

Jurisprudential and Legal Examination of the Theory of Penal Clause (Contractual Penalty) with an Approach to Iranian and English Law

1. Reza Zohrevand: Department of Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran
2. Hamid Reza Ali Karami*: Department of Private Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran. Email: Civil.alikarami@gmail.com (Corresponding Author)
3. Vahid Ghasemi Ahd: Department of Law, Arak Branch, Islamic Azad University, Arak, Iran

ABSTRACT

This study examines the nature, position, and limits of liquidated damages in terms of fairness within Islamic jurisprudence and the statutory laws of Iran using a descriptive-analytical research method. There are differing opinions regarding the nature and position of liquidated damages. One view considers liquidated damages as a type of optional condition (Khiyar al-Shart), allowing the obligor to pay the stipulated penalty instead of fulfilling the primary obligation. However, this view is not entirely precise. Another perspective regards liquidated damages as a form of penalty, despite the fact that such damages may not necessarily correspond to the actual loss incurred. Moreover, the inclusion of liquidated damages often deprives the beneficiary of the right to claim actual damages. Another perspective classifies liquidated damages as compensation for non-performance of obligations, but this contradicts the last part of Article 230 of the Iranian Civil Code, as the actual damage incurred may be greater or lesser than the stipulated amount, and the judge cannot order the obligor to pay more or less than the agreed-upon sum. Nevertheless, it appears that while liquidated damages align closely with the last perspective, they serve as a unique form of compensation and a guarantee for performance, possessing distinct characteristics. Based on their specific nature and Article 10 of the Iranian Civil Code, liquidated damages fall within the realm of the parties' contractual agreement. Additionally, unlike Iranian law, English common law draws a clear distinction between liquidated damages and penalty clauses, invalidating the latter. Under English law, the aggrieved party can only claim actual damages incurred. The primary rationale for the invalidation of penalty clauses is that contracting parties cannot impose punitive measures on one another. It is noteworthy that this study examines the position of Iranian law regarding penalty clauses and concludes that judicial penalties are currently either prohibited or, at the very least, highly restricted under Iranian law, with a limited scope of application.

Keywords: *Penalty Clause, Liquidated Damages, Contractual Penalty, Islamic Jurisprudence and Iranian Law, English Law*

How to cite: Zohrevand, R., Ali Karami, H. R., & Ghasemi Ahd, V. (2025). Jurisprudential and Legal Examination of the Theory of Penal Clause (Contractual Penalty) with an Approach to Iranian and English Law. *Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, 7(2), 16-31.

© 2025 the authors. This is an open access article under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) License.

Submit Date: 15 December 2024
Revise Date: 31 December 2024
Accept Date: 12 January 2025
Publish Date: 12 July 2025



بررسی فقهی حقوقی نظریه شرط جزایی (جریمه قراردادی) با رویکردی بر حقوق ایران و انگلستان

۱. رضا زهره وند: گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

۲. حمیدرضا علی کرمی*: گروه حقوق خصوصی، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران. پست الکترونیک: Civil.alikarami@gmail.com (نویسنده مسئول)

۳. وحید قاسمی عهد: گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

چکیده

در این تحقیق ماهیت و جایگاه وجه التزام و حدود آن از حیث عادلانه بودن در فقه و حقوق موضوعه‌ی ایران و با استفاده از روش تحقیق توصیفی - تحلیلی مورد مطالعه قرار گرفت. در رابطه با جایگاه و ماهیت وجه التزام نظریات متفاوتی وجود دارد. از جمله آنکه وجه التزام نوعی خیار شرط است که به متعهد این امکان را می‌دهد که به جای انجام تعهد اصلی؛ وجه التزام را بپردازد که این نظر چندان دقیق نیست. در دیدگاهی دیگر معتقد به جریمه‌ای بدان حالت وجه التزام بودند در حالی که وجه التزام می‌تواند هیچ تناسبی با میزان خسارت واقعی نداشته باشد. ضمن اینکه درج وجه التزام در اغلب موارد ذینفع وجه التزام را از دریافت خسارت واقعی محروم می‌نماید. در دیدگاهی دیگر وجه التزام به عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد برشمرده شد که باز هم با قسمت آخر ماده ۲۳۰ قانون مدنی مغایر می‌باشد زیرا ممکن است ضرر و زیان واقعی وارد شده بیشتر یا کمتر از وجه التزام باشد و قاضی نمی‌تواند تعهد وجه التزام را به بیشتر یا کمتر از آن محکوم نماید. لیکن به نظر می‌رسد جایگاه وجه التزام هر چند به دیدگاه آخر نزدیک می‌باشد لیکن وجه التزام نوعی جبران خسارت و تضمین انجام تعهد با ویژگی‌های منحصر به فرد است که براساس مفاید مربوط به خود و همچنین ماده ۱۰ قانون مدنی؛ در قلمرو تراضی طرفین وارد شده است؛ همچنین کامن لای انگلیس، برخلاف حقوق ایران، مرز قاطعی بین وجه التزام و شروط جزایی ترسیم و شروط اخیر را باطل اعلام کرده است و مشروط له تنها می‌تواند خسارات واقعی وارد را مطالبه کند. مهمترین دلیل بطلان این شروط آن است که طرفین قرارداد نمی‌توانند یکدیگر را مجازات کنند. شایان ذکر است که در این پژوهش، موضع حقوق ایران را در خصوص شرط جزایی مورد بررسی قرار داده اند و در پایان نتیجه گرفته اند که در حال حاضر در حقوق ایران، جریمه‌های قضایی ممنوع و یا دست کم بسیار محدود شده اند و جریمه‌های قضایی دامنه محدودی دارند.

واژگان کلیدی: شرط جزایی، وجه التزام، جریمه قراردادی، فقه و حقوق ایران، حقوق انگلستان

نحوه استناددهی: زهره وند، رضا، علی کرمی، حمیدرضا، و قاسمی عهد، وحید. (۱۴۰۴). بررسی فقهی حقوقی نظریه شرط جزایی (جریمه قراردادی) با رویکردی بر حقوق ایران و انگلستان. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۷(۲)، ۳۱-۱۶.

© ۱۴۰۴ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

تاریخ ارسال: ۲۵ آذر ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۱ دی ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش: ۲۲ دی ۱۴۰۳

تاریخ چاپ: ۲۱ تیر ۱۴۰۴

مقدمه

شروط جزایی یکی از اقسام جریمه است و به شروطی اطلاق می‌گردد که هدف اصلی آن بازدارندگی شخص متعهد از نقض قرارداد است، نه تعیین پیشاپیش خسارت و جبران آن. تعیین خسارات میتواند قبل از ورود زیان و به شیوه‌های گوناگون صورت گیرد. برخی در تعریف شرط جزایی می‌گویند: به موجب این شرط، طرفین میزان خسارت ناشی از نبود اجرای تعهد یا سوء اجرای تعهد را قبلاً به طور قطع معین می‌کنند (Jafari Langeroudi, 2017). در اصطلاحات ما شرط جزایی و وجه التزام نامیده‌اند. در واقع، توافق قبلی مبنی بر پرداخت عوض از اجرا نشدن یا تاخیر در اجرای قرارداد را شرط جزایی گویند.

دلیل آن که شرط جزایی می‌گویند به این خاطر است که معمولاً ضمن شروط اصلی می‌آید ولی می‌توان بعد از عقد هم بر شرط جزایی توافق کرد. اما تعریف تقریباً کامل که شامل بیشتر مصادیق این گونه شروط می‌شود، از یک حقوق دان عرب است. وی می‌گوید: شرط جزایی عبارتست از، قید یا شرطی که برای احترام به قرارداد و ضمانت اجرای آن توافق می‌شود. غالباً مبلغی پول است و گاهی غیر آن مانند انجام عمل یا عدم انجام آن، تغییر مکان تعهد و...

بر اساس این شرط یک طرف قرارداد تعهد می‌کند در صورت تخلف به جای قرارداد تکلیف مشخصی را در برابر طرف دیگر انجام دهد. با بررسی تطبیقی اصطلاحات مترادف با شرط جزایی گاه در فقه و حقوق اصطلاحات دیگری هم به مفهوم شرط جزایی به کار می‌رود که مترادف بودن بعضی از آن‌ها مورد تردید می‌باشد از جمله به موارد ذیل می‌توان اشاره کرد:

تعویض الاتفاقی: این اصطلاح با شرط جزایی مترادف و در فقه اهل تسنن و حقوق کشورهای عربی به جای اصطلاح شرط جزایی کاربرد فراوان دارد از آن جا که تعیین خسارت با توافق طرفین انجام می‌شود تعویض الاتفاقی استعمال می‌شود. بند الجزایی، هر قراردادی ممکن است از چندین بند تشکیل شود و یکی از آن‌ها متضمن یک شرط جزایی باشد. این شرط به عنوان یکی از بندهای قرارداد در نظر گرفته می‌شود در فقه و حقوق کشورهای عربی گاه این اصطلاح کاربرد فراوان دارد. جزاء الاتفاقی، این واژه به معنی مجازات توافقی است و کمتر کاربرد دارد. جزاء التعاقدی، معنی این اصطلاح مجازات قراردادی است و کاربرد کمتری دارد.

تعویض النکوص، معنی آن خسارت تخلف یا نقض قرارداد است و مانند دو اصطلاح قبلی کمتر استفاده می‌شود.

عربون، اصطلاحی که ریشه کاملاً فقهی دارد، در فقه بیشتر در مورد بیع و اجاره به کار می‌رود و مترادف بودن آن با شرط جزایی مورد تردید است.

وجه التزام، در حقوق ایران نظریه مشهور بر این است که شرط جزایی همان وجه التزام است که بر دو نوع تقسیم می‌شود، وجه التزام قراردادی و وجه التزام قضایی.

شرط کیفری را بعضی مترادف شرط جزایی و وجه التزام دانسته اند به نظر می‌رسد شرط کیفری (Penalty clause) که ترجمه می‌باشد در اصطلاح لاتین فقط به شروطی اطلاق می‌شود که جنبه مجازات دارند و نسبت به خسارت احتمالی گزاف می‌باشند.

چنین شروطی توسط دادگاه قابل اعمال نیستند. در حالی که وجه التزام با اصطلاح دیگری تطبیق می‌کند و آن (Loqudateddamages) است که به معنای خسارت معین شده است.

خسارات معین شده توسط طرفین خیراتی هستند که معقول بوده و از سوی دادگاه قابل اعمال خواهد بود. علاوه بر این که مبلغی پول مشخص می‌شود به نهاد وجه التزام شبیه است.

در میان فقها و دکترهای حقوق اسلامی از دیرباز نظریاتی تحت عنوان نظریه توافق، تضمین اجرای قرارداد، استحکام و استواری قرارداد، حق فسخ و عدول از قرارداد، تعیین اختیار، نظریه هبه، عوض از انتظار طرف قرارداد، با ماهیت حقوقی مرکب و در نهایت نظریه بیمه مسئولیت مطرح بوده است.

بنابراین توافق طرفین است که تعیین گر این ماهیت خواهد بود. با دقت به مصادیق این گونه توافقات معلوم می‌شود که طرفین قرارداد گاه مبنی شرط را به عنوان تعیین مجازات قرار داده اند و گاه به عنوان تعیین خسارت قراردادی این تفسیر به نظریه ماهیت حقوقی مرکب نزدیک می‌شود، اما در حقیقت با آن فرق دارد باید گفت ماهیت شرط جزایی بر اساس توافق طرفین گاهی تعیین مجازات و گاهی ماهیت آن تعیین خسارت است که در این صورت قواعد خسارت حاکم خواهد بود.

مطرح کردن بیمه یا صلح تفسیری ساده و در حد توجیه است و عناصر قرارداد بیمه در چنین توافقاتی وجود ندارد. همان طور که بسیاری از کشورها با تصویب قوانین صریح در این باب تکلیف ماهیت حقوقی شرط جزایی را روشن کرده اند به قانون گذار ایران هم پیشنهاد می‌شود با اصلاح و تکمیل ماده ۲۳۰ قانون مدنی نظریه برگزیده خویش در ماهیت حقوقی را اعمال نماید و از این راه نزاع موجود را خاتمه بخشد.

مفاهیم

لذا برای درک بهتر موضوع سعی می‌شود مفاهیم و اصطلاحاتی که در رابطه با موضوع شرط و ماهیت آن و انواع آن و شروط جزایی وجود دارند را مورد توجه قرار دهیم تا از این طریق بتوانیم درک درستی از این موضوع داشته باشیم.

شرط و ماهیت آن

شرط در عرف بر دو معنی اطلاق می‌شود:

۱. معنای مصدری؛ یعنی ایجاد التزام و تعهد. در قاموس، شرط به معنای اجبار و التزام به چیزی در بیع بیان شده است. گاهی شرط بدین معنا بر خود مشروط، اطلاق می‌گردد؛ مانند واژه خلق که به جای مخلوق به کار می‌رود، در این صورت به معنای «آنچه انسان بر خود لازم می‌دانسته و خود را به انجام آن، متعهد می‌داند» به کار می‌رود.

۲. آنچه از عدمش، عدم لازم می‌آید، بدون این که لازمه وجودش، وجود باشد؛ مانند طهارت برای نماز و سپری شدن سال مالی برای وجوب زکات (Firoozabadi, 1995).

فقها، شرط را در هر دو معنا به کار برده اند. اطلاق شرط بر شروط وضعی (قراردادی) به معنای اول آن بوده و هنگامی که بر شروط شرعی اطلاق گردد، به معنای دوم آن می‌باشد.

ظاهراً شرط، یک معنا دارد و در اصل به معنای ربط و شد (بستن و محکم کردن) است. بنابراین، اطلاق شرط و به کار بردن این واژه، فقط به لحاظ مقید بودن چیزی به چیز دیگر است و ارتباط دو چیز با هم یا ناشی از تکوین و طبیعت بوده، یا امری است که ساخته شارع می‌باشد و یا این که دو طرف قرارداد (عقد) بر آن، اتفاق نظر دارند.

در کتاب المنجد معنای شرط چنین آمده است:

شرط به معنای مصدری یعنی الزام و اجبار به چیزی. التزام و پابندی... چیزی را شرط کرد؛ یعنی آن را بست (Maloof, 2010).

آیا شرط به معنای مطلق الزام و التزام است، یا این که فقط شامل چیزی است که در ضمن عقد دیگری بیاید؟ ظاهر آنچه از شرط به ذهن تبادر می‌کند، آمدن ضمن عقد است و شرط به استعمال حقیقی شامل شرط ابتدایی نمی‌شود.

بنابر این هر گاه کسی انجام عملی را تعهد کند، گفته نمی‌شود که انجام آن عمل را شرط کرده یا انجام آن عمل بر او شرط شده است. اکثر کسانی که الزام و التزام را از معانی شرط دانسته اند آن را مقید به درج در بیع و مانند آن، کرده اند. از اهل لغت کسی بافت نشده است که در مقام تعریف، الزام و التزام را به معنای شرط اطلاق کرده باشد. بنابر این شمول شرط بر التزامات ابتدایی مستقل معنای روشنی ندارد، بلکه اصلاً درست نیست.

اگر شرط را به ربط و شد تفسیر کنیم، روشن است که شرط شامل تعهدات ابتدایی یا به اصطلاح «وعده» نمی‌گردد؛ زیرا ربط، از جمله معانی حرفی است که قائم به غیر می‌باشد و به طور مستقل معنایی ندارد و ربط را نمی‌توان از دو طرف آن جدا نمود و به طور مستقل آن را تصور کرد. بر فرض تفسیر شرط به الزام و التزام، مقید است که در ضمن عقد دیگری باشد. در مقام شک، در این که شرط، شامل الزام و التزام می‌شود یا نه، اصل عدم شمول است. اتفاق نظر علمای امامیه بر عدم وجوب وفا به تعهدات ابتدایی مؤید این است که شرط، شامل تعهدات ابتدایی نمی‌گردد و منشا این اتفاق نظر جز این نیست که تعهد ابتدایی در حقیقت شرط نیست بلکه وعده محض می‌باشد.

تاریخچه فقهی جریمه قراردادی (وجه الزام)

در خصوص سابقه وجه التزام در فقه آن چه که می‌توان بیان نمود این است که، تاسیس فقهی که مشابهت با شرط مزبور داشته باشد یافت نشده است. تنها در کتاب «سوال و جواب» سید محمدکاظم طباطبایی استفتائاتی از ایشان به عمل آمده که به شرح ذیل به آن پاسخ داده‌اند:

سوال:

«ضمن عقد لازم، شرط می‌کند که هر گاه 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... مشروط علیه مشغول‌الذمه می‌شود یا خیر؟»

جواب: «بلی، ظاهر صحت شرط مذکور است».

سوال دیگر: «زید خانه یا ملک دیگر خود را منتقل می‌نماید به عمرو به یکصد تومان... و بعد در ضمن عقد لازم علی حده ملتزم می‌شود به این که یکصد تومان... دادنی باشد به عمرو در صورت کشف فساد. غرض از این سوال 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 التزام...»

جواب:

«شرط مزبور مانعی ندارد».

بعضی از فقها شرط وجه التزام را از مقوله اکل مال به باطل قلمداد نموده و حکم حرمت بر آن جاری ساخته‌اند.

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که ماده ۷۴۱ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر کفیل ملتزم شده باشد که مالی در صورت عدم حضور مکفول بدهد، باید به نحوی که ملتزم شده است عمل کند.» ریشه در فقه امامی داشته و مستند به دو حدیث می‌باشد و لذا قایل به این نظر هستند که در فقه برای تعیین وجه التزام در تعهدات به عقد صلح متوسل می‌شدند و در تایید نظر خود به استفتائات به عمل آمده در کتاب سوال و جواب اشاره می‌نمایند. ایشان در تفصیل نظر فوق اشاره می‌کنند که ذکر کلمه مصالح، دلیل است که طرفین بعد از انتقال خانه به اندیشه این که ممکن است خانه مستحق‌الغیر درآید و خریدار متحمل خسارت گردد در ضمن عقد صلح شرط وجه التزام گنجانده‌اند (Jafari Langeroudi, 2021).

همچنین در فقه از نوعی بیع به نام «بیع اربون» یاد شده است که عبارت از بیعی بود که مشتری قسمتی از ثمن را به بائع می‌پرداخته و بدین وسیله خود را ملتزم به بیع می‌نمود و چنانچه حاضر به انعقاد بیع نمی‌باشد مبلغ پیش پرداخت از آن بائع به حساب می‌آمد و در نتیجه، بیع اربون حاکی از نوعی وجه التزام بود (Jafari Langeroudi, 2013a, 2013b). به طور کلی باید گفت در کتب مشهور فقهای متقدم، شرطی با عنوان وجه التزام قراردادی مطرح نشده است.

۳-۲- تاریخچه وجه التزام در قوانین داخلی

نویسندگان قانون مدنی با عنایت به احکام فقهی، در تهیه و تدوین مواد قانون مدنی، در باب حقوق تعهدات، خصوصاً تحت تاثیر سیستم حقوق اروپایی «فرانسه» بوده‌اند. در هیچ یک از مواد قانونی به صراحت به اصطلاح وجه التزام اشاره نگردیده است و تنها ماده ۲۳۰ ق.م در مبحث خسارات حاصله از عدم انجام تعهد، به طور ضمنی حاکی از این تاسیس حقوقی است که البته با مدنظر قرار دادن سابقه ماده فوق، مشخص می‌گردد که این ماده عیناً از ماده ۱۱۵۲ ق.م فرانسه مصوب ۱۸۰۴ م اقتباس گردیده است لذا بررسی سیر تاریخی وجه التزام در حقوق ایران مستلزم مطالعه حقوق فرانسه در این مورد خاص می‌باشد.

از نظر تاریخی این گونه شروط برای تضمین وعده‌ای به کار می‌رفت که از نظر حقوق الزام‌آور نبود، اما نظر به آن که در حقوق کنونی با توجه به اصل لزوم، تمام قراردادها الزام‌آورند، از اهمیت این مسئله تا حدودی کاسته شده است. در واقع اصطلاح «شرط کیفری» که در حقوق اروپایی به کار رفته است نشأت گرفته از سیر تاریخی آن است و در قراردادهایی که طلبکار به ایفای تعهد از سوی متعهد اطمینان نداشت و برای این که ضمانت اجرای موثری در اختیار داشته باشد اقدام به گنجاندن این شرط در قرارداد نمود بی‌آن که به رابطه آن با خسارات واقعی توجه داشته باشد. مسئله دیگری که از نقطه نظر تاریخی، پیدایش چنین تاسیسی را ایجاب می‌نمود، فرار اشخاص از شرایط عمومی مربوط به خسارات ناشی از عدم انجام تعهد، همچون اثبات ورود ضرر، میزان آن و تقصیر متعهد در عدم انجام تعهد بود که اثبات چنین اموری، خود مستلزم اطالای دادرسی و افزایش هزینه‌ها می‌گردید.

ریشه‌ی حقوق فرانسه را در خصوص شرط وجه التزام، باید در حقوق رم و حقوق مسیحی جستجو کرد. در حقوق رم، وجه التزام صرفاً جنبه‌ی تنبیه متعهد را داشت. تعهد بدهکار به صورت شرطی گنجانده می‌شد که به موجب آن، هر گاه بدهکار به تعهد خود عمل نمی‌نمود، می‌بایست مبلغی به عنوان جریمه پرداخت نماید. این شرط که موسوم بود به «*stipulation poenae*»، در حقیقت در مواردی به کار گرفته می‌شد که الزام متعهد به انجام تعهدش قانوناً ممکن نبود، با این توضیح که با الزام متعهد به پرداخت مبلغی وجه به عنوان متعهد اصلی، متعهدله می‌توانست وی را به انجام تعهد مورد نظر مجبور نماید. شرط از زبان متعهدله به صورت معلق به این عبارت نوشته می‌شد: «اگر فلان شی 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. این تعهد اصلی و تنها تعهد بدهکار بود. تعهد دیگری؛ مثلاً «انتقال مالکیت شی» قابل ترتیب اثر نبود و تنها به صورت شرط پرداخت جریمه به متعهدله، در قرارداد گنجانده می‌شد. خصیصه‌ی صرفاً تنبیهی شرط، دو نتیجه به دنبال داشت: اول این که، چنانچه متعهد، امر موردنظر متعهدله را انجام نمی‌داد، در مثال فوق، انتقال مالکیت شی، می‌بایست تمام وجه التزام را بپردازد؛ ثانیاً هر گاه مبلغ وجه التزام برای جبران خسارت واقعی متعهدله کافی نبود، متعهد به پرداخت مبلغی بیش از وجه التزام و تا میزان خسارت واقعی محکوم می‌گردید (Eskini, 1988).

بعدها شیوه انشای شرط تغییر پیدا کرد. بدین معنی که بدهکار مکلف به انجام دو تعهد می‌گردید: 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. شرط اخیر، هم جنبه تنبیهی داشت و هم جنبه تعیین مقطوع خسارت. شرط به این عبارت نگاشته می‌شد: «قول می‌دهی که فلان شی را به من منتقل کنی؟ اگر شی را به من منتقل نکردی، قول می‌دهی که فلان مبلغ را به من پردازی؟» از آنجا که شرط، متضمن دو تعهد بود، متعهدله می‌توانست میان آن دو یکی را به میل خود انتخاب نماید. برای درخواست خسارت نیز تکلیفی در اثبات ضرر ناشی از عدم انجام تعهد نداشت (Eskini, 1992).

خصایص مذکور در حقوق مسیحی هم دنبال شد اما از آنجایی که از خصوصیات قوانین مذهبی حقوق مسیحی، ممنوعیت رباخوری بوده است، استعمال وجه التزام در قراردادها وسیله‌ای جهت فرار از این ممنوعیت مذهبی بود، اما میان علمای مسیحی درخصوص ماهیت این شرط، اختلاف نظر وجود داشت. چنانکه گروهی معتقد بودند اگر مبلغ شرط بیش از خسارات واقعی باشد قاضی بایستی آن را تقلیل دهد و در مقابل، دسته دیگری معتقد بودند که چون وجه مزبور مبلغ مقطوع خسارت است بنابراین دادرسی حق تعدیل آن را ندارد.

عقاید دو تن از اندیشمندان بزرگ فرانسوی به نام‌های دومولن و پوتیه در تدوین قانون مدنی ۱۸۰۴م فرانسه تاثیر زیادی داشته است. پوتیه در کتاب تعهدات خود موضوع وجه التزام را جبران خسارت متعهدله از عدم انجام تعهد می‌داند و معتقد است که مبلغ آن قابل تغییر است و لذا قانون‌گذار فرانسه نظریه مزبور را در ماده ۱۲۲۹ ق.م گنجانده است (همان، ص ۵۴). اما نظر واقعی قانونگذار فرانسه در ماده ۱۱۵۲ ق.م قید شده است که ماده مزبور، مورد توجه نویسندگان قانون مدنی ایران در تدوین و نگارش ماده ۲۳۰ قرار گرفت. در ماده ۱۱۵۲ ق.م فرانسه آمده است: «هر گاه در قرارداد مقرر شود که در صورت عدم انجام تعهد از ناحیه یکی از طرفین، مبلغی به عنوان ضرر و زیان پرداخت شود. طرف دیگر استحقاق مبلغی بیش‌تر یا کم‌تر از آن چه شرط شده، نخواهد داشت». لذا قانون‌گذار فرانسه علیرغم پذیرش نظر پوتیه در ماده ۱۲۲۹، در ماده ۱۱۵۲ تصریح کرد که دادرس حق تعدیل مبلغ مندرج در شرط را ندارد (همان، ص ۵۴). بعدها با تحولاتی که به وسیله رویه قضایی به عمل آمد، قانونگذار فرانسه با تصویب قانون نهم ژوئیه ۱۹۷۵ با تاسی از بعضی سیستم‌های حقوقی دیگر نظیر انگلیس، ایتالیا، به قضات اجازه داد تا در صورت اغراق‌آمیز بودن مبلغ شرط وجه التزام، آن را تعدیل کنند و یا در صورتی که متعهد در اثر تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین، قرارداد را نقض کرده باشد، مبلغ وجه التزام افزایش داده شود (ماده ۱۱۵۰ ق.م فرانسه).

تاریخچه وجه التزام در دیگر کشورها

از جمله گام‌های موثر و روش مطلوب در دوره قرون وسطی، برای اجرای یک تعهد قراردادی و یافتن روشی برای تضمین اجرای آن، پیدایش تاسیس حقوقی «ضمانت نامه پرداخت جریمه» بود که سبب به وجود آمدن اختلافاتی میان دادگاه‌های انصاف و کامن‌لا گردید که دادگاه‌های کامن‌لا، بنابر اصل آزادی قراردادها، هر گونه شرط پرداخت وجه التزام را محترم می‌شمردند و از هر گونه دخل و تصرف در شرط، خودداری می‌کردند که عملکرد آن‌ها کاملاً بعکس دادگاه‌های انصاف بود که دادگاه‌های اخیر در قراردادهایی که موضوعشان وجه نقد بود، شرطی که به موجب آن بدهکار تعهد می‌کرد در صورت عدم پرداخت اصل و منفعت بدهی در مهلت تعیین شده مبلغی را به عنوان خسارت به داین پرداخت نماید، بی‌اعتبار تلقی کرده و حتی در مواردی که تاخیر ادای دین، ناشی از تقصیر مدیون نبود نیز به شرط وجه التزام عمل نمی‌کرد و خود، میزان خسارات واقعی وارده را تعیین می‌کردند و رفته رفته این نحوه عملکرد را حتی در قراردادهایی که موضوعاتش انجام فعل یا ترک فعل بوده است، نیز سرایت داده‌اند.

علت چنین تصمیماتی در دادگاه‌های انصاف ناشی از گزاف بودن مبلغ چنین ضمانت‌نامه‌هایی بود که قضات محاکم انصاف آن را برای متعهد، ناعادانه و غیرمنصفانه می‌پنداشتند؛ چرا که متعهدله از طرق دیگری چون جبران خسارت واقعی می‌توانست به هدف خود نایل گردد. لذا از قرن هیجدهم هر نوع شرط مبنی بر پرداخت وجه التزام را چنانچه واجد خصوصیت تنبیهی و یا کیفری بود باطل اعلام می‌کردند. در نتیجه یک حادثه تاریخی روش دادگاه‌های انصاف به محاکم کامن‌لا نیز سرایت یافت (Eskini, 1992)، چرا که دادگاه‌های اخیر به موجب قوانین مصوب ۱۶۹۶ و ۱۷۰۵ صلاحیت پیدا کردند تا در صورت اثبات این مسئله که مدیون اصل بدهی و متفرعات آن را تا هنگام تقدیم دادخواست و همچنین هزینه‌ای دادرسی را پرداخت کرده باشد وی را از پرداخت وجه التزام معاف بودن دارند. به همین خاطر با تصویب قوانین فوق، دادگاه‌های کامن‌لا نیز به این نتیجه رسیدند که اگر مبلغ مورد ادعای خواهان به عنوان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد جنبه تنبیهی داشته باشد، متعهد به پرداخت خسارت واقعی و آن هم در صورت اثبات ورود خسارت طبق قواعد کلی مربوط به جبران خسارت، محکوم می‌شود. اما چنانچه مبلغ وجه التزام فاقد وصف تنبیهی و جنبه مقطوع نمودن خسارت داشته باشد، دادگاه‌ها مکلف بودند بدون هیچ تغییری به آن ترتیب اثر دهند و حتی خواهان نیز از اثبات ورود خسارت نیز معاف می‌گردید که روش مزبور کماکان در نظام حقوقی انگلیس مورد عمل قرار گیرد (Eskini, 1992).

در حقوق کشورهای اسلامی و عربی نیز شرط وجه التزام فاقد هر گونه سابقه فقهی است، چرا که همانند آن چه در حقوق ایران گفته شد، حقوق این دسته از کشورها نیز متأثر از حقوق اسلام است و همان طور که قبلاً گفته شد، تاسیس مزبور در حقوق اسلام فاقد هر گونه سابقه فقهی می‌باشد. لذا کشورهای یاد شده نیز نهاد حقوق وجه التزام را از سیستم حقوق اروپایی به ویژه فرانسه اقتباس کرده و با مدنظر قراردادن ماده ۱۱۵۲ ق.م فرانسه، آن را در سیستم حقوقی خود گنجانده‌اند. ماده ۲۲۳ ق.م مصر، ماده ۲۲۴ ق.م سوریه و ماده ۱۷۰ ق.م عراق و...» (Sanhoury, 1998).

برای مثال ماده ۲۲۳ ق.م مصر مقرر می‌دارد: «برای متعاقدين جایز است که پیش از وقوع خسارت، مقدار آن را با تصریح در عقد یا به موجب توافق جداگانه تعیین نمایند و در این مورد احکام مواد ۲۱۵ الی ۲۲۰ لازم‌الرعايه است».

شروط جزایی (جریمه قراردادی)

شرط جزایی اتفاق و توافق طرفین یک عقد بر مقدار خسارت یا غرامتی که بر اثر اخلاف یکی از آن‌ها به عقد یا شروط ضمن عقد متوجه وی می‌شود اعم از این که التزام خود را با تأخیر به انجام برساند و یا اصلاً از انجام آن سر باز زند. بر این اساس می‌توان شرط جزایی را بر دو نوع دانست: شرط جزایی نکول ۲. شرط جزایی تأخیر.

نمونه‌های شرط جزایی نکول عبارت است از: التزام بایع به تحویل مبیع به مشتری و اگر نکول کرد، فلان مبلغ را به مشتری به عنوان غرامت بدهد و تعهد زوج به عدم ازدواج مجدد با زن دیگر یا عدم طلاق زن خود و الا فلان مبلغ را به زوجه خود بپردازد. یا تعهد پیمان‌کار ساختمان به ساخت و ساز برای کارفرما و در صورت نکول و انصراف، فلان مبلغ را به کارفرما بپردازد. یا تعهد کارگر به اشتغال در کارگاه کارفرما و در صورت انصراف، فلان مبلغ از حقوق وی کسر شود و بالاخره تعهد کشاورز مستأجر به تحویل زمین زراعی مورد اجاره پس از فصل برداشت، بدون آن‌که زراعت وی در زمین مانده باشد و اگر چیزی از زراعت وی در موقع تحویل زمین مانده باشد به تملک موجر درآید.

اما نمونه‌های شرط جزایی تأخیر عبارت است از: تعهد اداره پست یا انبار توشه راه‌آهن به تحویل بار به گیرنده ظرف ۴۸ ساعت از تاریخ تحویل بار و در صورت تأخیر معادل ۱۰٪ قیمت بار به فروشنده یا گیرنده بپردازد و نیز تعهد مدیون به باز پرداخت دین خود در اقساط معین

ظرف مدت ۵ سال و در صورت تأخیر هریک از اقساط، معادل ۱٪ مبلغ دین را به طلبکار بپردازد. یا تعهد پیمانکار به انجام پروژه ساختمانی ظرف مدت یک سال و در صورت تأخیر، فلان مبلغ را به کارفرما بپردازد. همچنین تعهد بازیکن به پیوستن به جمع افراد تیم در نخستین بازی فصل نخست لیگ و در صورت تأخیر، فلان مبلغ از قیمت قرارداد وی کسر شود. بر این اساس می‌توان هریک از شرط‌های جزایی نکول و تأخیر را از حیث تعیین مبلغ خسارت پرداختی یا کسر مبلغی از حقوق و دستمزد متعهد به شرط جزایی اثباتی و شرط جزایی سلبی تقسیم کرد. علاوه بر شرط جزایی مربوط به خسارت مالی، انواع دیگری از این شرط نیز وجود دارد که نتیجه آن خسارت مالی نمی‌باشد بلکه متعهد، یک فعل یا ترک فعل یا نتیجه‌ای را بر خود شرط می‌کند. نمونه‌های شرط جزایی فعل عبارت است از تعهد بایع به تحویل مبیع ظرف یک هفته و در صورت نکول یا تأخیر، کالای معینی را به مشتری هدیه کند. یا تعهد مؤسسه کرایه اتومبیل یا مؤسسه مسافربری به رساندن مسافر از اهواز به اصفهان در خلال ۱۲ ساعت و در صورت تأخیر، او را تا شهر تهران برساند. اما نمونه‌های شرط جزایی ترک فعل عبارت است از تعهد بایع به تحویل مبیع ظرف سه روز و الا از فروش کالای معینی به غیر مشتری متعهدله خودداری کند.

درخصوص شرط جزایی نتیجه نمونه ذیل قابل توجه است: تعهد زوج به عدم طلاق زن خود و الا نصف دارایی او به تملک زن او درآید. حال با توجه به مطلب فوق شایسته است که شرط جزایی را به‌طور کلی به‌شرح ذیل تعریف کرد که جامع کلیه موارد فوق باشد: «شرط جزایی عبارت است از: التزام یکی از طرفین عقد یا توافق آنان بر مقدار خسارت یا غرامت یا انجام یا ترک فعلی یا حصول نتیجه‌ای معین در اثر اخلال به عقد یا شرط ضمن آن به‌واسطه تأخیر یا نکول در انجام تعهد»

در رابطه با پیشینه فقهی شرط جزایی و منشأ شکل‌گیری آن باید گفت:

از آنجا که اصطلاح «شرط جزایی» یک اصطلاح وارداتی است که محققان معاصر شیعه و اهل سنت آن را از حقوق وضعی غربی اقتباس کرده‌اند. «مصطفی احمد زرقا» از اقتصاددانان معاصر مسلمان در این باره می‌نویسد: «این گونه شرط در اصطلاح حقوق وضعی غربی، شرط جزایی نامیده می‌شود». بعضی از محققان نیز از شرط جزایی به جبران توافقی یا خسارت توافقی تعبیر نموده‌اند. آیت‌الله تسخیری نیز عبارت شرط کیفر مالی را اطلاق نموده است. عنوان، مطرح شده است و ریشه و منشأ مصادیق شرط جزایی یا تهدیدی را می‌توان در خلال روایات مصادیقی شروط ملاحظه کرد.

لازم به ذکر است که شروط جزایی یکی از اقسام جریمه است و به شروطی اطلاق می‌گردد که هدف اصلی آن بازدارندگی شخص متعهد از نقض قرارداد است، نه تعیین پیشاپیش خسارت و جبران آن.

تعیین خسارات می‌تواند قبل از ورود زیان و به شیوه‌های گوناگون صورت گیرد. شرط جزایی به حد اعلای استحکام بخشی به تعهدات طرفینی نظر دارد و مبلغ مقرر، برای مجازات ناقض قرارداد (نه تعیین خسارت ناشی از نقض احتمالی) است. هدف اصلی شروط جزایی بازداشتن شخص متعهد از نقض قرارداد است؛ گرچه ممکن است بالعرض جنبه جبران خسارت نیز داشته باشد. کامن لا شروط جزایی را باطل می‌داند. اگر مبلغ مقرر وجه التزام باشد خواهان حق مطالبه آن را خواهد داشت و اگر جزایی باشد تنها می‌تواند خسارات واقعی وارد را مطالبه کند (Calleros, 2006).

با این حال، این مهم مورد توجه حقوقدانان ایرانی واقع نشده است و وجه التزام و شرط جزایی را به یک مفهوم استعمال کرده‌اند. تخمین قبلی خسارات، نوعی تعیین خسارت است که طرفین پیشاپیش درباره میزان آن توافق می‌کنند. در کامن لا هر نوع تخمین خسارتی معتبر نیست، بلکه شروطی که رویکرد کیفری داشته باشند کان لم یکن تلقی می‌شوند و متعهدله تنها می‌تواند مبلغی را مطالبه کند که در

صورت فقدان شرط، استحقاق آن را داشت؛ ولی اگر مبلغ مقرر شده، تعیین خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد باشد دادگاه اراده طرفین را معتبر می‌شمرد.

محاکم انصاف از قرن ۱۵ در قراردادهای با موضوع وجه نقد، به شروطی که به موجب آن، بدهکار در صورت عدم پرداخت اصل و منفعت در موعد، باید مبلغی بیش از آن را به عنوان خسارت پرداخت کند ترتیب اثر نمی‌دادند. این رویه به سایر تعهدات نیز تسری یافت (Eskini, 1992). تدریجاً شروط جزایی به شروطی که ناقض قرارداد را ملزم به انتقال پاره‌ای از اموال به طرف مقابل میکرد نیز تسری یافت. در واقع، این شروط برای تخمین خسارت احتمالی ناشی از نقض نبود، بلکه هدف تنبیه و بازداشتن شخص متعهد از نقض قرارداد را دنبال می‌کرد و از این رو، کیفری و کان لم یکن تلقی شدند.

کامن لا شروط جزایی را قابل اجرا نمی‌داند؛ زیرا اشخاص نمی‌توانند یکدیگر را تنبیه کنند. دادگاه عالی اسکاتلند، جریمه‌های افراطی در قراردادها را تعدیل کرد و لردها، آن را تا میزان خسارات واقعی طرفین کاهش دادند (Scottish Law Commission, 1997).

باید توجه داشت که شروط جزایی تنها در فرض نقض قرارداد مصداق دارند. بنابراین، وقتی قرارداد زودتر از موعد خاتمه یابد قواعد جریمه جزایی اعمال نمی‌گردد (Scottish Law Commission, 1997). شروطی که وفق آن مبلغ پرداختی در ازای امری جز نقض باشد جزایی محسوب نمی‌شود. در پرونده‌ای فوتبالیست مصدومی تعهد کرد در صورت بازی مجدد، پول پرداختی توسط شرکت بیمه را مسترد دارد. رأی داده شد که استرداد این مبلغ، جزایی به حساب نمی‌آید؛ زیرا وی با بازی مجدد، مرتکب نقض تعهدی نشده، چرا که تعهد نکرده بازی نکند. در قراردادهای اجاره به شرط تملیک اگر قرارداد توسط مستأجر خاتمه یابد چون نقضی صورت نگرفته، مسأله جزایی بودن مطرح نمی‌گردد، ولی اگر قرارداد در نتیجه نقض خاتمه یابد دادگاه ممکن است رأی به جزایی بودن مبلغ پرداختی بدهد. دادگاه زمانی حکم به بطلان شروط جزایی می‌دهد که مبلغ معهود در ازای نقض باشد، نه اجرای حق.

مزایا و معایب پذیرش شروط جزایی از سوی دادگاه

پذیرش شروط جزایی با مزایا و معایبی همراه است. از جمله مزیت‌های اجرای شروط جزایی، تأمین اصل احترام به اراده متعاقدين است؛ زیرا این شروط ناشی از توافقات طرفینند. دادگاه عالی کانادا در پرونده «السی» ابطال شرط جزایی را «دخالتی آشکار در آزادی قرارداد» دانست. لرد «روبرتسون» نیز در پرونده «کلایدبانک». شروط جزایی را مشوق انجام تعهد و ابزار اجبار به انجام تعهد تلقی کرد. علاوه بر این، شروط جزایی موجب کاهش بی‌ثباتی ناشی از «تعیین دقیق خسارات ناشی از نقض» می‌شوند. «دادگاه باید آنچه را طرفین توافق کرده اند تأیید کند والا به ویژه در قراردادهای تجاری، منجر به بی‌ثباتی نامطلوبی می‌گردد». شروط جزایی، اطاله و هزینه دادرسی را کاهش می‌دهد. گاه اعمال معیارهای تفکیک وجه التزام از شروط جزایی ممکن نیست. پذیرش شروط جزایی موجب می‌شود که طرف غیرناقص از اثبات تعیین خسارت معاف گردد.

اجرای شرط جزایی با معایبی نیز همراه است. مثلاً فلسفه لزوم قرارداد، اجرای عین تعهد است، در حالی که اگر جریمه‌های جزایی علی‌الاطلاق قابل اجرا باشند، به ویژه در قراردادهایی که به ازای هرروز تأخیر مبلغ گزافی تعیین شده باشد نقض قرارداد به مراتب برای متعهدله بهتر از اجرای آن است. مثلاً اگر مقرر شود که در صورت قصور در ساخت خانه‌ای ۵۰ پوندی، متعهد ۱ میلیون پوند بپردازد، سود حاصل از نقض قرارداد برای خواهان بسیار بیشتر از اجرای قرارداد است. همچنین طرفین قرارداد به عنوان اشخاص خصوصی حق مجازات ندارند. همان گونه که در پرونده «روبراستون» بیان شد، اگر شرط مقرر کیفری باشد دادگاه آن را مجاز نمی‌داند؛ زیرا حقوق به مردم اجازه مجازات

یکدیگر را نمی‌دهد. گاه نظم عمومی و عدالت اقتضا دارد شرط جزایی پذیرفته نشود. نظر به این دسته معایب، بیش از یک و نیم قرن است که قوانین موضوعه انگلیس رویکرد محدودکننده‌ای را نسبت به شروط جزایی اعمال می‌کنند (ماده ۵ قانون تضمینات دیون ۱۸۵۶، ماده ۶ قانون زمین‌های استیجاری کشاورزی ۱۹۰۰، ماده ۲۲ قانون زمین‌های استیجاری ۱۹۰۸ اسکاتلند، ماده ۱۳۲ قانون اعتبار مصرف کننده ۱۹۷۴). امروزه ماده ۴۸ قانون زمین‌های استیجاری مصوب ۱۹۹۱ در صورت نقض اجاره، مالک را از به دست آوردن چیزی بیش از خسارات واقعی منع میکند و برابر قانون شرایط ناعادلانه در قراردادهای مصرف کننده ۱۹۹۹ «شرطی که مقرر دارد مصرف - کننده‌ای که قصور در انجام تعهد کند باید مبلغ نامتناسب بالایی را به عنوان غرامت بپردازد» غیرمنصفانه تلقی می‌شود. این شروط ممکن است تحت عنوان شرط جزایی، غیرمنصفانه و کان لم یکن تلقی گردد.^۱

مغایرت شرط با نظم عمومی

عده‌ای از علمای حقوق وجود ماهیت نظم عمومی را زائد می‌دانند، زیرا آن را همان مفهوم حقوق عمومی می‌دانند که برای حفظ منافع عمومی به کار می‌رفته است، لذا معتقدند اختلاف الفاظ موجب تغایر معنای آن‌ها نخواهد بود.

اما طرفداران وجود این مفهوم آنرا از ضروریات حقوق جدید دانسته و اشتباه مخالفین این اصطلاح را ناشی از این دانسته‌اند که قبل از کد ناپلئون حتی در دوره حقوق رم، اصطلاح حقوق عمومی، استعمال می‌شده که با اراده افراد قابل نقض نبود و چون نتیجه هر دو آن‌ها یعنی نظم عمومی و حقوق عمومی یکی بوده که این نتیجه همان بطلان اعمال حقوقی مخالف با نظم عمومی و حقوقی عمومی می‌باشد لذا نظم عمومی را زائد دانسته‌اند. در حالی که میان این دو اصطلاح فرق است، زیرا حقوق عمومی عبارت از مجموعه قواعد الزامی است که موجد سازمان‌های سیاسی و اداری دولت بوده، در حالی که نظم عمومی بر تمام قواعد حقوقی حتی قواعد حقوق عمومی نظارت دارد؛ گذشته از این، با توجه به اینکه این مفهوم در قوانین اکثر کشورها به صراحت آمده و در کشورهای دیگر هم که در قوانین آنان نیامده توسط رویه قضایی و دکتربین وارد حقوقشان شده است. از آن گذشته سازمان ملل نیز این اصطلاح را مورد شناسایی قرار داده لذا بحث از نفی و اثبات این مفهوم بی‌مورد بنظر می‌رسد (Ahmadi Vastani, 2012).

در قوانین ایران نیز در مواد ۹۷۵ و ۱۲۹۵ قانون مدنی و مواد ۶ و ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ به اصطلاح مزبور اشاره شده است (Afshar, 2014).

برخی از حقوق‌دانان نظم عمومی را یک مساله مصداقی دانسته و آن را غیرقابل تعریف ذکر کرده‌اند از جمله هلی آمریکایی در این زمینه می‌گوید:

«اروپائی‌ها زیاد برای تعریف نظم عمومی که قابل تعریف و ثابت نیست افراط کرده‌اند اما برای نظم عمومی نمی‌توان چیز ثابتی یافت و تعریف نمود»

ولی عده‌ای دیگر سعی در تعریف و شناساندن ماهیت آن نموده‌اند. موافقان تعریف نظم عمومی را نیز می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

اول: کسانی که قائل به نظم تکوینی هستند: این گروه معتقدند که این قانون نیست که نظم عمومی را بوجود می‌آورد بلکه این نظم بصورت ارتباطات طبیعی اشیاء و نهادها در جامعه موجود بوده و قانون فقط ضمانت اجرایی برای تجاوز به آن‌ها تعیین می‌کند. کاپیتان در این زمینه می‌گوید:

^۱. برخلاف قواعد شروط جزایی، مقررات ۱۹۹۹ گاه بر مبنایی غیر از نقض قرارداد نیز اعمال می‌گردد.

«نظم عمومی یعنی نظم در دولت یعنی ترتیب تأسیسات و سازمان قواعدی که برای اجرای وظائف دولت ضروری است. کلمه نظم عمومی نشان‌دهنده فکر یک وضع منطقی و نظامی است که به دستگاه وحدت و روح می‌دهد. طبیعتاً قوانین مدنی نظم عمومی باید استثناء باشند زیرا حقوق مدنی، مربوط به روابط خصوصی است و محدود نمی‌شود مگر در مواردی که آزادی فردی، موجب اغتشاشی و خطری برای نظام و امنیت عمومی باشد» (Ahmadi Vastani, 2012).

دوم: کسانی که قائل به نظم تشریعی هستند: این گروه معتقدند که این مقررات و قواعد حقوقی است که نظم خاصی را در اجتماع پدید می‌آورد و همین اصول و مقررات راجع به مصالح جامعه شکل دهنده نظم عمومی است. پس نظم عمومی درون قلمرو حقوق قابل تصور است. لذا این نظم، یک نظم اعتباری است که به اعتبار حقوق موضوعه بوجود می‌آید و با تحول آن، تغییر می‌یابد (Jafari Langeroudi, 2013b).

منجینی که از طرفداران این نظریه است می‌گوید:

«در هر کشور، نظم عمومی، شامل احترام به اصول عالی‌ه اخلاق انسانی و اجتماعی به همان نحوی که در آن کشور جایگیر شده، می‌باشد». اما صحیح این است که گفته شود نظم عمومی از لحاظ وجودی واحد است ولی از لحاظ ایجاد دارای دو جنبه است یعنی هم جنبه تکوینی دارد و هم جنبه تشریعی، منتها نظم طبیعی یا تکوینی، اساس نظم تاسیسی یا تشریعی را تشکیل می‌دهد، لذا نظم عمومی همان حالت ترتیب موجود در نهادهای حقوقی جامعه است که حقوق موضوعه برای آن ضمانت اجرا تعیین کرده است. این نظر میان دو نظریه تکوینی و تشریعی تعدیل ایجاد کرده و آن دو را به هم نزدیک می‌کند (Katouzian, 2021).

بطوری که از مطالب قبل بر می‌آید نهاد نظم عمومی در حقوق مدنی، یک وسیله بسیار مهم و مؤثری برای محدود ساختن آزادی اراده اشخاص و یا به عبارت دیگر وسیله‌ای برای تامین حکومت و نظارت قانون بر اعمال حقوقی می‌باشد. و نیز همانگونه که گفته شد نقطه مشترکی که در تعاریف مختلف ارائه شده از نظم عمومی وجود دارد، «مصالح و منافع عمومی» می‌باشد؛ مصلحت یک امر نسبی و متغیر است که نظم عمومی نیز به تبع تغییر آن، متغیر می‌باشد. توضیح اینکه وسایلی که اشخاص برای تجاوز به قواعد حافظ نظام اجتماعی و سیاسی دولت انتخاب می‌کنند همیشه یکسان و مشابه نیست. لذا موارد استناد به نظم عمومی نیز ثابت نمی‌ماند و ناچار باید تغییر کند (Katouzian, 2022).

اگر تأسیسات حقوقی مختلف خوب در نظر گرفته شوند ملاحظه خواهد شد که آن‌ها کاملاً تابع کیفیات و اوضاع و احوال اجتماعی هستند و چون این اوضاع و احوال اجتماعی تغییر کرده و ثابت نمی‌مانند بنابراین تأسیسات مذکور نیز پا به پای تغییرات حاصله دچار گوناگونی و تحول می‌شوند (Ahmadi Vastani, 2012).

بویژه از قرن بیستم به بعد که عقاید اجتماعی طرفداران زیادی پیدا کرده و دولت‌ها به نام حفظ مصالح عمومی سعی در مداخله در تمام شئون اقتصادی و اجتماعی اشخاص عمومی سعی در مداخله در تمام شئون اقتصادی و اجتماعی اشخاص می‌کنند. از طرف دیگر یکی از منابع مهم نظم عمومی، اخلاق حسنه و احساسات عمومی است که اخلاق حسنه به آرامی و احساسات عمومی با سرعت زیادتری همگام با تحولات سیاسی و اقتصادی و رویدادهای اجتماعی تغییر می‌کند (Katouzian, 2022).

همانگونه که مصالح با توجه به زمان و مکان متغیر است، نظم عمومی نیز به تبع آن با توجه به زمان و مکان تغییر می‌یابد.

به عنوان مثال، طلاق در کشور فرانسه تا سال ۱۸۸۴ میلادی به کلی ممنوع بوده اما از آن سال به بعد به موجب قانون خاصی و تحت شرایط ویژه این امر مورد قبول واقع شد؛ این مثال نشان دهنده تغییر قلمرو نظم عمومی و کاهش موارد استناد به نظم عمومی در اثر مرور زمان و تغییر اوضاع و احوال اجتماعی می‌باشد (Ahmadi Vastani, 2012).

بیع شرط که به عنوان یک حيله شرعی وارد حقوق ایران شده بود که به صرف اقتضاء مدت خیار، موجب استقرار ملکیت مشتری در مبيع شرطی می‌گردید، با تصویب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک، از میان برداشته شد؛ این مثال نیز نشان دهنده افزایش قلمرو نظم عمومی به لحاظ زمان می‌باشد.

غبن در حقوق آلمان و انگیس موجب بطلا معامله و مخالف نظم عمومی است در حالی که در حقوق ایران و فرانسه موجب فسخ است نه بطلان؛ این مثال نیز نشان دهنده نسبیت نظم عمومی به لحاظ مکان می‌باشد.

مثال‌هایی که ذکر شد، نشان دهنده نسبیت بودن نظم عمومی در نتیجه مقایسه قوانین موضوعه بود. ولی در رویه قضایی نیز نشانه‌هایی برای اثبات نسبیت بودن آن وجود دارد. برای مثال دلالتی ازدواج بموجب رویه قضایی فرانسه در سال ۱۸۵۵ ممنوع اعلام گردید در حالی که تا قبل از آن سال مجاز بود (Ahmadi Vastani, 2012).

برای نظم عمومی تقسیم‌بندی‌های مختلفی ارائه شده و هر یک از حقوقدانان طبق سلیقه شخصی خود تقسیم‌بندی متفاوتی از دیگران ارائه داده است. به خاطر همین تنوع و کثرت تقسیم‌بندی‌ها، فقط برخی از مهم‌ترین آن‌ها بیان خواهد شد و سایر تقسیم‌بندی‌ها بطور مختصر ذکر خواهد شد.

نتیجه گیری

در تعریف شرط جزایی گفته شده: توافق قبلی مبنی بر پرداخت عوض از عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد را شرط جزایی گویند. دلیل آن که شرط جزایی نامیده اند زیرا معمول است که در ضمن عقد اصلی می‌آید. می‌توان بعد از عقد هم بر شرط جزایی توافق کرد. و در تعریف دیگر گفته اند: توافقی است که بر اساس آن طرفین معامله میزان خسارتی که در صورت عدم اجرای نامشروع قرارداد به طور مقطوع بایستی پرداخت گردد را معین می‌سازند.

در ادامه باید اضافه کرد که کامن لای انگلستان با عدم پذیرش شروط جزایی و تقلیل آن به خسارات واقعی وارد، با اثر سرکوبگرانه مجازات‌های مدنی قراردادی به مبارزه برخاسته و در وجه التزام‌های قابل مطالبه نیز چنانچه بخشی از قرارداد اجرا شده و متعهدله قسمت اجرا شده قرارداد را پذیرفته باشد، نمی‌تواند کل وجه التزام را مطالبه کند. امکان تجزیه وجه التزام در این فرض، عدم امکان ضبط بیعانه‌های سنگین، اصل بطلان شروط جزایی، توجه به توازن قراردادی از طریق جزایی تلقی کردن برخی شروط در رویه قضایی و قوانین، بیانگر محدودیت‌های روزافزون در به کارگیری شروط جزایی در حقوق قرارداد انگلیس است. کامن لا با عدم پذیرش شروط جزایی فراتر از کشورهای حقوق - نوشته‌ای گام برمی دارد که تعدیل وجه التزام‌های سنگین را پذیرفته اند.

در مقایسه شروط جزایی با جریمه‌های قضایی، نکات ذیل حایز اهمیت است. نخستین تفاوت میان این دو تأسیس حقوقی، تفاوت در منشأ ایجاد است. شروط جزایی برخاسته از اراده طرفینند، ولی کامن لا افراد را از مجازات مدنی یکدیگر باز می‌دارد. در حالی که جریمه‌های قضایی اصولاً به صلاحدید دادگاه و هیأت منصفه واگذار شده اند و بیشتر جنبه مجازات و بازدارندگی دارند. دومین تفاوت در بستر جریان این دو تأسیس است. شروط جزایی عموماً در قراردادها درج و در دعاوی نقض قرارداد به جریان می‌افتند؛ حال آنکه جریمه‌های قضایی عمدتاً در

چارچوب دعاوی شبه جرم مطرح می‌گردند و کارکرد چندانی در دعاوی قراردادی ندارند. خسارات اسمی نیز که قطعاً فاقد رویکردی ترمیمی اند، گرچه در دعاوی نقض قرارداد به کار گرفته می‌شوند، ولی به دلیل وجود دیگر جایگزین‌ها، با بی‌ربطی حقوقدانان مواجه شده‌اند. تطبیق دقیق جرمه قضایی سه‌گانه‌ی موجود در کامن‌لا بر حقوق ایران دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا اصولاً علی‌رغم اختیار قاضی در کاهش خسارات مورد حکم (ماده ۴ ق.م.م.)، حکم به خساراتی مازاد بر خسارات واقعی وارد، تحت عناوین دیگری مانند تنبیه خوانده مجاز نیست. علیرغم ماهیت دوگانه دیه (ترمیمی و مجازات بودن)، از آنجا که در قتل غیرعمدی به سونیت خوانده توجهی نمی‌گردد و نهایتاً دیه به ورثه پرداخت می‌گردد ماهیت ترمیمی آن قوی‌تر به نظر می‌رسد، گرچه نظر مخالف نیز (به ویژه نظریه ماده ۱۲ ق.م.ا.) قابل دفاع است. با وجود این، شروط جزایی را می‌توان از وجه التزام ماده ۲۳۰ ق.م. تفکیک کرد و حکم به بطلان یا دست‌کم تعدیل شروط جزایی کرد؛ زیرا نافذ دانستن این شروط، علاوه بر مغایر بودن با نظم عمومی معاملاتی و اخلاق حسنه، نوعی اعطای حق مجازات مدنی به طرفین قرارداد است؛ مجازاتی که در حقیقت دادرسی واقعی آن، طرف قوی‌تر معامله است که چه بسا با سوءاستفاده از وضعیت طرف ضعیف‌تر، وی را با عسر و حرج ناخواسته‌ای روبه‌رو می‌سازد. درواقع، حکم صادرشده توسط قاضی مبنی بر پرداخت مبالغ جزایی، صرفاً مهر تأییدی بر میزان و حدود مجازاتی است که پیش از دادرسی، توسط طرف قوی‌تر معامله تعیین شده است.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافع وجود ندارد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

EXTENDED SUMMARY

The theory of the penal clause, often referred to as a contractual penalty, has been a subject of extensive debate in both Islamic jurisprudence and statutory laws. This study aims to explore the nature, position, and limits of liquidated damages within the framework of fairness in the legal systems of Iran and England. Employing a descriptive-analytical research method, this article dissects the theoretical foundations of liquidated damages and penalty clauses, evaluating their legitimacy and enforceability. In Iranian law, one perspective classifies liquidated damages as an optional condition (Khiyar al-Shart), allowing the obligor to pay the stipulated penalty instead of fulfilling the primary obligation. However, this view has been criticized for its imprecise application. Another viewpoint considers liquidated damages as a form of penalty, despite the fact that such damages may not necessarily correspond to the actual loss incurred. A third perspective treats liquidated damages as compensation for non-performance of obligations, but this contradicts Article 230 of the Iranian Civil Code, which restricts judicial authority in modifying the agreed-upon amount. Consequently, while liquidated damages align more closely with the latter perspective, they are best understood as a unique form of compensation and a guarantee for performance, possessing distinct characteristics that set them apart from conventional penalties. The study also examines Article 10 of the Iranian Civil Code, which recognizes liquidated damages within the scope of contractual agreements. In contrast, English common law draws a clear distinction between

liquidated damages and penalty clauses, invalidating the latter based on the rationale that parties to a contract cannot impose punitive measures on one another. The study concludes that while Iranian law still upholds penalty clauses, its judicial application is either restricted or significantly limited. Historically, penalty clauses emerged as a mechanism for ensuring contractual compliance. In common law jurisdictions, penalty clauses have been subject to scrutiny due to their punitive nature. Courts generally uphold liquidated damages provisions if they are a genuine pre-estimate of potential loss. However, if a clause is deemed to be a penalty rather than a compensatory measure, it is rendered unenforceable. In Iranian jurisprudence, the concept of liquidated damages is rooted in Islamic legal principles, which permit pre-agreed compensation for contractual breaches but prohibit excessive punitive damages. While Iranian law does not categorically reject penalty clauses, it limits their enforceability to prevent unjust enrichment. Notably, Article 230 of the Iranian Civil Code states that courts cannot modify the agreed penalty unless a party can prove that the stipulated amount is grossly unfair. In comparison, English courts employ a stricter test, distinguishing between enforceable liquidated damages and unenforceable penalties based on whether the stipulated sum reflects a reasonable forecast of actual damages. This fundamental difference underscores the divergence in contractual philosophy between Iranian and English law, where Iranian law allows greater flexibility in contractual autonomy while English law imposes stricter limitations to prevent exploitation.

The enforcement of penalty clauses varies significantly across different legal traditions. In Iranian law, penalty clauses are enforceable to the extent that they align with contractual fairness and do not violate principles of public policy. However, judicial intervention in modifying such clauses is minimal, as courts generally uphold the agreed-upon terms unless there is compelling evidence of coercion or unconscionability. In English law, the principle of "freedom of contract" is counterbalanced by judicial oversight to prevent the imposition of punitive financial obligations. The landmark case of *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* (1915) established the framework for determining whether a contractual clause constitutes a valid liquidated damages provision or an unenforceable penalty. The ruling emphasized that a clause should be proportionate to the anticipated loss rather than a deterrent measure. Similarly, more recent decisions, such as *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* (2015), reaffirmed the principle that penalty clauses are void if they serve as a punitive mechanism rather than a compensatory measure. Iranian law, while not explicitly distinguishing between liquidated damages and penalty clauses, follows a more contractualist approach where the parties' agreement is given primacy, provided that it does not contradict public policy or Sharia principles.

Despite their differences, both Iranian and English legal systems recognize the importance of contractual certainty and predictability. In Iranian law, the emphasis on contractual autonomy allows parties to agree upon penalties for breach, provided they do not contravene the principles of fairness and equity. However, English law imposes stricter limitations, disallowing clauses that have a punitive character. The rationale behind these limitations is rooted in the idea that contractual penalties should not serve as a means of coercion or financial oppression. This is particularly relevant in commercial transactions, where disproportionate penalty clauses can create an imbalance of power between contracting parties. English courts have developed a nuanced approach to evaluating such clauses, considering factors such as the nature of the contract, the intention of the parties, and the proportionality of the stipulated sum. Iranian courts, in contrast, exhibit a higher degree of deference to contractual agreements, only intervening in cases where the agreed-upon penalty is deemed excessive or unconscionable. This divergence reflects broader philosophical differences

between common law and civil law traditions, with common law emphasizing judicial oversight and civil law prioritizing contractual freedom.

The comparative analysis of Iranian and English legal systems reveals a complex interplay between contractual freedom and judicial intervention. In Iranian law, penalty clauses are generally upheld as long as they are not manifestly unfair or contrary to public policy. The judiciary plays a limited role in scrutinizing such clauses, adhering to the principle that contractual agreements should be honored unless they result in unjust outcomes. In contrast, English law adopts a more interventionist stance, actively policing penalty clauses to prevent abuse. This distinction highlights the broader differences between the two legal traditions: Iranian law tends to favor a more flexible, party-driven approach, whereas English law imposes stricter judicial controls to ensure fairness and proportionality. The practical implications of these differences are significant, particularly for multinational contracts where parties must navigate the varying legal frameworks governing penalty clauses. While English law provides greater predictability by invalidating penalty clauses outright, Iranian law offers greater contractual autonomy, allowing parties to negotiate terms with minimal judicial interference.

In conclusion, the jurisprudential and legal examination of penalty clauses in Iranian and English law underscores the divergent approaches to contractual penalties. While Iranian law permits the enforcement of penalty clauses within the limits of fairness and public policy, English law imposes strict constraints to prevent punitive financial obligations. The primary distinction lies in the level of judicial intervention: English courts actively scrutinize penalty clauses to ensure they serve a compensatory rather than punitive function, whereas Iranian courts largely defer to the parties' contractual agreements. This study highlights the need for a balanced approach that respects contractual autonomy while safeguarding against exploitative practices. Future legal reforms in both jurisdictions may seek to refine the criteria for evaluating penalty clauses, ensuring that they achieve their intended purpose without imposing undue hardship on contracting parties. By fostering a clearer legal framework, both Iranian and English legal systems can enhance contractual certainty and fairness, ultimately benefiting all stakeholders involved in commercial transactions.

References

- Afshar, F. (2014). *General Principles of Comparative Law*. Tamrin Publishing.
- Ahmadi Vastani, A. (2012). *Public Order in Private Law*. Tamrin Publishing.
- Calleros, C. (2006). Punitive Damage, Liquidated Damages, and Clauses Penales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code.
- Eskini, R. (1988). Penalty Clauses in International Contracts. *International Legal Services Journal*(9).
- Eskini, R. (1992). *Topics in International Trade Law*. Amir Kabir Publications.
- Firoozabadi, M. i. Y. (1995). *Qamus Al-Muheet*. Al-Risalah Printing and Publishing Institution.
- Jafari Langeroudi, M. J. (2013a). *The Impact of Will in Civil Law* (2nd Edition ed.). Ganj-e-Danesh Publications.
- Jafari Langeroudi, M. J. (2013b). *Law of Obligations*. Ganj-e-Danesh Publications.
- Jafari Langeroudi, M. J. (2017). *Legal Terminology*. Ganj-e-Danesh Publications.
- Jafari Langeroudi, M. J. (2021). *Civil Law of Mortgage and Peace Contracts*. Ganj-e-Danesh Publications.
- Katouzian, N. (2021). *Legal Events*. Ganj-e-Danesh Publications.
- Katouzian, N. (2022). *General Rules of Contracts, Vol. 4*. Mizan Publishing.
- Maloof, L. (2010). *Al-Munjid*. Islamic Publishing.
- Sanhoury, A. (1998). *Sources of Rights in Islamic Jurisprudence*. Al-Halabi Legal Publications.
- Scottish Law Commission. (1997). Discussion Paper on Penalty Clauses. <https://www.scotlawcom.gov.uk/downloadfile/view/101/127>