Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 7 | No. 23 | summer 2024
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:
10.22034/law.2024.2028057.1332

This research, conducted using a descriptive-analytical method and utilizing library resources, first examines the role of comparative law in private law across both civil law and commercial law branches. It then deepens the study with a case analysis of the obligation to pay, which is increasingly utilized in civil and commercial contracts and serves as a common example to elucidate the practical function of comparative law in both branches. It aims to demonstrate how comparative study and the juxtaposition of legal institutions can significantly contribute to the nurturing and engineering of legal institutions, especially concerning the institution of obligations and its reform within the context of private law, and to serve as a source for presenting innovative solutions. To clarify the practical role of comparative law in private law, which is the most suitable branch for comparative study, a case study of the obligation to pay in the legal systems of England, France, and Iran reveals the necessity for reforming the deficiencies in the regulations regarding obligations within domestic law. The experiences of the countries examined indicate that, firstly, to prevent potential abuse by contracting parties, especially in cases of imbalanced power where contracts are imposed, there should be a possibility to limit the principle of autonomy of will and contractual freedom, as well as to adjust the obligation to pay in order to establish equitable exchange and economic public order. Secondly, the framework for this intervention must be clearly defined to apply only to unconscionable, oppressive, or unreasonable terms, as failing to establish such a framework can disrupt contractual relations between the parties. Therefore, through comparative study, it is essential to legislate for the possibility of controlling the freedom of will of the parties and adjusting the obligation to pay as an exceptional measure, with a clearly defined framework and criteria for its application.

Keywords: *comparative study, equating method, private law, civil law, commercial law, liquidated damages, penalty clause.*



Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

کارکرد حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی با مطالعه موردی وجه التزام

دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،
دانشگاه تهران، تهران، ایران | joneid@ut.ac.ir

لعیا جنیدی

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،
دانشگاه تهران، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)
sepidehrazii@yahoo.com

سپیده راضی



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۴

فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق
تطبیقی

پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۱۷ | شماره ۲۳ | تابستان ۱۴۰۳

(مقاله پژوهشی)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

10.22034/law.2024.2028057.1332

چکیده

حقوق تطبیقی به عنوان روشی برای توسعه و اصلاح حقوق ملی، نقش مهمی در پویایی علم حقوق به ویژه حقوق خصوصی ایفا می‌کند و به حقوق دانان ملل گوناگون امکان می‌دهد تا با بهره‌گیری از تجربه سایر کشورها، پیشنهادهایی را در مورد اصلاح مفاهیم حقوقی ارائه کنند. مطالعه تطبیقی در حقوق خصوصی از یکسو، با نشان دادن تفاسیر و راه‌حل‌هایی متفاوت که در دیگر کشورها وجود دارد، فهم حقوق داخلی را در اثر مقایسه و هم‌سنجی آن‌ها تسهیل می‌کند. از سوی دیگر، با روشن نمودن برتری‌ها و کاستی‌های حقوق داخلی، امکان بهره‌گیری از دستاوردهای کشورهای موضوع مطالعه را برای پوشش و بهبود کاستی‌ها از طریق اقدام تقنینی و قضایی فراهم می‌کند.

همچنین، فرصتی ارزشمند برای معرفی برتری‌های حقوق داخلی به مراجع وضع بین‌المللی و خارجی به‌دست می‌دهد. این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای نگارش یافته است، ابتدا کل‌کرد حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی را در هر دو شاخه حقوق مدنی و حقوق تجارت بررسی و سپس آن را با تعمیق مطالعه موردی وجه التزام که به طور فزاینده در قراردادهای مدنی و تجاری مورد استفاده قرار می‌گیرد و مصداقی مشترک برای تبیین کل‌کرد عملی حقوق تطبیقی در هر دو شاخه حقوق مدنی و حقوق تجارت است، پی می‌گیرد تا نشان دهد مطالعه تطبیقی و هم‌سنجی نهادهای حقوقی به عنوان یک روش پژوهشی تا چه میزان می‌تواند در حرس و مهندسی نهادهای حقوقی به ویژه نهاد وجه التزام و اصلاح آن در بستر حقوق خصوصی موثر و منشا آرایه راهکارهای نوین باشد.

کلیدواژه‌ها: مطالعه تطبیقی، روش هم‌سنجی، حقوق خصوصی، حقوق مدنی، حقوق تجارت، وجه التزام، شرط کیفری.



Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

مقدمه

حقوق تطبیقی که سابقه‌ای طولانی در تاریخ علم حقوق دارد و به عقیده برخی قدمت آن به اندازه خود قانون است (Husa, 2015, p. 7) با هدف تعیین خصوصیات و مشترکات دو یا چند نظام حقوقی و تحقیق در اینکه اختلافات موجود اساسی و معلول عوامل اقتصادی، اجتماعی یا سیاسی است و یا اینکه اتفافی بوده و رفع آن منافاتی با حفظ اصول حقوق مورد مقایسه ندارد شکل گرفت (افشار، ۱۳۵۵: ۲۸). آنچه اغلب با عنوان «حقوق تطبیقی سنتی» یاد می‌شود، از ابتدای قرن بیستم آغاز شد و تا کنون نیز تأثیر قابل ملاحظه‌ای در پیشرفت علم حقوق داشته است (Twining, 2000, p. 36). برای بهره‌مندی از حقوق تطبیقی شایسته است متخصصان هر یک از شاخه‌های حقوق خصوصی، حقوق جزا و عمومی که در همان رشته مطالعه و فعالیت دارند، با لحاظ چارچوب خاص رشته مربوطه، از فواید مطالعه تطبیقی به منظور ارتقاء حقوق داخلی استفاده کنند زیرا مطالعه تطبیقی دارای فواید بسیاری نظیر شناخت مفاهیم حقوقی، شناسایی کاستی‌ها و برتری‌های حقوق داخلی و ایجاد وحدت حقوقی است. همچنین سبب اجتناب از اتخاذ تصمیماتی می‌شود که سایرین آن را انجام داده و تاوان آن را با اتلاف وقت و از دست دادن فرصت پرداخت کرده‌اند.

در رابطه با موضوع حقوق تطبیقی نظریات متفاوتی ابراز شده است. برخی معتقدند تمام شاخه‌های حقوقی را می‌توان موضوع مطالعات حقوق تطبیقی قرار داد. در مقابل برخی دیگر بر این عقیده‌اند کلیه شاخه‌های حقوقی نمی‌توانند به یک میزان از حقوق تطبیقی استفاده کنند و مناسب‌ترین شاخه برای مطالعه تطبیقی را حقوق خصوصی می‌دانند (افشار، ۱۳۵۵: ۳۲). بنابراین هرچند مطالعه تطبیقی به منظور شناخت مفاهیم و هم‌سنجی آن‌ها در شاخه‌های مختلف حقوقی ممکن است اما بهره‌مندی از آن برای اصلاح حقوق ملی و رسیدن به وحدت حقوقی، در شاخه حقوق خصوصی به ویژه در حقوق مدنی و تجارت بیشترین کاربرد را دارد. به عنوان نمونه برای وضع قانون مناسب در حقوق جزا که دارای ماهیت عمومی و امری است و بر حفظ ارزش‌های یک جامعه تأکید دارد، وضعیت

خاص آن جامعه به نحو اساسی‌تر مورد لحاظ قرار می‌گیرد و با لحاظ قلمرو سرزمینی آن اجرا می‌شود. بدین سبب در این پژوهش بنا، بر این است که کارکرد حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی مورد بررسی قرار گیرد و سپس برای تبیین کارکرد عملی آن، نهاد وجه التزام که مصداقی مشترک در هر دو شاخه حقوق مدنی و حقوق تجارت است با روش هم-سنجی در حقوق انگلیس، فرانسه و ایران بررسی شود تا با شناسایی کاستی‌های آن، اصلاحات لازم در این زمینه پیشنهاد شود.

۱. کارکرد حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی

مطالعه حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی از یک سو تفاسیر و راه‌حل‌های متفاوتی را که در حقوق کشورهای موضوع مطالعه وجود دارد، برای درک و شناخت مفاهیم حقوقی نشان می‌دهد. از سوی دیگر، با روشن نمودن برتری‌ها و کاستی‌های حقوق داخلی، فرصتی را برای بهبود و اصلاح و همچنین معرفی آن به سایر مراجع وضع بین‌المللی و خارجی فراهم می‌کند. قابل توجه است، در عصر کنونی استمداد قانون‌گذار از حقوق تطبیقی گسترش یافته است زیرا در این عصر، حقوق تنها راه برای برقراری نظم نیست بلکه به دنبال وسیله‌ای برای دگرگونی بنیادی جامعه و رسیدن به وحدت جهانی حقوق است (داوید، ۱۳۸۳: ۱۷). اینک نقش حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی ذیل عناوین شناخت مفاهیم حقوقی، شناسایی برتری‌ها و کاستی‌های حقوق داخلی و در نهایت ایجاد یکنواختی حقوقی در سه بند بررسی می‌گردد.

۱-۱. شناخت مفاهیم حقوقی

یکی از مهم‌ترین کارکردهای حقوق تطبیقی، شناخت مفاهیم حقوقی در کشورهای موضوع مطالعه برای درک بهتر از حقوق ملی است. این مفاهیم بر حسب نظام‌های حقوقی متفاوت، نسبی و متغیر هستند، چه اینکه وضع قواعد حقوقی برای تنظیم روابط میان اشخاص در بستر یک اجتماع صورت می‌گیرد و با تنوع جوامع، مفاهیم حقوقی نیز متنوع خواهند بود. زمانی که یک حقوقدان صرفاً نظام حقوقی داخلی خود را ملاحظه و بررسی

می‌کند، واقف بر بسیاری از نقاط قوت و ضعف موجود در این نظام نخواهد شد. از این رو، علمای حقوق تطبیقی معتقدند که شناخت و ارزیابی صحیح حقوق ملی بدون کمک گرفتن از حقوق تطبیقی بسیار دشوار است و جدایی نظام‌های مختلف حقوقی که در یکدیگر تاثیر متقابل دارند در جهانی که نزدیکی کشورها به یکدیگر در زمینه‌های گوناگون اقتصادی، اجتماعی و غیره بیش از پیش محسوس است، خلاف اصل می‌باشد (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۴۵). همچنین، مطالعه حقوق تطبیقی در نظام‌های مختلف، افق دید را گسترده‌تر می‌کند تا با دقت بیشتری مفاهیم و مسائل حقوقی درک شود. در حالی که بدون برخورداری از آن، صرفاً بینشی کوتاه و محدود از نظام حقوق ملی حاصل می‌گردد (David, 1950, p. 78). بدین سبب، مطالعه حقوق تطبیقی موجب می‌شود که طراحان لوایح قانونی با بینش بهتر و عمیق‌تری به تنظیم آن اقدام کنند.

علاوه بر این، اهمیت آموزش حقوق تطبیقی در دقت در معانی و شناخت دقیق اصطلاحات حقوقی خارجی که در تحلیل نظام‌های مختلف حقوقی به کار می‌رود، نمایان است و به تدریج می‌تواند موجب تکامل اصطلاحات حقوقی گردد (Kisch, 1993, p. 407). بدین ترتیب، حقوق تطبیقی در راستای شناخت حقوق ملی به حقوق دانان آگاهی می‌بخشد که در چه مواردی ورود یک نهاد حقوقی به نظام حقوقی کشور پذیرنده، تاثیر مطلوبی بر ارتقای آن خواهد گذاشت (شیروی، ۱۳۸۵: ۴۰). همچنین ممکن است با شناخت مفاهیم حقوقی به روش هم‌سنجی این نتیجه حاصل شود که برخی نهادهای حقوقی در نظام داخلی نسبت به موارد مشابه در سایر نظام‌ها ارجحیت دارد.

۲-۱. شناسایی کاستی‌ها و برتری‌های حقوق ملی

از مهم‌ترین کارکردهای حقوق تطبیقی، شناسایی کاستی‌های حقوق ملی و استفاده از تجربیات و دستاوردهای کشورهای مختلف برای اصلاح قوانین و مقررات و معرفی برتری‌های حقوق داخلی به مراجع وضع بین‌المللی و خارجی است. در این نوع مطالعه، مقررات حقوقی کشورهای مختلف تجزیه و تحلیل می‌گردد تا اصول و راه کارهای لازم برای اتخاذ راه حل مناسب استخراج شود. پذیرش یافته‌های حقوق کشورهای موضوع مطالعه سبب

می‌شود بدون صرف هزینه و وقت گزاف، مقررات موردنیاز داخلی وضع یا اصلاح شود. ذکر این نکته لازم است، اقتباس و پذیرش صرف از قوانین خارجی می‌تواند نتایج نامطلوبی را به همراه داشته باشد. لذا باید این پذیرش متناسب با شرایط سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی کشور پذیرنده تهیه و تنظیم شود. علاوه بر این، باید در اصلاح قوانین، به اصول حاکم بر آن قانون توجه شود. به عنوان نمونه در اصلاح حقوق تجارت، لحاظ اصول سرعت، استحکام، اطمینان و امنیت امری ضروری است. سرعت تحولات حقوق بازرگانی بایستی با تحولات اقتصادی هماهنگی کامل داشته باشد و چنین سرعتی در تحول حقوق مدنی دیده نمی‌شود.

تاثیرگذاری و تاثیرپذیری نظام‌های حقوقی از یکدیگر تحت عنوان پیوند حقوقی بررسی می‌گردد.^۱ این پیوند به معنای انتقال قانون یا قاعده حقوقی از یک نظام به نظام حقوقی دیگر است (Twining, 2004, p. 17-18). مهمترین نوع پیوند حقوقی، اقتباس از قانون خارجی برای وضع، اصلاح و تکمیل قوانین داخلی توسط قانون‌گذار است (Ewald, 1995, p. 309) که به آن پیوند تقنینی^۲ گویند. نمونه بارز آن را می‌توان در قانون تجارت ایران که با اقتباس از قانون فرانسه تدوین شده است، یافت. همانطور که بیان شد، فرآیند پیوند ممکن است بر اساس شرایط اجتماعی، اقتصادی، مالی و فنی حاکم بر «فرهنگ حقوقی» و نظام حقوقی هر کشور متفاوت باشد (Valderrama, 2003, p. 274). اصولاً استفاده قانون‌گذار در جهت اصلاح و تکمیل قوانین داخلی از دو طریق پیوند جزئی و کلی انجام می‌پذیرد. بدین شرح که اگر قانون‌گذار مقررات مربوط به موضوع خاصی را که در یک یا چند کشور خارجی وجود دارد، اقتباس و آن را به حقوق داخلی وارد کند، به این طرز استفاده پیوند جزئی گویند. در مقابل پیوند کلی به معنای ورود کلی حقوق یک کشور در کشوری دیگر است. در حال حاضر پیوند جزئی رایج و معمول است اما پیوند کلی کمتر اتفاق می‌افتد (افشاری، ۱۳۹۳: ۱۹۷).

1. Legal transplant
2. Legislative transplant

قابل توجه است، کارکرد حقوق تطبیقی محدود به پیوند قانونی نگردید و قضات نیز از آن برای تفسیر قواعد و حل اختلافات قضایی بهره‌مند شدند. بدین سبب دادگاه‌ها، مجرای برای انتقال حقوق خارجی گردیده و قواعد خارجی را به نظام داخلی پیوند می‌زنند که از این پیوند، با عنوان پیوند قضایی^۱ یاد می‌شود (Bobek, 2013, p. 9). بدین ترتیب، قضات می‌توانند در مقام تفسیر قضایی از راهکار کشور خارجی بهره‌شوند (Koopmans, 1996, p. 549). لذا در جایی که قواعد سنتی نظام داخلی نتواند عدالت را تأمین کند و موضوعات نیازمند تفسیر باشد، قضات می‌توانند از حقوق تطبیقی برای ارائه تفسیر مناسب استفاده کنند. حقوق خصوصی نسبت به سایر موارد، آزادی عمل بیشتری به قضات برای استفاده از حقوق تطبیقی در موضوعاتی مانند وجه التزام که در این پژوهش مورد مطالعه موردی قرار گرفته است، می‌دهد. به ویژه در جایی که یک قاعده از نظام حقوقی کشور خارجی گرفته شده است، تفسیر آن با لحاظ حقوق کشور مرجع اقتباس مناسبتر است. از این رو، مراجعه دادگاه‌ها به منابع خارجی بر حل اختلاف برخی پرونده‌ها واقعیتی غیرقابل انکار است (Örücü, 2007, p. 412).

قابل اشاره است، استفاده از حقوق خارجی از سوی قضات نظام حقوق عرفی (کامن‌لا)، به دلیل اینکه سیستم کامن‌لایی به عنوان یک مجموعه واحد در میان کشورهای عضو این خانواده تلقی می‌شود، قابل توجیه‌تر است (Valcke, 2010, p. 87) و همین امر سبب استناد دادگاه‌های انگلستان به رویه قضایی سایر کشورها به ویژه کشورهای عضو خانواده کامن‌لا شده است (Örücü, 2007, p. 420). برخی استفاده از حقوق خارجی را با عنوان گسترش افق‌های قضایی تفسیر نموده‌اند (Bingham, 2010, p. 3). هر چند چنین استفاده‌ای الزام‌آور نیست بلکه به این معنا است که می‌تواند برای قاضی اثر قانع‌کننده داشته باشد (Mak, 2013, p. 33).

در کشورهای حقوق نوشته هر چند بخش قابل توجهی از حقوق خصوصی برگرفته از حقوق رم است اما پس از تدوین به بخشی از هویت ملی تدوین شده و قاضی ملزم به اجرای آن

1. Judicial transplant

است (امامی، ۱۳۸۴: ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۶). از این رو استفاده از حقوق خارجی توسط قضات به وضوح کشورهای کامن‌لا نیست (Örücü, 2007, p. 426). اما در تفسیر قوانین و شناخت مفاهیم حقوقی آن به ویژه در مواردی که این مفهوم از حقوق خارجی اقتباس شده باشد، ناگزیر از مراجعه به آن هستند. استفاده از حقوق خارجی در تفسیر قضایی در جایی نمود پیدا می‌کند که موضوعی در قانون مجمل، مبهم، ناقص یا نامتناسب است. قضات لزوماً به صراحت به قانون خارجی استناد نمی‌کنند بلکه می‌توانند با قواعد و دکترین موجود داخلی آن را توجیه کنند که در این صورت پیوند حقوقی پنهان^۱ ایجاد می‌شود (Gelter, 2014, p. 240). قابل توجه است پیوند قضایی ممکن است به تدریج به پیوند تقنینی از سوی قانونگذار منجر شود زیرا با روشن شدن وجود کاستی یا ابهام در قوانین در رویه قضایی، برای حل مسئله به طور عمیق و ریشه‌ای، اقدام تقنینی لازم می‌نماید.

۳-۱. ایجاد یکنواختی حقوقی

حقوق تطبیقی مدرن به مطالعه سنتی نظام‌های حقوقی مختلف محدود نمی‌شود بلکه امروزه یک رویکرد جامع‌تری با در نظر گرفتن مفاهیم جدیدی نظیر فرهنگ قانونی^۲ به هدف جهانی شدن حقوق مطرح شده است (Valderrama, 2003, p. 262). در جهان معاصر، نزدیکی کشورها در زمینه‌های گوناگون هر روز بیش از پیش محسوس است و از این رو جدایی نظام‌های حقوقی که در یکدیگر تأثیر متقابل دارند خلاف اصل است (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۴۶). پدیده جهانی شدن باعث می‌شود که (الف) «در نتیجه تماس فرهنگی فزاینده، تعدادی از شیوه‌های سنتی ناپدید شوند و (ب) جهانی شدن منجر به ظهور اشکال فرهنگی جدید می‌شود و سنت‌های فرهنگی در هم می‌آمیزند و شیوه‌ها و جهان بینی‌های جدیدی را ایجاد می‌کنند»^۳.

1. Undercover transplant

2. legal culture

3. Gerber, David J., "Globalisation and legal knowledge: Implications for Comparative Law", *Tulane Law Review*, Vol. 75. p. 950.

مطالعه حقوق تطبیقی، جوهره افکار و اندیشه‌های بشر را در مورد حقوق، بررسی و ابزاری در راستای وحدت حقوقی دنیا پدید می‌آورد زیرا امروزه حقوق به طور عام و حقوق تعهدات به طور خاص باید مانند علوم طبیعی یا فلسفه جهانی باشد.^۱ لذا تنها از این طریق است که می‌توان در زمینه علم حقوق به هم‌زیستی مسالمت آمیز و امکان هماهنگی که برای پیشرفت تمدن ما اجتناب‌ناپذیر است، مانند سایر دانش‌ها دست یافت.^۲ مطالعات حقوق تطبیقی همانطور که پیش از این بیان شد، ممکن است برای اصلاح، نوسازی و توسعه نهادهای حقوقی به کار روند. این فرآیند در عمل به مشابهت در محتوای قوانین و مقررات منجر می‌شود به طوری که می‌توان امید داشت در میان مدت شاهد هماهنگی مقررات حقوقی باشیم و در بلند مدت حتی به درجه‌ای از یکنواختی این مقررات دست یابیم. علاوه براین، موسسات معتبری در سطح دنیا که از طریق مطالعه و پژوهش‌های تطبیقی بدست آمده، مبادرت به تهیه و تدوین قوانین نمونه کرده‌اند تا ضمن رعایت اصول قانون‌گذاری، دستاوردهای حقوقی را به صورت الگوی واحد به قانون‌گذاران ملی پیشنهاد دهند. در نگارش این قوانین اصولاً تا حد امکان از استفاده از واژگان و اصطلاحاتی که به نظام حقوقی خاصی تعلق دارد اجتناب می‌شود.^۳ بدین ترتیب، پذیرش قوانین نمونه در قوانین ملی در زمینه حقوق خصوصی که از مطالعات تطبیقی حاصل شده‌اند، عملاً به یکنواختی و وحدت حقوقی در آن زمینه می‌انجامد. در این مورد می‌توان به قانون دآوری تجاری بین‌المللی ایران که بر اساس قانون نمونه آنسیترال به تصویب رسیده است، اشاره کرد. این امر، دادگاه‌های ملی را در معرض تفسیر متون مشترک قرار می‌دهد که برای این تفسیر استفاده از مطالعه تطبیقی تاثیر گذار است (Markesinis, 2007, p. 7). گسترش ارتباطات و

۱. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی تطبیقی، مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات، جلد اول، تهران: نشر میزان، چاپ

دوم، ۱۳۹۶، ص ۳۸.

۲. صفایی همان.

۳. شیروی، همان، ص ۶۲.

دسترسی به منابع برخط نیز توانسته است تاثیر به سزایی در ایجاد یکنواختی حقوقی داشته باشد.

۲. کارکرد عملی حقوق تطبیقی با تعمیق در مطالعه موردی وجه التزام

در این بخش، برای تبیین کارکرد عملی حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی، نهاد وجه التزام به صورت موردی بررسی می‌شود زیرا این نهاد به دلیل نوسانات اقتصادی و دشواری اجرای تعهدات قراردادی به طور فزاینده در قراردادهای مدنی و تجاری مورد استفاده قرار می‌گیرد و مصداقی مشترک در هر دو شاخه حقوق مدنی و حقوق تجارت است. التزام در لغت به معنای همراه شدن، عهده‌دار کاری شدن و ملزم شدن به امری است (عمید، ۱۳۹۳). معنای اصطلاحی آن نیز از مفهوم لغوی خود دور نیفتاده و به معنای التزام به پرداخت مبلغ معین ناشی از توافق طرفین است که در صورت عدم اجرای تعهد یا تاخیر در آن، از سوی متعهدله قابل مطالبه است حتی اگر ضرری به وی نرسیده باشد (صفایی، ۱۳۸۶: ۲۲۴). قابل اشاره است مراد از واژه وجه التزام به کار رفته در این پژوهش، وجه التزام به معنای اعم است که هم شرط کیفی و هم خسارت از پیش تعیین شده را در برمی‌گیرد. با روشن شدن مفهوم وجه التزام، ابتدا این نهاد در حقوق انگلستان و فرانسه هم‌سنجی و سپس با بررسی آن در حقوق ایران نحوه بهره‌مندی از حقوق تطبیقی در اصلاح کاستی‌های آن نشان داده می‌شود.

۲-۱. هم‌سنجی نهاد وجه التزام در حقوق انگلیس و فرانسه و روند تحول آن

حقوق انگلستان و فرانسه هم‌سو با ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی معاصر و با بررسی نقاط ضعف موجود، سیر تحولی ارزشمندی را در مورد نهاد وجه التزام با صرف هزینه و زمان طی نمودند. بهره‌مندی از تجربیات و یافته‌های آن‌ها برای اصلاح کاستی این نهاد در حقوق ایران، با استفاده از روش حقوق تطبیقی بسیار مفید است. اینک، نهاد وجه التزام ابتدا در حقوق انگلستان و سپس در حقوق فرانسه بررسی می‌شود.

۱-۱-۲. نهاد وجه التزام در حقوق انگلستان

شرط کیفری در حقوق انگلستان، یک ساختار کهن است که سابقاً وضعیت مناسبی نداشته است. برای سال‌های متمادی، دادگاه‌ها تلاش کردند تا معیارهای استاندارد فرموله شده را برای معاملات نسبتاً ساده تا شرایط کاملاً پیچیده‌تر به کار ببرند.

از آغاز قرن شانزدهم میلادی، رویه گرفتن تعهد الزام‌آور برای تضمین اجرای تعهدات، رشد نمود و همین امر به متعهدله امکان می‌داد که اولاً از اثبات ضرر معاف شود ثانیاً امکان شرط گذاشتن به میزان قابل توجهی بیش از میزان ضرر را داشته باشد. دادگاه‌های کامن‌لا این تعهد را طبق سند آن اجرا می‌کردند، اما دادگاه‌های انصاف به قصد واقعی طرفین به این صورت که تعهد فقط باید به عنوان وثیقه باقی بماند توجه داشتند. از این‌رو بستنکاران برای وصول تمام مبلغ مندرج در سند به دادگاه کامن‌لا روی می‌آوردند و حجم طرح دعاوی افزایش می‌یافت. به تدریج اجرای این شرط، در دادگاه‌های کامن‌لا تحت شرایطی محدود گردید بدین شرح که بدهکار، با پرداخت خسارت، سود و هزینه‌ها، از تعهد مقرر در سند تنظیم شده رها می‌شد. همچنین متعهدی که تعهد را ولو غیردقیق انجام داده بود، می‌توانست به این اجرا به عنوان مانعی در پرداخت تضمین استناد کند (Ibbetson, 2001, p. 213). همانطور که لرد مکلسفیلد^۱ در پرونده *Peachy v Duke of Somerset* (۱۷۲۰) مقرر کرد: «مبنای واقعی جبران خسارت در مقابل شرط کیفری، براساس هدف اصلی پرونده است. بنابراین در جایی که کیفر فقط برای تضمین پول در نظر گرفته می‌شود، دادگاه صرفاً آنچه را که متعهدله انتظار داشته به او می‌دهد».^۲ این قاعده با قانون تشکیلات دادگستری ۱۶۹۶ و ۱۷۰۵ تنظیم و تمدید شد.

فایده ی بخش ۸ قانون تشکیلات دادگستری ۱۶۹۶ این بود که خواهان که در دادگاه‌های کامن‌لا در مورد تعهد برای تضمین اجرای توافقات، طرح دعوی می‌کرد اجازه داشت خسارت ارزیابی شده واقعی خود را درخواست کند. حکم در مورد تعهد صادر می‌شد، اما

1. Macclesfield

2. Lord Macclesfield observed in *Peachy v Duke of Somerset* (1720) 1 Strange 447, 453.

با پرداخت خسارت ارزیابی شده توسط متعهد، اجرا متوقف می‌گردد. قانون تشکیلات دادگستری ۱۷۰۵ نیز به خواننده اجازه داد که مبلغ زیان واقعی را همراه با سود و هزینه‌ها به دادگاه بپردازد و به عنوان دفاع به پرداخت آن تکیه کند. این قوانین در ابتدا به عنوان تسهیلاتی برای خواهان‌هایی که بر مبنای این تعهدات اقامه دعوا می‌کردند تنظیم شده بود. اما در پایان قرن هجدهم، دادگاه‌های کامن‌لا شروع به تلقی رویه‌های قانونی به عنوان رویه اجباری کردند و خواستار ادعای خسارت و اثبات آن بودند. بنابراین، تأثیر این قانون این بود که دیگر نیازی به رسیدگی جداگانه در دادگاه انصاف برای رهایی از شرط کیفری و در دادگاه‌های کامن‌لا برای ضرر واقعی نبود. این قانون، پیمان شکن را از عواقب رهایی بخشید به این دلیل که هدف مغایر با نظم عمومی بود و بنابراین به هیچ وجه نباید به آن عمل می‌شد.^۱ مجلس اعیان انگلستان در آغاز قرن بیستم کوشید در دو تصمیم اساسی، در دعوای کلایدبانک^۲ در سال ۱۹۰۴ و دانلوپ^۳ در سال ۱۹۱۵، مجدداً بیان کند که میان شرط خسارت مقطوع^۴ و شرط کیفری^۵ باید تمایز قائل شد و همین تفکیک برای حقوق مدرن، اساسی باقی ماند.^۶ براساس این تفکیک، دادگاه‌های انگلستان در شرط کیفری مداخله می‌کنند اما به شرط خسارت مقطوع احترام و بدون مداخله آن را اجرا می‌کنند. برای تعیین معیار مناسب در تشخیص شرط کیفری و خسارت مقطوع نظریات متعددی در حقوق انگلیس بیان شده است: لرد هالسبوری^۷ در پرونده کلایدبانک بیان نمود که هیچ

1. Case Cavendish Square Holding BV (Appellant) v Talal El Makdessi (Respondent); ParkingEye Limited (Respondent) v Beavis (Appellant), p.7.

2. Clydebank

3. Dunlop

4. liquidated damages

5. Penalty clauses

6. The classic cases (Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v. Castaneda (1904) 7 F (HL) 77 & Dunlop pneumatic Tyre co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd (1915) AC 79)

7. Halsbury

دادگاهی نباید اجازه دهد شرط «طاقت فرسا»،^۱ «غیر منصفانه یا غیر معقول»^۲ و «گزاف»^۳ اجرا شود و از وضع هر قاعده انتزاعی برای تعیین اینکه چه چیزی غیرمنصفانه (غیرمعقول) یا گزاف است، خودداری نمود و صرفاً اشعار داشت که این امر به عواملی همچون ماهیت معامله، کاری که باید انجام شود، ضرری احتمالی شخص مجری قرارداد بستگی دارد.^۴ همچنین لرد پارکر^۵ در پرونده دانلوپ نیز معتقد بود «اینکه آیا مبلغ توافق شده برای پرداخت در مورد نقض واقعاً یک کیفر است، باید به شرایط هر مورد خاص بستگی داشته باشد».^۶

لرد دوندین^۷ در سخنرانی خود چهار معیار را فرموله کرد که اگر در پرونده تحت رسیدگی قابل اجرا باشد، می‌تواند مفید و تعیین‌کننده باشد. معیارها عبارتند از: (الف) اگر "مبلغ تعیین شده در قیاس با بزرگترین ضرر قابل تصور از نقض، غیرمنصفانه (غیرمعقول) و گزاف باشد" این شرط کیفر خواهد بود. (ب) اگر نقض قرارداد صرفاً شامل عدم پرداخت پول باشد و شرط تعیین شده، پرداخت مبلغ بیشتری را پیش‌بینی کرده باشد. یعنی موضوع قرارداد پرداخت وجه نقد باشد و در اثر نقض آن سود مازادی به این وجه نقد تعلق گیرد این شرط کیفری است. (ج) شرط کیفری خواهد بود زمانی که صرفاً یک مبلغ مقطوع در قبال یک یا چند رویداد که از لحاظ درجه اهمیت متفاوت هستند و منجر به خسارات متفاوتی هم می‌شوند، قابل پرداخت باشد و (د) اگر پیامد نقض قرارداد به گونه‌ای است که پیش‌بینی دقیق ضرر واقعی آن ممکن نیست، صرفاً به این دلیل نمی‌تواند شرط کیفری تلقی

1. Extravagant

2. Unconscionable

3. Exorbitant

4. Clydebank Engineering Co v Castaneda: HL 19 Nov 1904, p. 10.

5 Parker

6. Dunlop pneumatic Tyre co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd (1915) AC 79.p. 99.

7 Dunedin

می‌شود. این معیارها، ابزار مفیدی را برای تصمیم‌گیری در مورد شرط خسارت بدست داد.^۱

هرچند برخی معتقدند معیارهای ارائه شده از سوی لرد دوندین در قراردادهای ساده و استاندارد مفید است اما به راحتی در موارد پیچیده‌تر قابل اعمال نیستند. اکثر پرونده‌هایی که از زمان پرونده دانلوپ در انگلستان تصمیم‌گیری شده‌اند، مربوط به بندهای کم و بیش استاندارد خسارت در قراردادهای مصرف‌کننده بوده‌اند و چهار معیار لرد دوندین برای رسیدگی به این موارد کاملاً کافی بوده است.^۲ با این حال، اخیراً دادگاه‌ها به امکان اعمال معیارهای گسترده‌تر در موارد پیچیده‌تر، در زمینه تجاری که ممکن است کیفر تلقی شوند، توجه دارند. از این‌رو برای رسیدن به مقصود، لرد آنکینسون^۳ به موضوع بر مبنایی گسترده‌تر پرداخت و به معیارهایی همچون اهمیت حیاتی حفاظت از نام تجاری، شهرت و حسن شهرت تجاری و شبکه توزیع مجاز تاکید نمود.^۴ ایشان به تأکید دارد. نمونه اولیه تصمیم مجلس اعیان در پرونده The Scaptrade است، لرد دیپلاک^۵ که بقیه کمیته استیناف با او موافق بودند، بیان کرد که حق پس گرفتن یک کشتی اجاره شده به دلیل عدم پرداخت پیش‌کرایه، شرط کیفری نبوده؛ زیرا هدف تجاری آن ایجاد صندوقی بود که هزینه‌های ارائه خدمات چارتر از آن تامین شود. قاضی کولمن جی^۶ در پرونده Lordsvale Finance plc v Bank of Zambia، به شرط رایج در یک قرارداد وام سندیکایی توجه داشت که در هر دوره‌ای که وام‌گیرنده تخلف کند، بهره با نرخ بالاتری قابل پرداخت باشد. او معتقد بود که این بند معتبر است و شرط کیفری نیست زیرا هدف اصلی آن جلوگیری از تخلف نبوده، بلکه منعکس کردن ریسک اعتباری بیشتر مرتبط با وام‌گیرنده‌ی در حال تخلف بود.

1. Ibid. p. 87.

2. Case Cavendish Square Holding BV (Appellant) v Talal El Makdessi (Respondent); ParkingEye Limited (Respondent) v Beavis (Appellant), 2015, p.25.

3. Atkinson

4. Ibid.

5. Diplock

6. Colman J

او بر این باور بود که یک شرط برای پرداخت پول در صورت تخلف، صرفاً به این دلیل که پیش بینی واقعی خسارت نیست، نمی‌تواند به عنوان کیفر طبقه بندی شود و در نهایت اشاره کرد: «هیچ دلیلی وجود ندارد که یک شرط قراردادی که اثر آن افزایش هزینه پرداختی تحت یک قرارداد پس از وقوع تخلف است - چنانچه این افزایش در شرایط موجود از نظر تجاری قابل توجیه باشد - به عنوان کیفر در نظر گرفته شود، زیرا هدف غالب آن، اصولاً این نبوده که طرف مقابل را از نقض منصرف کند.»^۱

نکته حائز اهمیت این است که تعیین کیفری بودن شرط، نوعی دخالت در آزادی قراردادهای است و این حقیقت را که طرفین حق دارند از قانون انتظار حمایت داشته باشند، تضعیف می‌کند. به همین سبب قاضی دیپلاک به درستی فهمید که «دادگاه نباید به دنبال آن باشد که با دقت و زیرکی یک شرط کیفری را کشف کند». همانطور که لرد وُلْف^۲ بیان نمود «دادگاه باید مراقب باشد که استانداردهای خیلی سخت گیرانه‌ای را تعیین نکند و در نظر داشته باشد که آنچه طرفین توافق کرده اند باید به طور معمول رعایت شود، حداقل به این دلیل که هر رویکرد دیگری به عدم اطمینان نامطلوب به ویژه در قراردادهای تجاری منجر خواهد شد» (Poole, 2006, p. 10). به ویژه در قراردادهایی که طرفین به درستی مورد مشاوره قرار گرفته و دارای قدرت چانه‌زنی هستند، پیش فرض اولیه باید این باشد که خود طرف‌ها بهترین قاضی برای پذیرش عواقب نقض هستند. لرد وُلْف به طور خاص به این واقعیت اشاره دارد که «یکی از طرفین قرارداد قادر است در انتخاب شرایط قرارداد به هنگام تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا شرط خسارت، کیفر است یا خیر، با تسلط اعمال نظر کند».^۳

لازم به ذکر است شروطی در حقوق انگلیس وجود دارند که از نظارت و بازرسی قضایی دادگاه مصون هستند که شامل شرط حال شدن دیون،^۴ شرط کیفری مخفی یا پوششی^۵

1. Case *Lordsvale Finance plc v Bank of Zambia* [1996] QB 752, pp 763-764.

2 Woolf

3. Case *Cavendish*, op. cit. p.35.

4. Acceleration clause

5. Disguised Penalty clause

و وجه التزام ناچیز هستند. شرط حال شدن دین در جایی است که بنابر توافق طرفین، در صورت تخلف در پرداخت به موقع یکی از اقساط از سوی متعهدله، کل دین حال شود. این شرط، شرط کیفری تلقی نمی‌شود (Mckendrick, 2005, p. 113). شرط کیفری مخفی، نخستین بار از سوی قاضی بینگام^۱ در سال ۱۹۸۹ بیان شد. در این دعوا شرط شده بود که همه ارقام موضوع اجاره باید ظرف ۱۴ روز از تاریخ تحویل به موجر اعاده شود، مگر در جایی که طرفین طی توافق، با تمدید مدت موافقت کنند. اگر به موجب چنین شرطی، مستاجر در ازای مبلغ بیشتر بتواند مدت بیشتری کالای موضوع قرارداد را نگاه دارد، قواعد شرط کیفری اعمال نخواهد شد.^۲

طبق رویه غالب در محاکم انگلستان، اصل بر احترام به اراده طرفین و اعتبار دادن به شرط تعیین میزان خسارت است و دخالت در اراده طرفین و کیفر تلقی کردن شرط که مستلزم تعدیل آن است، به عنوان استثناء محسوب می‌شود. این امر در دو پرونده Cavendish Square Holding BV علیه Talal El Makdessi در رابطه با اختلاف در دو بند مقرر در یک قرارداد تجاری و دعوای دیگر Beavis علیه ParkingEye Limited در قرارداد مدنی در سطح مصرف کننده نمود یافته^۳ و در تصمیم نهایی صادره از دادگاه تجدیدنظر مقرر شد که شروط مذکور در هردو پرونده، شرط کیفری تشخیص داده نمی‌شوند. لذا شروط تعیین شده لازم-الاجرا هستند و دادگاه در آن دخالتی نمی‌کند.

۲-۱-۲. نهاد وجه التزام در حقوق فرانسه

قانون فرانسه که از حقوق روم قدیم الهام گرفته است، با به کار بردن اصطلاح شرط کیفری،^۴ شخصی را که به تعهد خویش عمل نمی‌کرد، شایسته حمایت از سوی قانون نمی‌دانست و

1. Bingham

2. Ibid. p.1131.

3. Cases Cavendish Square Holding BV (Appellant) v Talal El Makdessi (Respondent); ParkingEye Limited (Respondent) v. Beavis (Appellant), 4 November 2015.

4. Clause pénale

با توجه به اصل حاکمیت اراده این شرط را صحیح تلقی می‌نمود. از این رو، لزوم تناسب میان شرط تعیین شده و خسارات وارده مطرح نبود (Mazeaud, 1992, p. 43). طبق ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، قاضی اختیار افزایش یا کاهش مبلغ شرط کیفری را نداشت، حتی اگر آن مبلغ گزاف یا ناچیز ارزیابی می‌شد. آنچه به موجب ماده ۱۲۳۱ همان قانون مجاز بود، تعدیل شرط کیفری در صورت اجرای قسمتی از قرارداد بود که آن نیز تحت شرایطی نظیر تجزیه‌پذیری تعهد و عدم وجود شرط خلاف توسط طرفین قرارداد اعمال می‌شد. چنین حکمی همواره در روبه قضایی پشتیبانی و قاعده ثبات شرط کیفری قرارداد در آراء دیوان عالی تاکید می‌شد (Malaurie, 2007, p. 990). اما تحولات اجتماعی و حقوقی موجب شد که تحت شرایطی اختیار تعدیل شرط کیفری به دادگاه سپرده شود. سرآغاز نظارت بر شروط اجحاف آمیز و غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کنندگان در نیمه دوم قرن بیستم بود. به تدریج، این قراردادها از شمول قواعد کلی خارج شد، ولی روند نظارتی بر وجه التزام ادامه یافت (Chabas, 1998, p. 641).

از سال ۱۹۷۰ برخی حقوق دانان با استفاده از آموزه‌های حقوق تطبیقی، به طور جدی مسئله اصلاح قانون را مطرح نمودند تا دادگاه‌ها اختیار تعدیل شروط گزاف را داشته باشند. همچنین، دیدگاه جدیدی در مورد وجه التزام نیز ارائه شد که چهره حقوقی آن را بر جنبه کیفری آن غالب می‌دانست. اما امکان تجدیدنظر در مبلغ این شرط همچنان موضوع بحث و بررسی بود و لزوم وجود چنین امکانی به دلیل عدم تعادل برخی از این شروط با ارزش عوضین محسوس بود (Cabrillic, 2020, p. 221). شماری از حقوقدانان فرانسوی نیز معتقد بودند حتی اگر چهره کیفری شرط غالب باشد، تعدیل آن قابل توجیه است، زیرا دادگاه باید بتواند عدالت را در رابطه حقوقی طرفین جاری سازد تا یکی از آنها با سوءاستفاده از این ابزار بر دیگری به ناحق تسلط نیابد (Saleilles, 2018, p. 232).

در نهایت مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۳۱ قانون مدنی در ژوئیه ۱۹۷۵ اصلاح و امکان نظارت قضایی بر شروط کیفری فراهم شد که مبنای آن را باید در عدالت و انصاف و نظم عمومی اقتصادی قراردادی جستجو کرد. این امر مستلزم آن بود که قاضی بتواند راساً نسبت به تعدیل شروط

گزارف یا ناچیز تصمیم بگیرد (Carbonnier, 2017, p.118). با تاکید بر این نتیجه توسط دکترین و دیوان عالی کشور، سرانجام قانون در ۱۱ اکتبر ۱۹۸۵ مجدداً اصلاح شد. به موجب متن اصلاحی مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۳۱، قاضی صراحتاً اجازه دارد تا رأساً و بدون تقاضای طرفین دعوا، شرط کیفی بسیار گزارف یا ناچیز را مورد بازبینی قرار دهد (Viney, 1988, p. 245). سپس با افزودن پارگرافی به ماده ۱۲۳۱ در سال ۲۰۱۶ رژیم وجه التزام به نحو کاملتر توصیف شد. با این حال، باید توجه داشت، تعدیل این شرط صرفاً در شرایط غیرمنصفانه امکان‌پذیر است و این اختیار به عنوان یک استثناء بر اصل ثبات و نیروی الزام‌آور قراردادها از حمله شرط کیفی است که نتیجه ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی است (Viney, 1988, p. 178). بنابراین اختیار قضایی در صورتی اعمال می‌شود که عدم تناسب جدی میان مبلغ تعیین‌شده و خسارت وجود داشته باشد.

دادگاه‌ها برای اعمال نظارت قضایی بر وجه التزام، با نگاه جامع بر شرایط و اوضاع احوال، مواردی را برای مسئله تعدیل آن لحاظ می‌کنند: یکم؛ منشأ تعیین و ارزیابی خسارت باید قراردادی باشد و در موارد غیر قراردادی تعدیل قابل اجرا نیست. دوم؛ هدف از درج شرط، تعیین و جبران خسارت ناشی از تخلف باشد. درجایی که مبلغ خسارت تعیین شده، ضمانت اجرای نقض عهد نیست و به عنوان عوض یک تعهد است، قابل تعدیل نیست. سوم؛ خسارت تعیین شده باید متضمن مبلغی پول برای جبران خسارت باشد. چه اینکه بند اول ماده ۱۱۵۲ صرفاً اشاره به شروطی که متضمن مبلغی پول است، دارد. از این رو، قابلیت تعدیل در بند دوم آن، اشاره به شروطی دارد که دارای ماهیت پولی است. به طور کلی دادگاه باید نگاه جامعی به شرایط و اوضاع احوال قرارداد داشته باشد. وضعیت متعهد اعم از افسار یا ورشکستگی موجب نمی‌شود که میزان مبلغ تعیین شده را غیرمتعارف جلوه دهد.^۱ برخی از محاکم برای تعدیل خسارت، بر میزان خسارت وارد شده تاکید دارند و با ارجاع امر به کارشناسی، چنانچه خسارتی ارزیابی نشود وجه التزام را رد می‌کنند.^۲ اما این

1. Civ. Ire, 14 Nov. 1995, No.94-04. 008.

2. Com. 16 juillet. 1991, D. 1992, 365, note D. Mazeaud.

موضوع مورد نقد واقع شده چرا که نقض قرارداد به خودی خود متضمن ورود خسارت است. از این رو، برخی دادگاه‌های تجدیدنظر فرانسه، اختیار رد کلی وجه التزام را برای قضات نپذیرفته‌اند و تأکید کرده‌اند که حداقلی از آن باید در نظر گرفته شود.^۱ بنابراین، قانون‌گذار فرانسوی با اصلاح موادی از قانون مدنی فرانسه که مرجع اقتباس ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران بوده است، امکان تعدیل وجه التزام را فراهم نموده است. هرچند همانند حقوق انگلستان، امکان تعدیل وجه التزام به معنای اعم، صرفاً تحت شرایطی به عنوان یک استثناء امکان پذیر است و تا حد امکان از اصل آزادی اراده طرفین، ثبات و نیروی الزام‌آور شرط قراردادی حمایت می‌شود.

۲-۲. نهاد وجه التزام در حقوق ایران و لزوم اصلاح کاستی آن

نهاد حقوقی وجه التزام که همواره محل مناقشه میان حقوقدانان بوده است با تصویب قانون مدنی وارد نظام حقوقی ایران شد. هرچند در قانون مدنی نامی بر توافق طرفین در تعیین میزان خسارت گذاشته نشده ولی در قوانین دیگر نظیر تبصره ۴ و ۵ ماده ۳۴ قانون ثبت، لفظ وجه التزام بکار رفته است. وجه التزام، مبلغ تعیین شده توسط طرفین قرارداد برای خسارت ناشی از نقض تعهد به طور مقطوع است که در حقوق ما، دارای هر دو جنبه کیفری و جبران خسارت است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱۳). برخی در تبیین مفهوم وجه التزام، آن را توافق بر جبران خسارت محتمل الوقوع ناشی از عدم یا تاخیر در اجرای تعهد و میزانی از خسارت که باید پرداخت شود تعریف نموده‌اند و چنانچه مقدار تعیین شده برای جبران خسارت، بیش از حد باشد و جریمه اضافی محسوب شود، شرط کیفری می‌نامند (پاسبان، ۱۳۹۴: ۱۴).

ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران که از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه^۲ اقتباس شده و بیانگر دیدگاه کلاسیک در مورد وجه التزام است، اشعار می‌دارد «اگر در ضمن معامله شرط شده

1. Com. 23 mars 1999, n° 97-11. 835.

۲. ماده ۱۱۵۲: «هرگاه در قرارداد مقرر شود که در صورت عدم انجام تعهد از ناحیه یکی از طرفین مبلغی به عنوان خسارت پرداخت گردد، طرف دیگر استحقاق مبلغی بیشتر یا کمتر از آنچه مقرر شده، نخواهد داشت».

باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است، محکوم نماید». این ماده با وجود اصلاحاتی که در قانون مرجع اقتباس یعنی قانون مدنی فرانسه انجام گرفته، تا کنون بدون تغییر باقی مانده است.

در تلاش برای ارائه مبنای مناسب در تعدیل وجه التزام، نظریات متفاوتی مطرح شده است. برخی به دنبال ارائه تفسیر جدیدی از قصد طرفین هستند و با این استدلال که اعمال شروط احجاف آمیز و گزاف، موافق قصد طرفین نمی‌باشد و مقصود اولیه تحت فشار گذاشتن متعهد و در واقع تضمین اجرای تعهد است، معتقدند به دلیل فقدان قصد، شرط باطل و قابل اجرا نیست (عابدیان، ۱۳۸۵: ۲۰). این دیدگاه بدون اینکه قرینه‌ای برای اثبات قصد درونی طرفین قرارداد ارائه کند، به کاوش در قصد آن‌ها می‌پردازد. بنابر دیدگاه دیگر، اگر مبلغ وجه التزام نسبت به خسارت واقعی نامتناسب و گزاف تعیین شود به طوریکه هدف از برقراری آن، انتفاع ناروای طلبکار باشد، چنین شرطی نافذ نیست و شرط وجه التزام در جایی نافذ است که دارای جهت و موضوع مشروع باشد یعنی برخلاف قانون و نظم عمومی به نظر نرسد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱۶). برخی دیگر بنابر قاعده عسر و حرج، مبلغ وجه التزام را در صورتی که اجرای شرط موجب حرج غیرمتعارف برای متعهد گردد، قابل تعدیل می‌دانند (عادل، ۱۳۸۰: ۹۹) هرچند ضمانت اجرای حرج در انجام تعهد مقرر در قرارداد، زوال وصف لزوم انجام آن و به وجود آمدن حق فسخ برای طرف مقابل است (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۱۱۰). راه‌های مناسب دیگری نیز برای تعدیل وجه التزام بیان شده است از جمله اینکه دادگاه می‌تواند با تفسیر اراده مشترک طرفین قلمرو وجه التزام را محدود کند، همچنین اگر جزئی از تعهد اجرا شده باشد، به اندازه‌ای که متعهدله از آن بهره‌مند گردیده، از مبلغ وجه التزام کسر کند یا اینکه وجه التزام را در صورتی که مبلغی نامعقول و با انصاف سازگار نیست به استناد به ماده ۴ ق.م.م تخفیف دهد. در مواردی هم که وجه التزام کمتر از خسارت وارده باشد، دادگاه می‌تواند همانند قراردادهای عدم یا تحدید مسئولیت به علت مغایرت آن با نظم عمومی باطل اعلام کند (صفایی و رحیمی،

۱۳۹۷، ۲۷۴). البته در این فرض، مبلغ تعیین شده باید ناچیز باشد تا امکان تعدیل آن وجود داشته باشد.

بنابراین، با وجود اینکه اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که توافق طرفین در تعیین مبلغ خسارت معتبر و الزام‌آور باشد اما نباید با تعیین مبلغی گزاف و نامعقول نظم عمومی اقتصادی معاملات را به ویژه در جایی که طرفین قرارداد در یک موقعیت برابر با یکدیگر قرار ندارند برهم زد که در این صورت در راستای رسیدن به تعادل اقتصادی و اجرای عدالت و انصاف، مبلغ تعیین شده نیازمند تعدیل خواهد بود. همانطور که بحث تعدیل اجاره بها برای حفظ تعادل اقتصادی قرارداد در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ پیش بینی شده است. همچنین با الهام از ماده ۴۶ ثانوی تجارت الکترونیک که بر منصفانه بودن شروط ضمن عقد تأکید دارد، می‌توان قائل بر لزوم منصفانه بودن شروطی نظیر وجه التزام شد. تعدد نظریات در یافتن مبنایی برای تعدیل وجه التزام، در کنار نظر برخی که اساساً قائل به امکان تعدیل قرارداد نیستند (امامی، ۱۳۸۴: ۲۵۰) موجب شده است که آراء متفاوتی در برخورد با این مسئله صادر شود که به دو نمونه از آن‌ها اشاره می‌گردد: شعبه ۱۱ دادگاه تجدید استان فارس در یک اقدام پیشگامانه در دادنامه برگزیده شماره ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۵۶ مورخ ۱۳۹۵/۶/۳۱، حکم بر تعدیل وجه التزام براساس انصاف، عدالت معاوضی، شرایط قرارداد و قواعد فقهی نفی عسر و حرج و لاضرر صادر نمود. در این رای مقرر شده است «خسارت ناشی از عدم انجام تعهد روزانه ۴ میلیون ریال با لحاظ کل ثمن معامله، بسیار گزاف و خلاف انصاف و عدالت معاوضی و غیرعادلانه بنظر می‌رسد. بنابراین هیأت دادگاه با مستفاد از حکم کلی منعکس در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی که قائل بر تعدیل تعهدات قراردادی توسط دادگاه گردیده و قواعد فقهی نفی عسر و حرج و لاضرر و ملاک ماده ۱۵۰ قانون دریایی ایران با تعدیل و تقلیل وجه التزام روزانه از چهار میلیون ریال به روزانه ۱۰۰ یک میلیون ریال تأیید نمود». در مقابل، شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۴۴۲۱۹۰۱۴۸۷۰ با این استدلال که تعدیل خسارت برابر مواد ۲۱۹ و ۲۳۰ قانون مدنی ممکن نیست و عقود

که طبق قانون منعقد شده بین متعاملین و جانشینان قانونی ایشان لازم‌الاتباع است، حکم به محکومیت خوانده به پرداخت وجه التزام قراردادی صادر نمود. بدین ترتیب لزوم اصلاح مقرره مربوط به وجه التزام در قانون ایران همگام با ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی حقوق معاصر، به منظور ایجاد هماهنگی در رویه قضایی و جلوگیری از آثار سوء ناشی از شروط گزاف، نامعقول و اجحاف آمیز، امری ضروری است. برای اصلاح مقرره مذکور، می‌توان از دستاورد و یافته‌های مطالعه تطبیقی که از طریق هم‌سنجی حقوق انگلستان و فرانسه در پژوهش حاضر انجام شد، استفاده کرد.

نتیجه‌گیری

حقوق تطبیقی با تعیین خصوصیات و مشترکات حقوق کشورهای مورد مطالعه و ارائه تفاسیر و راه‌حل‌های مناسب، درک نهاد حقوقی موضوع پژوهش را تسهیل می‌کند تا با افق دید گسترده‌تر و بینش عمیق‌تری راهکار مناسب برای حل موثر مسائل ارائه شود. علاوه بر این، با روشن نمودن برتری‌ها و کاستی‌های حقوق داخلی فرصتی را برای بهبود و اصلاح آن فراهم می‌کند و فرصتی ارزشمند برای معرفی برتری‌های حقوق داخلی به مراجع وضع بین‌المللی و خارجی بدست می‌دهد. در عصر کنونی که حقوق تنها راهی برای برقراری نظم نیست بلکه به دنبال وسیله‌ای برای جهانی شدن و ایجاد یکنواختی حقوقی است، استفاده حقوق‌دانان از مطالعه تطبیقی گسترش یافته است تا با الهام گرفتن از دست آوردهای سایر کشورها، مطالبی را برای همسویی با تحولات حقوقی عصر حاضر به قانون‌گذار خود پیشنهاد دهند.

برای تبیین کارکرد عملی حقوق تطبیقی در حقوق خصوصی که مناسب‌ترین شاخه برای مطالعه تطبیقی است، با مطالعه موردی وجه التزام در حقوق انگلیس، فرانسه و ایران با روش هم‌سنجی، لزوم اصلاح کاستی مقرره وجه التزام در حقوق داخلی محرز گردید. قواعد مربوط به وجه التزام در کشورهای موضوع مطالعه همگام با ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی دچار تحولاتی شده است و حفظ دیدگاه کلاسیک، نتیجه‌ای جز ارائه تفاسیر متعدد و تشتت آراء قضایی به دنبال نخواهد داشت. تجارب کشورهای موضوع مطالعه

نشان می‌دهد اولاً برای جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی طرف قرارداد به ویژه در جایی که قرارداد تحمیلی است و دو طرف در موقعیت برابر قرار ندارند، باید امکان تحدید اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی و تعدیل وجه التزام به هدف برقراری عدالت معاوضی و نظم عمومی اقتصادی وجود داشته باشد. ثانیاً چارچوب این مداخله باید به نحو صریح روشن شود به طوری که صرفاً در مورد شروط گزاف، اجحاف آمیز و غیرمنصفانه یا غیرمعقول قابل اعمال باشد زیرا عدم تعیین چارچوب آن، خود می‌تواند در روابط قراردادی طرفین اختلال ایجاد کند. بنابراین با بهره‌مندی از مطالعه تطبیقی باید امکان کنترل آزادی اراده طرفین و تعدیل وجه التزام به عنوان امر استثنائی و با تعیین چارچوب و معیار اعمال آن، مورد قانون‌گذاری واقع شود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- افشار، حسن (۱۳۵۵). کلیات حقوق تطبیقی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم.
- افشاری، فریدون (۱۳۹۳). حقوق تطبیقی. مشهد: نشر تمرین، چاپ اول.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۴). حقوق مدنی. جلد ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه، چاپ بیست و پنجم.
- پاسبان، محمدرضا؛ رحمتی، پرویز، غریبی، سارا (۱۳۹۴). تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام؛ با تأکید بر نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمن. دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی، ۳(۲)، ۱۴-۲۸.
- <https://dorl.net/dor/20.1001.1.23221712.1393.3.2.2.0>
- داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۸۳). درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سیدحسین صفایی، تهران: نشر میزان.
- شبروی، عبدالحسین (۱۳۸۵). حقوق تطبیقی. تهران: انتشارات سمت، چاپ پنجم.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۶). حقوق مدنی و حقوق تطبیقی. تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: انتشارات سمت.
- عادل، مرتضی (۱۳۸۰). توافق بر خسارت در قراردادها. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۵۳(۰)، ۷۷-۱۱۲. https://jflps.ut.ac.ir/article_12548.html
- عابدیان، میرحسین (۱۳۸۵). مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها. مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (الهیات و حقوق)، ۱(۱۹)، ۳-۴۳.
- عمید، حسن (۱۳۹۳). فرهنگ فارسی عمید. تهران: امیرکبیر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). فلسفه حقوق، جلد سوم: منطق حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). قواعد عمومی قراردادها. جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱). قواعد فقه، بخش مدنی ۲. تهران: انتشارات سمت، چاپ پنجم.
- یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۶). حقوق مدنی تطبیقی، مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات. جلد اول، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.

References

- Abadian, M.H. (2006). Comparative Study of the Enforceability of Criminal Clauses in Contracts. *Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences (Theology and Law)*, 1(19), 3–43. (in Persian)
- Adil, M. (2001). Agreement on Damages in Contracts. *Journal of the Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran*. 0(53), 77–112. https://jflps.ut.ac.ir/article_12548.html (in Persian)
- Afshar, H. (1976). *General Principles of Comparative Law*. Tehran: University of Tehran Press, Fourth Edition. (in Persian)
- Afshari, F. (2014). *Comparative Law*. Mashhad: Tamrin Publication, First Edition. (in Persian)
- Amid, H. (2014). *Amid Persian Dictionary*. Tehran: Amir Kabir. (in Persian)
- Bingham, T.H. (2010) *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bobek, M. (2013) *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press.
- Cabrillac, R. (2020). *Law: Obligations*. 13th ed., Paris: Dalloz-Cours. (In French)
- Carbonnier, J. (2017). *Civil Law, Property, Obligations*. Vol. II, 2nd ed., Paris: Guadriagne. (In French)
- Cases (Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v. Castaneda (1904) 7 F (HL) 77 & Dunlop pneumatic Tyre co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd (1915) AC 79.
- Cases Cavendish Square Holding BV (Appellant) v Talal El Makdessi (Respondent); ParkingEye Limited (Respondent) v Beavis (Appellant), 4 November 2015.
- Chabas, F. (1998). *Lessons in Civil Law*. Volume 11, Obligations, 9th ed.: translated by Dr. Seyyed Jehovrah Spinoza. (in French)
- David, R. (1950). *Elementary Treatise on Comparative Civil Law: Introduction to the Study of Foreign Laws and Comparative Method*. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence. (in French)

- David, R., & Jouffroy Spinoza, C. (2004). *An Introduction to Comparative Law and the Two Major Contemporary Legal Systems*, translated by Seyed Hossein Safaei, Tehran: Mizan Publication. (in Persian)
- Emami, S.H. (2005). *Civil Law*. Volume 1, Tehran: Islamic Bookstore Publications, Twenty-Fifth Edition. (in Persian)
- Ewald, W. (1995). Comparative jurisprudence (II): the logic of legal transplants. *The American Journal of Comparative Law*, 43(4), 489-510. <https://doi.org/10.2307/840604>
- Gelter, M., & Siems, M. M. (2013). Language, legal origins, and culture before the courts: Cross-citations between Supreme Courts in Europe. *Supreme Court Economic Review*, 21(1), 215-269. <https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/675270>
- Gerber, D. J. (2000). Globalization and legal knowledge: implications for comparative law. *Tul. L. Rev.*, 75, 949. <https://ssrn.com/abstract=2295699>
- Husa, J. (2015) *A New Introduction to Comparative Law*. Oxford: Hart.
- Ibbetson. D.J, A (2001) *Historical Introduction to the Law of Obligations*. first published in Paperback, Oxford: Oxford University Press.
- Katouzian, N. (2006). *Philosophy of Law*. Volume Three: Logic of Law. Tehran: Joint Stock Company of Publications. (in Persian)
- Katouzian, N. (2015). *General Principles of Contracts*. Volume Four, Tehran: Joint Stock Company of Publications, Ninth Edition. (in Persian)
- Kisch, I. (1993) *Comparative Law and Legal Terminology*. in the cited volume, Goals and Methods of Comparative Law. (in French)
- Koopmans, T. (1996). Comparative law and the courts. *International & Comparative Law Quarterly*, 45(3), 545-556. <https://www.jstor.org/stable/760681>
- Mak, Elaine, (2013) *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*. Oxford: Hart Publishing.
- Malaurie, P. (2007) *Laurent Aynes & Philippe Stoffel-Munk, Obligations*. 3rd ed., Defrenois, Universities of France N.180. (In French)
- Markesinis, Basil, Jörg Fedtke (2007) *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*. London: Routledge-Cavendish Publishing.
- Mazeud, D. (1992) *The Notion of Penal Clause*. Paris: LGDJ. (in French)

- Mckendrick, E. (2005), *Contract Law*. 2th ed, Oxford: Oxford University Press.
- Mohaghegh Damad, .M. (2002). *Principles of Jurisprudence, Civil Section 2*. Tehran: Samt Publications, Fifth Edition. (in Persian)
- Örücü, E. (2007) Comparative Law in Practice: The Courts and the Legislator. in Örücü & Nelken, eds., *Comparative Law: A Handbook*, Oxford: Hart Publishing.
- Pasban, M.R., Rahmati, P., & Gharibi, S. (2015). Economic Analysis of the Institution of Obligatory Payment; with Emphasis on Common Law and Roman-Germanic Legal Systems. *Journal of Civil Law Studies*, 3(2), 14-28.
<https://dorl.net/dor/20.1001.1.23221712.1393.3.2.2.0> (in Persian)
- Poole, J. (2006) *Textbook on Contract Law*. 8th ed, Oxford University Press.
- Safaei, S.H. (2007). *Civil Law and Comparative Law*. Tehran: Mizan Publication, Second Edition. (in Persian)
- Safaei, S.H., & Rahimi, H. (2018). *Civil Liability (Non-Contractual Obligations)*. Tehran: Samt Publications. (in Persian)
- Saleilles, R. (2018). *Study on the General Theory of Obligation According to the First Draft of the Civil Code for the German Empire*. 3rd Edition, Paris: Hachette. (In French)
- Shiravi, A. (2006). *Comparative Law*. Tehran: Samt Publications, Fifth Edition. (in Persian)
- Twining, W. (2000) Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition. in Ian Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, New York: Transnational Publishers.
- Twining, W. (2004). Diffusion of law: a global perspective. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 36(49), 1-45. <https://doi.org/10.1080/07329113.2004.10756300>
- Valcke, C. (2010). The Legal Grafting in Comparative Law. in Internationalization of Law, Internationalization of Justice, *Proceedings of the 3rd Congress of the Association of High Courts of Cassation of Countries Sharing the Use of French*, June 21-23, Supreme Court of Canada. (in French)
- Valderrama, M., & Johanna, I. (2003) Legal transplants and comparative law. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 1(2), 262-276.
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14153>

Viney, G., & Jacques, G. (1988). *Obligations, Liability: Effects*. Paris : L.G.D.G. 1988. (in French)

Yazdaniyan, A. (2017). *Comparative Civil Law, Comparative Studies in Obligations Law*. Volume One, Tehran : Mizan Publishing House, Second Edition. (in Persian)