

مجله مطالعات حقوق تطبیقی،

دوره ۳، شماره ۲،

پاییز و زمستان ۱۳۹۱،

صفحات ۱۰۱ تا ۱۲۵

توافق بر خسارت در کامن لا

مرتضی عادل*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۹۱/۵/۲ - تاریخ پذیرش: ۹۱/۷/۱۵

چکیده

در هر قراردادی اراده و توافق طرفین مبنا است. این امر در اغلب شروط و جزئیات آن قرارداد، از جمله شروط مربوط به تعیین خسارت نیز حاکم است. این دیدگاه در حقوق ایران نیز حاکم بوده و کمتر حقوقدانی تمایل دارد نگرشی متفاوت با آن در روابط قراردادی، خصوصاً در شروط راجع به تعیین خسارت بپذیرد. اما مطالعه شرط توافق بر خسارت در قراردادها در حقوق انگلستان به طور اخص و در نظام کامن لا به طور اعم، نشان دهنده آن است که با این قبیل شروط چنین رفتاری صورت نمی‌گیرد، مگر آنکه این شروط با قواعد آمره‌ای که دادگاهها وضع کرده‌اند انطباق داشته باشند. در این مقاله تلاش می‌شود که ابتدا با نگاهی انتقادی سابقه دیدگاه کامن لا به این شروط را طرح کرده و ملاک‌هایی را که حقوق انگلستان در این زمینه و برای بررسی صحت این شروط وضع نموده است بیان نمود. پس از بررسی مختصر سابقه تاریخی، ویژگیهای آن در حقوق فعلی برخی کشورهای کامن لا بررسی و همراه آن پیشنهادات اصلاحی ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی: خسارت، تنبیهی، نقض قرارداد، خسارت غیرعادلانه، جبران زیان، شروط قراردادی.

مقدمه

قراردادها را برای اجرا و انجام مفاد آن منعقد می‌کنند تا دو طرف بتوانند از منافع آن بهره‌مند شوند. با این حال در برخی مواقع ممکن است قرارداد با توافق دو طرف و یا براساس خواست یکی از آن دو، نیمه تمام مانده و دیگر تمایلی به اجرای مفاد آن برای یک و یا دو طرف باقی نماند. آنچه در این موارد اهمیت دارد تعیین مسئولیت هر یک از دو طرف و جبران ضرر زیان- دیده است. به دلیل وجود چنین احتمالی در روابط قراردادی، هر دو طرف ممکن است از ابتدا مایل باشند مسئولیت طرف نقض کننده را در آن معین نمایند، یا اینکه تعیین آن را بر عهده دادگاه قرار دهند. در کامن لا برای اینکه چنین شرطی، همانند دیگر شروط مربوط به جبران خسارات، معتبر تلقی شود ابتدا باید قواعد عمومی مربوط به جبران خسارات قراردادی، که در پرونده *Hadley v Baxendale* تحت عنوان قاعده اول و قاعده دوم آمده است رعایت شود. براساس این قواعد، اول باید دو طرف قرارداد خسارت وارده را در ابتدا به طور متعارف پیش-بینی نموده باشند، و یا اینکه میزان آن توسط آنان تصور شده باشد، و دوم اینکه خسارات وارده نتیجه طبیعی حوادث واقع شده باشد.

خوشبختانه در غالب موارد، این دو ویژگی در شروط توافق بر خسارت قراردادی وجود دارد، ولی این دو ویژگی برای اعتبار شروط اخیر کافی نبوده و بر اساس کامن لا این شروط باید ویژگیهای دیگری هم به شرح زیر داشته باشند تا معتبر تلقی گردند.

الف - خسارت مورد توافق

در مورد خسارت مورد توافق مندرج در شرط خسارت، رویه قضایی و قوانین اشاره کمی به نوع مالی که می‌توان برای پرداخت خسارت تعیین نمود دارند. دادگاهها در رویه خود منعی از تعیین مالی غیر از پول به عنوان خسارت ننموده‌اند، اگر چه به طور سنتی پول برای این امر اختصاص می‌یافت. در این موارد، یا مبلغ معینی پول تعیین می‌شد، و یا مبلغی که بعد قابل محاسبه باشد تعیین می‌گردید، مثل ۵٪ از اقساط معوق.

ب - امتیاز شرط توافق بر خسارت

با توجه به وجود احتمال توقف و یا اجرای ناقص قرارداد، معمولاً برای دو طرف این امکان هست که از منافع چنین شرطی استفاده نمایند. در مجموع وقتی طرفین چنین شرطی را انتخاب می‌کنند که منافع آن را بیشتر از هزینه‌های آن دانسته و آن را در خدمت خود ببابند. این منافع به شرح زیر است:

۱- دو طرف قرارداد از نتیجه نقض و تخلف قراردادی خود مطلع گشته و سبب تصمیم‌گیری بهتر آنان می‌گردد. به عبارت دیگر طرف ناقص قرارداد خواهد دانست که مسئولیت او چه خواهد بود.

۲- از عدم اطمینان و تردید دو طرف در مورد تصمیم دادگاه در خصوص خسارات قابل پرداخت می‌کاهد. این شک و تردید به واسطهٔ مراحل پیچیدهٔ رسیدگی دادگاه و لزوم اثبات رابطهٔ سببیت و قابل پیش‌بینی بودن خسارات است.

۳- اطمینان روانی که دو طرف در حمایت از منافعشان در قرارداد دارند، مبنی بر اینکه تصمیم و انتخاب آنان مورد پذیرش و حمایت قانون است.

۴- اختیار شرط خسارت سبب کاهش هزینه‌های طرفین به دلیل کاهش هزینه‌های مربوط به طرح دعوی و یا حل و فصل اختلافات آتی خواهد بود. همچنین این ویژگی سبب کاهش هزینهٔ دولتها نیز گردیده و مانع گسترش حجم پرونده‌ها در دادگستری و همچنین ایجاد عدالتی مقبول‌تر برای دو طرف می‌گردد.

۵- اگر دو طرف قرارداد ظرفیت پذیرش خطر و مسئولیتشان (risk) متفاوت باشد، آنان می‌توانند با پذیرش شروط تعیین خسارت، این ظرفیت را در آن لحاظ نموده و به طرفی که کمتر اهل پذیرش خطر و مسئولیت است اطمینان خاطر بیشتری بدهند. به عنوان مثال اگر خریدار اهل پذیرش خطر و مسئولیت نباشد (risk-averse)، حاضر خواهد بود که مبلغ بیشتری را به عنوان مبلغ قرارداد بپردازد تا بتواند تضمین و بیمهٔ بهتری در اجرای قرارداد تحصیل کند. در مقابل اگر فروشنده اهل پذیرش خطر و مسئولیت باشد (risk-neutral)، اجرا و یا عدم اجرای قرارداد برای او تفاوتی نمی‌کند و بنابراین انگیزهٔ وی برای اجرای مفاد قرارداد کم می‌شود، مگر اینکه چنین شرطی در قرارداد وجود داشته باشد و التزام وی به قرارداد را افزایش دهد.

۶- نفع دیگری که تا اواسط قرن بیستم در انگلستان وجود داشت اختیار خواهان در انتخاب نوع دعوی بود که در صفحات آتی به آن اشاره خواهد شد.

فصل اول - شرط توافق بر خسارت و ماهیت آن

مبحث اول - تعریف شرط

این شرط چنین تعریف می‌شود که؛ توافق دو طرف در قرارداد است برای پرداخت و یا انتقال مبلغی پول و یا مال دیگری توسط طرف نقض کننده به طرف زیان دیده برای جبران ضرر وارده به وی. این توافق ممکن است توسط دادگاهها به یکی از دو حالت زیر تفسیر گردد:

الف - شرط تنبیهی (Penalty Clause)

اگر دادگاهها شرط توافق شده را براساس قواعدی به عنوان شرط تنبیهی تلقی نمایند، معمولاً تصمیم بر براءت ذمه متعهد از مسئولیت مندرج در آن شرط (Relief) گرفته و آن را غیر قابل اجرا اعلام می‌دارند.

ب- شرط تعیین خسارت (Liquidated Damages Clause)

اگر دادگاهها شرط را به صورت بالا تلقی نمایند، آن را پیش‌بینی معقولی از میزان خسارت آتی دانسته و در نتیجه قابل اجرا می‌دانند.

مبحث دوم - ماهیت شرط

سابقه شرط تعیین خسارت در حقوق انگلستان به قرن سیزدهم میلادی باز می‌گردد. در آن زمان شکل قراردادهای با آنچه امروز متداول است تفاوت داشت. همچنین در آن زمان از کلمه "خسارت" (Damages) برای این شروط استفاده نمی‌شد، بلکه مفهوم مشابهی تحت نام "تضمین تنبیهی" (Penal Bond) یا "تعهد تنبیهی" (Penal Obligation) به کار می‌رفت. این تضمین، طی سندی که دو طرف یک توافق مبادله می‌کردند اخذ می‌شد. در ابتدا تضمین تنبیهی سند قوی و لازم‌الاجرای بود که در موارد بسیار محدودی می‌شد آن را بی‌اعتبار و یا نقض نمود. این سند به صورت مشروط صادر و شرط اجرای آن نیز "تقصیر متعهد" بود.

همچنین دعوی مطالبه طلب ناشی از تعهد (action of debt sur obligation) هم که مهمترین راه برای تأمین وصول مطالبات طلبکار محسوب می‌گردید، بر اساس سند تضمینی صورت می‌گرفت که به آن *bond / obligation / writing obligatory* نیز می‌گفتند (Simpson, 1975, p. 88).

این سند به عنوان سند دین محسوب شده و متضمن قبول یک طرف (متعهد) بر مدیون بودن به طرف دیگر (متعهدله)، و همچنین قبول بر پرداخت مبلغ اضافی معینی، در صورت عدم پرداخت اصل دین بود. در مورد میزان مبلغ اضافی تعهد شده (*poena*) ملاک و معیار مشخصی غیر از اراده دو طرف وجود نداشت، ولی معمولاً میزان آن بیشتر از اصل دین بود. در برخی مواقع از این سند، به علت ماهیت انعطاف پذیر آن، به عنوان تضمین برای استرداد پولی که به علت قرض و یا دین دیگری که بر عهده شخص بود (مانند بیع زمین یا رهن آن)، استفاده می‌گردید. بعلاوه، این امکان هم وجود داشت که از سند به عنوان تضمینی برای معامله اصلی استفاده کرد، مثل موردی که موضوع تعهد "پرداخت پول" نبوده، بلکه "انجام و یا ترک فعل معینی" بود که در شرط مندرج در سند می‌آمد. به همین دلیل، تضمین تنبیهی به دو دسته تقسیم می‌گردید: "تضمین ساده و یا مجرد" که به تضمین غیر مشروط هم معروف بود، و "تضمین مشروط و یا معلق" که بسیار مهم‌تر و متداول‌تر بود.

تضمین ساده یا مجرد، که سند مهر شده و معمولاً منجزی بود (*deed*) معمولاً به این شکل بود: «آقای الف می‌پذیرد که به آقای ب مبلغ ... بدهکار است و این مبلغ می‌باید در تاریخ ... و در محل ... و در ساعت ... به وی پرداخت گردد.»

تضمین مشروط یا معلق، که مادر شروط مربوط به توافق بر خسارت امروزی محسوب می‌گردد، سند قابل اطمینان‌تری بود که در قرن ۱۳ و ۱۴ میلادی بسیار استفاده می‌شد. در این نوع سند

شرطی وجود داشت که معمولاً بر روی سند نوشته شده و پس از پرداخت مبلغ بدهی قابل ابطال بود. متن ساده این سند به این شکل بود: «آقای الف می‌پذیرد که به آقای ب مبلغ ۱۰۰ پوند بدهکار است. اما اگر آقای الف مبلغ ۶۵ پوند را در تاریخ ... و در محل ... و در ساعت ... به وی بپردازد، این سند باطل گردد، در غیراینصورت لازم‌الاجرا خواهد شد.»

در کنار این تضمین مشروط ساده، تضمین مشروط دیگری هم وجود داشت که پیچیده‌تر بوده و بیشتر در توافقات استفاده می‌گردید و بسیار شبیه شرط تعیین خسارت (Liquidated Damages Clause) در قراردادهای امروزی بود. در این نوع تضمین، شروط توافق شده به شکل تعهداتی در مقابل یکدیگر و با مهر و امضاء دو طرف تنظیم می‌گردید. بر اساس این توافق، اگر متعهد تعهد خود را اجرا نمی‌نمود، ملزم به پرداخت مبلغ معینی می‌شد.

این دو نوع تضمین مشروط، تعهدهای استاندارد بودند که در قرون وسطی مورد استفاده قرار می‌گرفت، که هم بیانگر پاسخ مناسبی بود که این سند به نیازهای اقتصادی زمان می‌داد، و هم نشانه همخوانی است که با مقررات حقوقی زمان داشت.

فصل دوم - پیشرفت سند تضمین تنبیهی

مبحث اول - سند تضمین تنبیهی پیش از قرن هفدهم

بررسی سند تضمین تنبیهی پیش از قرن هفده نشان می‌دهد که این سند در زمانهای مختلف کارایی متفاوتی داشته است. در نیمه دوم قرن سیزده تضمین تنبیهی به شکل سند ساده در قرض پول به کار می‌رفت. سپس در مواردی مانند رهن کلاسیک و اجاره اموال غیرمنقول به کار می‌رفت. در این موارد بود که سند پیچیده‌تر شده و شرط ابطال نیز به آن اضافه گردید.

چون در ابتدا این اسناد مورد اعتراض فقیهان مسیحی قرار نگرفتند، سریعاً گسترش یافته و روش متداولی برای تضمین معاملات گردیدند و تا قرن نوزدهم نیز مورد استفاده بودند. با این حال در مواردی دادگاههای انصاف در این نوع اسناد مداخله می‌کردند. اگر چه این کار دادگاهها تحت عنوان ایجاد توازن میان طرفین قرارداد بود، ولی همین اقدام پایه دخالتهای بعدی دادگاهها در شروط قراردادی تعیین خسارات را فراهم نمود.

اولین مداخله دادگاهها، در سند تضمین تنبیهی مربوط به پرداخت پول بود. در آن زمان به علت اعتبار زیاد این اسناد، ایرادات محدودی بر آن قابل طرح و قابل قبول بود (Baker, 1979, p. 270). عمده ایرادات در اسناد تضمین ساده عبارت بودند از: ایراد عدم اعتبار سند به علت جعلی بودن آن و یا بیسواد بودن متعهد (Henderson, 1974, p. 300)، اکراه، عدم اهلیت و خدشه در سند (Baker, 1979, p. 270). در اسناد تضمین مشروط علاوه بر ایرادات فوق موارد دیگری هم وجود داشت که می‌توانست سبب عدم اجرا و یا اجرای متفاوت شرط (بدون رضایت و قبول متعهدله) گردد. موارد اخیر عبارت بودند از: عدم امکان اجرای شرط به طور دائم (Mortimer v, 1562, p. 1)

و یا در مواردی به صورت موقت (Fabyan v Fuliambe) به علت حوادث غیرمترقبه، فوت متعهد، اقدام متعهدله، و غیر قانونی بودن شرط.

در قرون وسطی در کنار این ایرادات، دادگاههای انصاف دلایل دیگری نیز برای مداخله پیدا کردند که در دید عوام عادلانه و منصفانه به نظر می‌رسید. این موارد جدید عبارت بودند از اشتباه یا سهل‌انگاری، و یا وقوع حادثه‌ای برای متعهد که سبب گردد وی قادر به انجام تعهد خود نباشد. مثال این رویه دادگاهها را می‌توان در پرونده Umfraville v Lonsted دید که در آن بدهی موضوع یک تضمین تنبیهی مشروط، به دلیل تخلف در تسلیم نامه‌ای در روزی معین، که شرط سند بود، مطالبه گردید. خواهان اصرار می‌کرد که شرط سند محقق نشده و باید متعهد، تعهد پذیرفته شده در سند را اجرا نماید. خواننده نیز مدعی بود که خواهان خسارتی از عدم انجام تعهد متحمل نگردیده و او آماده است که نامه را تسلیم نماید. قاضی Bereford خواهان را چنین مورد خطاب قرار داد: «تو مطالبه این طلب را کرده‌ای زیرا که نامه به تو تسلیم نشده بود، در حالیکه خواننده مدعی است که او آنرا قبلاً به تو ارائه نموده و اینک نیز آن را به تو ارائه می‌نماید. بنابراین شایسته است که تو این درخواست را اجابت کرده و نامه را دریافت داری. به بیان بهتر، این سند، تضمین یک دین نیست، بلکه تنبیهی مقرر است و تو با چه انصافی می‌توانی اجرای چنین تنبیهی را درخواست نمایی؟»

این نوع برخورد دادگاهها مثال بارزی بود از سرپیچی از "الزام آور بودن تعهدات". گرچه در مواقع عادی نقض تعهد سند می‌توانست منجر به مسئولیت گردد، ولی در "نظریه تنبیه" (penalty doctrine) این نقض ممکن بود به صدور رأی عدم مسئولیت منجر شود، چرا که دیگر دادگاهها مایل نبودند به چارچوب قراردادی صرف ملتزم بمانند و تلاش می‌کردند که توجیهات جدیدی برای مداخلات خود پیدا کنند. با اینحال و برای اینکه مطمئن شوند که این کار آنها سبب تجرّی اشخاص و تضعیف تعهدات قراردادی نمی‌گردد (Jones, 1967, p. 445). دادگاههای انصاف سعی کردند که در کنار این مداخله خود، رأی به جبران خسارت متعهدله نیز، اگر وجود می‌داشت، به همان میزان که می‌توانست با ارائه آن سند تضمین در دادگاه کامن لا دریافت کند، بدهند (Jones, 1967, p. 437).

در دوره حکومت هنری سوم (1272 - 1216)، نگرانی دیگری برای دادگاههای انصاف، خصوصاً در زمینه اسناد تضمین باز پرداخت پول و قانونی و شرعی بودن آنها بوجود آمد که آن هم مربوط به ماهیت ربوی (usurious) برخی از آن اسناد بود (Rabinowitz, 1956, p. 305). این امر دوره جدیدی را در برخورد دادگاهها با این اسناد بوجود آورد و پس از آن دادگاهها تلاش نمودند بین اسناد تضمینی که واقعاً مشروط به انجام کاری بوده و ماهیت ربوی نداشتند، و اسنادی که شرط مندرج در آن نوعی حيله شرعی بوده و در حقیقت برای استرداد اصل بدهی به همراه مبلغی اضافی به عنوان بهره (ربا) بود، تفاوت قایل شوند. به عنوان نمونه، در پرونده‌ای

در قرن چهاردهم، قاضی Passely در مورد یک سند تضمین چنین نظر داد: «این دعوی مطالبه، بر اساس یک تضمین تنبیهی است و از آن بوی ربوی بودن استشمام می‌شود و قانون نیز اجازه نمی‌دهد که چنین مطالبه‌ای صورت پذیرد.» (Simpson, 1975, p. 115)

به نظر می‌آید که این برخورد دادگاهها مبنای مخالفت گسترده آنها با اسناد تضمین تنبیهی را فراهم کرد و دادگاهها را به آنجا کشاند که مجبور به بررسی ماهیت تک تک اسناد گردند و در صورت تشخیص، رأی به عدم تعهد متعهد صادر نمایند. ولی این دخالت دادگاهها منحصر به اسناد تضمین پرداخت پول نماند و کم کم به دیگر انواع اسناد تضمین هم سرایت نمود. به عبارت دیگر، مخالفت دادگاهها کم کم متوجه اصل این اسناد شد تا استفاده ربوی از آنها. اگرچه در ابتدا آرای دادگاههای انصاف بر عدم مسئولیت متعهد سند، بدون ضابطه مدونی صادر می‌گردید، ولی به تدریج قاعده‌مند شد. در آن زمان روش دادگاههای کامن لا برخلاف روش دادگاههای انصاف بود. در آن زمان این دادگاهها هنوز متمایل بودند که اسناد تضمین را تنفیذ کنند، اگر چه هنوز برای خواننده امکان طرح ایراد مبنی بر صدور سند از روی اشتباه و یا اتفاق وجود داشت (Yale, 1961, p. 13).

در قرن پانزدهم ایرادات دیگری هم از طرف صادرکننده سند تضمین قابل طرح دانسته شد که تقلب، و از بین رفتن اسناد از آن جمله بود. همچنین، اگر متعهد ادعای غفلت و سهل‌انگاری در صدور سند را می‌نمود، این ایراد توسط دادگاه انصاف پذیرفته می‌شد، اگر چه در دادگاه کامن لا قابل قبول نبود.^۱ مثال این حالت وقتی بود که وجه سند تضمین پرداخت می‌گردید ولی متعهد فراموش می‌کرد که گواهی پرداخت و یا برائت ذمه خود را دریافت دارد (Loyd, 1915, p. 124).

در قرن ۱۶ زمینه دخالت دادگاههای انصاف بیشتر شد و اموری نظیر بکار بردن زور و خشونت غیرقابل اغماض در اخذ سند، به ایرادات قبل اضافه گردید. ولی آنچه دستاورد مهم این قرن محسوب می‌گردد استقرار نظام تفتیش و تحقیق توسط دادگاههای انصاف در مورد میزان زیانی بود که از طریق نقض تعهد، بر متعهدله وارد می‌گردید (Baker, 1979, p. 271). این تحقیق با این استدلال صورت می‌گرفت که عادلانه نیست متعهدله چیزی بیشتر از ضرری که متحمل شده دریافت دارد. در نتیجه دادگاه انصاف فقط به جبران زیان وارده رأی می‌داد، در حالی که در همان زمان متعهدله می‌توانست در دادگاه کامن لا تمام مبلغ مندرج در سند تضمین را مطالبه نماید و نه ضرر متحمل شده را. با اینحال، افزایش مداخله دادگاههای انصاف در اسناد تضمین سبب شد که در این قرن رأی بر عدم مسئولیت متعهد (relief) به وفور صادر گردد، اگر چه هنوز این اسناد کارایی خود را از دست نداده بود و افزایش نرخ بهره در دوره هنری هشتم (۱۵۴۵)^۲ نیز سبب استفاده بیشتر از این اسناد گردید.

^۱ کامن‌لای اصیل و یا کامن‌لادان اصیل از اوایل قرن ۱۷ این امر را پذیرفت. (Simpson, 1975, p. 11)

^۲ تا ده درصد در سال.

مبحث دوم - سند تضمین تنبیهی پس از قرن هفدهم

الف - افول استفاده از سند تضمین تنبیهی

در ابتدای قرن هفدهم اعتبار و شهرت سند تضمین تنبیهی رو به افول گذارد، ولی پس از آن استفاده از آن افزایش یافت. دلیل اصلی این افول دخالت زیاد قضات انصاف و صدور رأی عدم مسئولیت صادرکنندگان آن اسناد بود، اگر چه همه این آراء نیز مبتنی بر انصاف نبود (Simpson, 1975, p.119). این رویه دادگاهها توسط Sir George Cary به این شکل خلاصه شده بود: «اگر فردی براساس یک سند تضمین تنبیهی ملزم باشد که پولی را در زمان و مکان معینی بپردازد، و علیرغم تمایل وی به پرداخت در آن موعد، مثلاً سند مورد سرقت قرار گیرد و یا متعهد با واسطه متعده و توسط دیگران مورد بد رفتاری قرار گرفته باشد، و یا به دلایل خارج از عهده وی موفق به حضور در قرار نباشد، و یا به هر دلیل دیگر نتواند در موعد پول را بپردازد، ولی با این حال حاضر و آماده باشد که پول را در زمان کوتاهی پس از آن ارائه نماید، در این مورد و موارد مشابه، دادگاه انصاف متعده را ملزم می‌کند که اصل پول خود را به همراه مبلغ معقولی برای جبران خساراتش دریافت دارد. چرا که اگر چنین نباشد، مردم این کار را از طریق قرارداد انجام خواهند داد و نه از طریق سند تضمین تنبیهی امروزی.»

وی در جای دیگر اضافه می‌کند: «اگر متعده بخش عمده پول موضوع سند را در زمان و مکان مقرر دریافت داشته باشد و با اینحال اجرای کل سند را مجدداً درخواست کند و از پذیرش بقیه پول، که پس از تخلف اولیه متعهد مجدداً به وی ارائه گردیده خودداری نماید، در این حالت نیز متعهد می‌تواند روی کمک دادگاه انصاف حساب کند.» (Cary 1 & 2)

نتیجه این دیدگاه دادگاههای انصاف ایجاد رویه‌ای در اواسط قرن ۱۷ بود که اساس آن صدور رای عدم مسئولیت، در مواردی که خواهان با سوء استفاده از حق (از نظر دادگاههای انصاف) قصد اجرای سند را می‌داشت، بود (Yale, 1961, p.15). به مرور این رویه دادگاهها تثبیت شد و آراء زیادی نیز آن را تأیید کردند (Friend v Burgh)، اگر چه مدت‌ها طول کشید تا قاعده‌مند گردد. بر این اساس دادگاههای انصاف آماده بودند اگر متعهد اصل پول و بهره و هزینه‌های متحمله را بپردازد، رأی بر عدم مسئولیت صادرکننده سند تضمین ساده برای پرداخت پول صادر کنند.^۱ در مورد سند تضمین مشروط نیز وقتی چنین می‌کردند که هزینه‌ها و خسارات، پس از تعیین آن توسط دادگاه کامن‌لا بر اساس قاعده *quantum damnificatus*^۲ پرداخت شود (Yale, 1961, p.15).

^۱ در این پرونده دادگاه انصاف حتی می‌توانست دستور استرداد مبلغ تنبیهی پرداخت شده را بدهد. (Simpson, 1975, p.120)

^۲ بر اساس این قاعده، دادگاه انصاف پرونده را به دادگاه کامن‌لا ارجاع می‌داد تا میزان خسارت وارده به متعده را که به دلیل عدم اجرای تعهد تضمین شده متعهد در سند تضمین تنبیهی بر وی وارد شده است با حضور هیئت منصفه تعیین نماید.

تغییر دیگر این دوره، تغییر در رویه دادگاههای کامن لا در تنفیذ اسناد تضمین بود که بیشتر برای محدود کردن پرونده‌های قابل ارجاع به دادگاههای انصاف صورت می‌گرفت (Yale, 1961, p. 20). در نتیجه این تغییر، قضات کامن لا نیز شروع به صدور رأی بر عدم مسئولیت صادرکننده سند تضمین تنبیهی در مواقع صدور سند از روی سهل‌انگاری (negligence)، اگر مبلغ سند کم و صدور آن بدون قصد و اراده می‌بود کردند؛ مثل کوتاهی در تحصیل گواهی تسویه حساب و یا گواهی برائت پس از پرداخت بدهی و یا انجام شرط موضوع سند.

ب- ظهور قاعده توافق بر خسارات

با ورود دادگاههای کامن لا در جریان بررسی اعتبار اسناد تضمین، ضرورت منظم نمودن رویه دادگاهها ظاهر گردید. در این راستا و به جهت تمیز میان موارد واقعی، که نیاز به ورود دادگاهها دارد، با مواردی که ضرورتی برای دخالت دادگاهها نبود، دادگاههای انصاف شروع به تنظیم ضوابطی کلی نمودند که در نهایت منجر به ایجاد نظریه "شروط تنبیهی و شروط تعیین خسارت" (Penalty & Liquidated Damages Clauses) گردید که مجموعه‌ای از مقررات بود که در ابتدا پذیرش و اجرای آنها برای دادگاههای کامن لا آسان نبود. Lord Mansfield در پرونده *Wyllie v Wilkes* از این دشواری، با اشاره به فعالیت Sir Thomas More در دوره ریاست دادگاه انصاف و تلاشی که برای تشویق دادگاههای کامن لا برای پذیرش این قواعد نمود، با عنوان "تلاشی بیهوده" یاد می‌کند.

در این راه، دادگاههای انصاف تلاش کردند تا میان شروط تنبیهی و شروط مربوط به تعیین خسارت تمیز قابل شوند (Yale, 1961, p. 16). در نتیجه، اگر قرارداد برای انجام فعل و یا ترک فعلی، غیر از پرداخت پول منعقد می‌گردید، و شرط عادلانه و مناسبی هم (از نظر دادگاه انصاف) به عنوان خسارت برای عدم انجام تعهد تعیین می‌شد، دادگاههای انصاف ترجیح می‌دادند که دخالت نکرده و متعهد را از مسئولیت بری نمایند، و حتی در برخی موارد اگر امکان می‌داشت، برای متعهدله دقیقاً به میزان زیان متحمل‌ناشی از تخلف متعهد (حتی اگر بیشتر از مبلغ شرط می‌بود) رای صادر می‌نمودند، تا اینکه دستور اجرای مفاد شرط را که به نظر آنان غیرمنصفانه بوده و متعهدله متضرر را بدون جبران کامل باقی می‌گذارد، بدهند. همین روش را دادگاهها در زمانیکه خسارت و یا زیان قابل محاسبه نبود نیز اجرا می‌کردند.

از قدیمی‌ترین پرونده‌های این روش می‌توان به پرونده *Tall v Ryland* اشاره کرد که مربوط بود به اختلاف میان دو ماهی فروش. خلاصه‌ای از این پرونده در کتاب (Yale, 1961, p. 16) بدین شرح آمده است: «آن دو، در کنار هم مغازه داشتند و به دفعات با هم اختلاف پیدا کرده و سپس مصالحه نموده بودند. در یک مورد یکی از آن دو در مقابل دیگری سند تضمینی به ارزش ۲۰ پوند امضاء نمود با این شرط که "مراقب رفتار خویش بوده و رفتاری شایسته داشته و بسان یک همسایه باشد و در مورد ماهیهای فروشی وی تبلیغ سوء ننماید." پس از آن،

زمانیکه همسایه طرف متعهد قصد داشت مقداری ماهی فلاندر بفروشد، متعهد تعهد خود را فراموش کرده و اعلان داشت که این ماهیها فاسد هستند. همسایه وی نیز مشتری‌هایش را از دست داد و برعلیه او برای اجرای مفاد سند طرح دعوی نمود. در دادخواست، یکی از دلایل وی این بود که سند برای "حفظ دوستی و رعایت حق همسایگی" بوده و نتیجه نقض تعهد آن نیز استحقاق خواهان به مطالبه مبلغ تضمین می‌باشد. او همچنین مدعی بود که نباید دادگاه به بررسی خسارت وارد شده به وی بپردازد، بلکه باید عین مبلغ توافق شده را رأی دهد. قاضی دادگاه، Sir Orlando Bridgman، علیرغم پذیرش دادخواست اعلام داشت که "پذیرش این خواسته در مورد اسناد تضمین ۱۰۰ پوند و مشابه آن در دادگاههای انصاف سابقه نداشته است" و در نتیجه دعوی خواهان را رد کرد، اگر چه درخواست خسارت خوانده نیز رد شد.^۱

آنچه در این مرحله قابل توجه بود فهم دقیق دلایل دادگاهها برای تمیز میان شرط تنبیهی و شرط تعیین خسارت بود. برای این کار اولین قدم تمیز میان آنچه "یک پیش‌بینی معقول از خسارات آتی" محسوب می‌گردد با آنچه صرفاً "برای تحت فشار قراردادن و یا تنبیه متعهد" (in terrorem) پیش‌بینی می‌شد بود (Yale, 1961, p.16).

با این کار، دادگاههای انصاف نه تنها حدود یک قرن از دادگاههای کامن لا پیشی گرفتند، بلکه بر روی قوه مقننه و کامن لا نیز اثر گذار شدند. در نتیجه، دادگاههای کامن لا نیز کم کم رویه دادگاههای انصاف در خصوص اسناد تضمین تنبیهی پرداخت پول را پذیرفتند و تا حدی نیز نظر موافق به اسناد تضمین تنبیهی انجام تعهدات پیدا کردند (King v Atkins). پاسخ قوه مقننه نیز تصویب قوانین Will. II (1896-7) 8 & 9 و Anne (1705) 4 & 5^۱ بود که سبب گسترش صلاحیت دادگاههای انصاف گردیده و به دادگاههای کامن لا نیز اختیار می‌داد تا در موارد بیشتری در دعاوی اسناد تضمین تنبیهی مداخله کرده و حکم عدم مسئولیت صادر نمایند.

طبق قانون اول، خواهانی که برای دریافت وجه یک سند تضمین تنبیهی مشروط طرح دعوی می‌کند، می‌تواند به هر تعداد تخلف از شرط که می‌خواهد استناد نماید. سپس هیأت منصفه نسبت به ارزیابی خسارت وارده بر او ناشی از آن تخلفات اقدام خواهد نمود و حکم دادگاه نیز تا میزان ارزش مبلغ سند، حتی برای جبران خساراتی که در آینده ممکن است بر وی وارد شود، معتبر باقی می‌ماند. قانون دوم هم دادگاههای کامن لا را مجاز کرد تا بتوانند در اسناد تضمین تنبیهی پرداخت پول، رأی به عدم مسئولیت متعهد بدهند، مشروط بر اینکه متعهد بتواند اثبات نماید که او آمادگی داشته که اصل بدهی و بهره آن را به همراه هزینه‌های متعهدله بپردازد. این قانون همچنین دادگاهها را مجاز نمود تا در مواردی که متعهد دین خود را پرداخته ولی به دلایلی رسید دریافت ننموده و درخواست صدور رأی عدم مسئولیت می‌نماید، چنین رأی را صادر کنند.

¹ C 11, S 8, & C 16, S 12 and 13.

اولین اثر این دو قانون، قانونمند و هماهنگ کردن روش دادگاههای انصاف و کامن لا در موضوع اسناد تضمین تنبیهی بود. بعلاوه، سبب کاهش استفاده از این اسناد به عنوان سند تحمیل تضمین تنبیهی گردید (Simpson, 1975, p. 122; Horwitz, 1974, p. 928)، اگر چه این کاهش چندان سریع هم صورت نگرفت (Simpson, 1975, p. 125).

ج- تکامل شرط تعیین خسارت

علیرغم فقدان آئینی کامل برای رسیدگی، دادگاههای انصاف به تلاش خود برای تمیز میان شروط تنبیهی با شروط تعیین خسارت ادامه دادند. این تلاش از ابتدای قرن هجدهم برای تثبیت ملاکها و وضع اصول مناسبی جهت مداخله دادگاههای انصاف و کامن لا شروع شد که بعد به آنها اشاره خواهد گردید. یک نمونه قدیمی از این اصول را می‌توان در پرونده *Fletcher v Dyche* در سال ۱۷۸۷ به شرح ذیل یافت: «اگر مبلغ تعیین شده نمایانگر توافق دو طرف برای جبران خسارت باشد، آنهم در جایی که امکان محاسبه میزان خسارت از پیش مقدور نبوده، این توافق شرط تنبیهی محسوب نشده و به عنوان خسارت قابل مطالبه می‌باشد.»

این اصل با اصل دیگری از انصاف همراه شد که در آن خواهان می‌توانست خسارتی را که عدم اجرای قرارداد به وی وارد نموده، به مقداری که اگر قرارداد اجرا می‌گردید نصیب وی می‌شد مطالبه نماید. با این حال، هنوز این اختیار در هر دو دادگاه انصاف و کامن لا برای خواهان وجود داشت تا دعوی اجرای سند تضمین را نموده، و یا اگر مبلغ این سند جبران خسارت وی را نمی‌نمود، دعوی جبران خسارت وارده را مطرح کند. بر این اساس، خواهان می‌توانست یا دعوی براساس سند (action of debt) را برای مطالبه وجه آن طرح کند، و یا جبران خسارت وارده را از راههای جایگزین، مثل دعوی براساس توافق (covenant) و یا دعوی مطالبه خسارت (action of assumpsit) درخواست نماید^۱ (McGregor, 1988, p. 276). این اصل که می‌توانست ماهیت جبران خسارت نظریه شروط تنبیهی را زیر سؤال ببرد اولین بار توسط Mansfield در پرونده *Lowe v Peers* به شکل زیر بیان گردید: «در این جا میان توافق به طور کلی و توافقی که با شروط تنبیهی و یا حق حبس تامین گردیده، تفاوت وجود دارد. در حالت اخیر متعهدله حق انتخاب دارد؛ او می‌تواند یا دعوی مطالبه دین را برای مطالبه مبلغ شرط مطرح کرده و به آن میزان دریافت کند، و یا اگر این راه را نمی‌پسندد، می‌تواند براساس خود توافق (و نه شرط خسارت- مولف) عمل کرده و مبلغی کمتر و یا بیشتر از مبلغ مندرج در شرط تضمین تنبیهی را (به میزان خسارت وارده- مولف) بخواهد.»

نتیجه تلاشهای فوق، نظریه جدید خسارات قراردادی بود. پرونده‌های اولیه این امر *Astely v Weldon* در سال ۱۸۰۱ و *Kemble v Ferren* در سال ۱۸۲۹ بودند که سبب انتقال قواعد

^۱ برای پرونده موافق این نظریه به *Elphinstone v Monkland Iron and Coal Co* (1886) 11 App Cas 332 مراجعه شود.

فوق از انصاف به کامن لا گردیدند و موجب شدند که کلیه دادگاهها در بررسی خود میان شروط تعیین خسارت قراردادی قابل تنفیذ و شروط تنبیهی تمیز قایل شده و از تنفیذ شروط نوع دوم خودداری نمایند (Kerly, 1890, p. 251). با اینحال، هنوز قضاتی در هر دو دادگاه بودند که معتقد به حاکمیت اراده طرفین و تنفیذ هر دو نوع سند بوده و سیاست مداخله جویانه دادگاهها را غیرقابل قبول می دانستند. به عنوان مثال می توان به عبارت Lord Eldon در پرونده Hill v Barclay اشاره کرد وقتی این رویه دادگاهها را: «یک رویه ای قدیمی پذیرفته شده در این دادگاهها که کاملاً بی اساس است» توصیف نمود. همین دیدگاه، ولی با عبارتی دیگر، توسط Sir George Jessel MR در پرونده Wallis v Smith بیان شد وقتی که ایشان اظهار نمود: «نظر من همیشه این بوده است که نظریه موجود در حقوق انگلستان در زمینه عدم پرداخت پول، که براساس آن شما نمی توانید به دلیل آنکه پول تا زمان معینی پرداخت نگردیده تقاضای غرامت نمائید، غیرمعقول می باشد. یک فرد ممکن است به خاطر همین عدم دریافت به موقع مبلغی پول در زمان معین، از هستی ساقط گردد. خسارت وارده به وی ممکن است زیاد باشد و از طرف دیگر طرف متخلف هم ممکن است فرد متمولی باشد. ولی چه می شود کرد؟ این قانون ما است و اگر چنین نمی بود بیهوده و باطل بودن این قاعده کاملاً مشهود می بود.»

اما قدم آخر در مسیر تکامل حقوق مربوط به شروط تنبیهی و خسارات قراردادی در قرن بیستم با ارائه تعدادی قاعده برای تمیز میان شروط فوق، در برخی تصمیمات کمیته قضائی مجلس لردها (دیوان عالی) در سالهای ۱۹۰۵ و ۱۹۱۵ برداشته شد (McGregor, 1988, p. 277).

چکیده این تصمیمات در پرونده مهم Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v New Garage & Motor Co. Ltd. در سال ۱۹۱۵ آمد و در آن این قواعد توسط Lord Dunedin به صورت دسته بندی شده ارائه شد که حقوق جدید کامن لا در این زمینه را تشکیل می دهد. Lord Dunedin در انشاء رای خود تعریفی از شروط تنبیهی و شروط تعیین خسارت قراردادی ارائه کرد. بر اساس تعریف وی: «شروط تنبیهی شرطی است که در آن پرداخت مبلغ معینی پول با انگیزه تنبیه و تحت فشار قرار دادن متعهد (برای انجام امری) پیش بینی گردیده که از نظر دادگاه این شرط غیرقابل تنفیذ است.»

از نظر وی، در مقابل، شرط خسارت قراردادی جنبه جبرانی دارد، چرا که: «شروط تعیین خسارت قراردادی شرطی است که به طور واقعی و برای پیش بینی خسارات احتمالی آینده درج می گردد و از نظر دادگاه قابل تنفیذ می باشد.»

این مرحله، مرحله پیروزی جنبه جبران خسارت بودن این شروط بر جنبه تنبیهی بودن آنها در طول چند قرن گذشته بود و سبب تحول در حقوق قراردادهای کامن لا گردید و آن را از حقوق مبتنی بر "مطالبه دین ناشی از تعهد" (law of debt sur obligation) به حقوق مبتنی بر "مطالبه اجرای تعهد" (law of assumpsit) تبدیل نمود.

فصل سوم - سند تضمین تنبیهی پس از قرن هفدهم

اصول نظریه جدید شرط تنبیهی و شرط خسارت

در جریان تکامل نظریه شروط تضمین تنبیهی و شروط تعیین خسارت، نهایتاً در سال ۱۹۱۵ اصولی حقوقی برای این امر در پرونده بسیار معروف Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v New Garage and Motor Co. Ltd. توسط Lord Dunedin تبیین گردید که به شرح زیر است:

۱- «اگر چه طرفین یک قرارداد ممکن است که در ظاهر و یا با علم و اطلاع دو عبارت «شرط تنبیهی» و یا «شرط تعیین خسارت» را بکار برده باشند، ولی این تعیین کننده نیست. دادگاهها هستند که باید مشخص نمایند آیا مبلغ تعهد شده قابل پرداخت ماهیت تنبیهی دارد و یا اینکه خسارت است. این امر تقریباً در همه موارد قابل اعمال است.»

چنانکه ملاحظه می شود، این اصل مغایر اصل حاکمیت اراده طرفین و آزادی قراردادها به نظر می رسد و حق تصمیم گیری را به دادگاهها می دهد و نه به طرفین قرارداد، حتی اگر دو طرف "با علم و اطلاع" شرط را انتخاب کرده باشند. همچنین این اصل با روش تفسیر لفظی نیز مخالف است، چرا که بر اساس آن از الفاظ بکار برده شده در قراردادها نمی توان معنای ظاهری آنها را استنباط کرد، مگر اینکه دادگاه آن را تأیید نماید.

در هنگام تنظیم قراردادها ممکن است دو طرف مبلغی را به عنوان خسارت نقض قرارداد تعیین کرده و نام آن را liquidated damages و یا penalty و یا هر عبارت دیگری که این معنا را افاده نماید بگذارند. در قرن هفدهم و پس از ظهور نظریه liquidated damages دادگاهها تمایل پیدا کردند که به نظر دو طرف اهمیت داده و این شروط را به همان شکل که آنها پیش بینی و نام گذاری نموده بودند تفسیر نمایند. به همین دلیل فرض بر این گذارده شد که این شروط قابل تنفیذاند مگر خلاف آن ثابت گردد، حتی اگر مبلغ آن بیش از مبلغ خسارت وارده می بود. نمونه این طرز فکر را می توان در اظهارات قاضی Park در پرونده Reilly v Jones مشاهده کرد وقتی ایشان اظهار داشت: «تا کنون به پرونده ای اشاره نشده که در آن دو طرف عبارت خسارت قراردادی (Liquidated damages) را بکار برده باشند و دادگاه مخالفت کرده و اعلام نماید که این شرط پس از وقوع نقض قابل تنفیذ نبوده و مبلغ آن قابل مطالبه نمی باشد.»

متأسفانه این دیدگاه قضات قرن ۱۷ ادامه نیافت و نگرانی قضات در خصوص ناعادلانه بودن روابط قراردادی سبب بیشتر شدن مداخله آنان گردید. پرونده معروف Astley v Weldon است. این پرونده مربوط به قرارداد استخدام میان یک بازیگر تئاتر و مالک تئاتر بود و در آن شرط خسارت برای پاره ای اقدامات به ارزش ۲۰۰ پوند درج شده بود که در آن زمان مبلغ بسیار زیادی محسوب می گردید. برای این شرط نیز نامی مشخص نشده و کلمات liquidated damages و یا penalty نیز بکار برده نشده بود و دادگاه نیز با توجه به اوضاع و

احوال شرط را تنفیذ نمود و آن را از مصادیق penalty نامید. پس از آن این رویه مرسوم شد، بطوری که قاضی Little در پرونده Davis v Penton آن را تمایل غالب دادگاهها دانست و حتی گفت: «صرف تغییر نام سبب تغییر ماهیت اشیاء نمی‌شود».

این نظر ایشان سبب وارد شدن ضربه دیگری به نظریه حاکمیت اراده گردید و نگرانی‌هایی میان طرفداران آزادی قراردادها ایجاد نمود، بطوری که پس از دو سال وقتی قاضی Tindal در پرونده Kemble v Farren صریحاً این امر را اعلام داشت،^۱ جریانی را ایجاد نمود که امروز محور اصلی نظریه شروط تنبیهی و تعیین خسارت قراردادی در حقوق مدرن کامن لا گردیده است.

برای احراز قصد طرفین در زمان تنظیم قرارداد، دادگاهها به شکل زیر عمل می‌نمایند:

الف- اگر دو طرف شرط را صریحاً شرط تنبیهی بنامند، دادگاهها آن را شرط تنبیهی محسوب می‌کنند، مگر اینکه دینفع شرط بتواند اثبات کند که قصد ایشان شرط تنبیهی نبوده بلکه شرط تعیین خسارت بوده است.

ب- اگر آنها شرط را شرط تعیین خسارت بنامند، دادگاهها آن را تنفیذ می‌کنند، مگر اینکه طرف ناقض قرارداد بتواند اثبات کند که شرط، تنبیهی بوده است، مثلاً ثابت کند مبلغ آن با میزان خسارت قابل تصور اختلاف فاحشی دارد.

ج- اگر هیچیک از دو عبارت فوق استفاده نشده باشد، قضات قرن ۱۷ معمولاً شرط را به صورت شرط تعیین خسارت تعبیر کرده و آن را تنفیذ می‌نمودند، در حالیکه قضات پس از آن برعکس عمل می‌کردند.

۲- «اساس در شرط تنبیهی پرداخت مبلغ مقرر از باب تنبیه و مجازات و تهدید طرف متخلف است، در حالیکه اساس در شرط تعیین خسارت پیش‌بینی دقیق خسارات آینده است.»

این قاعده قاعده‌ای قدیمی و مهم در نظریه شروط تنبیهی و تعیین خسارت قراردادی است. البته باید گفت که اساس "شرط تنبیهی" از ابتدا برای تنبیه و مجازات و ترساندن طرف متخلف نبود، بلکه پیش از قرن هفدهم دوره‌ای بود که این شروط مقبول دادگاهها بوده و برای جبران خسارت به کار می‌رفت. تنها پس از قرن هفدهم بود که به این شروط به چشم تنبیه و مجازات نگریسته شد و دادگاهها با استدلال عدم امکان تقویم زیان واقعی، شروع به بری ساختن متعهد از مسئولیت خویش نمودند، که همان ظهور "شرط تعیین خسارت قراردادی" بود. با ظهور این دو اصطلاح این سؤال مطرح می‌شد که معنی شرط تنبیهی و یا شرط تعیین خسارت قراردادی چیست؟ چگونه دادگاهها می‌توانند تعیین کنند که پرداخت مبلغی پول و یا مال دیگری معادل آن، سبب تنبیه و مجازات پرداخت کننده است و یا اینکه برای جبران خسارت مناسب می‌باشد؟

^۱ دو رأی بالا که زیربنای کامن لا در نظریه Penalty and Liquidated Damages را تشکیل می‌دهند توسط Jessel MR در پرونده Wallis v Smith به حق بعنوان تصمیماتی غلط مورد انتقاد قرار گرفتند.

کلمه *terrorem* یا *terror* به معنی تهدید و ترساندن است. به عبارت دیگر شرطی تنبیهی تلقی می‌گردد که باعث ترساندن و تهدید متعهد از عدم انجام تعهد (انجام فعل و یا ترک فعل) از طریق ایجاد انگیزه‌ای قوی‌تر، یعنی پرداخت مبلغی بیشتر از آنچه که ارزش اصل تعهد است، بشود. ضعف این نظریه در روابط قراردادی روشن است، چرا که اگر ملاک، جلوگیری از ترس و تهدید باشد، این ترس و تهدید را می‌توان در انجام کلیه تعهدات قراردادی، از جمله الزام به انجام تعهد توسط دادگاهها و تهدید دادگاهها به پرداخت خسارت در صورت عدم انجام تعهد، یافت. بعلاوه، تقریباً در کلیه روابط حقوقی و مالی نوعی تهدید و ترس برای دو طرف، ناشی از عدم انجام تعهد و ضرر وجود دارد. همچنین مواردی بوده است که در آن، اگر چه مبلغ توافقی کمتر از مبلغ واقعی تعهد و میزان ضرر وارده بوده و هیچگونه ترس و تهدیدی در آن مشاهده نمی‌گردیده، باز هم دادگاهها آن مبلغ و شرط را تنبیهی تلقی کرده‌اند (Watts and Co Ltd v Mitsui and Co Ltd; Imperial Tobacco Co v Parslay) در این زمینه می‌توان به اظهار Lord Radcliffe در پرونده Bridge v Campbell Discount Co. Ltd استناد کرد وقتی ایشان اظهار داشت: «طرفین قرارداد ممکن است به آسانی زیر بار این شروط (تنبیهی) بروند بدون این که پرداخت مبلغ شرط کمترین تهدیدی علیه آنها تلقی گردد، و با این حال، تا آنجا که من اطلاع دارم، باز هم می‌توانند به دادگاه مراجعه کرده و تقاضای تبری از مسئولیت آن شرط را بنمایند.» بنابراین، غلط نخواهد بود اگر مبلغ شرط تنبیهی را وقتی *in terrorem* بدانیم که مبلغ آن نه در واقع، بلکه از نظر دادگاهها *in terrorem* باشد (Muir, 1982, p. 511).

تقریباً شبیه ایراد فوق به شروط تعیین خسارت هم، که دادگاهها آنها به عنوان پیش‌بینی دقیقی از خسارت تنفیذ می‌کنند، وارد است. کمیسیون حقوقی انگلستان در جایی به این امر اشاره دارد: «حقوق قراردادهای فی نفسه دارای نیروی اجبارکننده‌ای است و مواردی هست که در آن ترس از اقدام قضایی و یا ترس از پرداخت خسارت به عنوان انگیزه و الزام بر اجرا عمل می‌کند تا انگیزه و الزام بر نقض قرارداد.»^۱ به دلیل نقاط ضعف بالا بود که دادگاهها تلاش کردند ملاکهای دیگری نیز برای تمیز این دو نوع شرط طراحی نمایند.

۳- «تعیین اینکه یک مبلغ توافق شده تنبیهی است و یا خسارت قراردادی مسئله‌ای است که بستگی به تفسیر آن شرط دارد و این کار باید براساس شروط قرارداد و دیگر اوضاع و احوال مربوط به هر قرارداد و با رعایت زمان عقد قرارداد، و نه زمان نقض آن، تصمیم‌گیری شود.»

این اصل مرتبط است با تفسیر قرارداد و زمان آن. پیش از پرونده *Kemble v Farren* طرفین یک قرارداد می‌توانستند نفوذ و قابلیت اجرای شروط آن را براساس زبان و کلماتی که در تدوین آن شروط به کار برده بودند تعیین نمایند و در نتیجه مشکلی در تنفیذ این شروط توسط

¹ The Law Commission of UK, 1975, Para 8.

دادگاهها نداشتند. ولی پرونده فوق این رویه را عوض کرد و مسئولیت اصلی تفسیر قراردادها را به دادگاهها سپرد، تا بتوانند با رعایت و یا بدون رعایت الفاظ بکار رفته تصمیم بگیرند. در تفسیر متون قراردادی در پرونده‌های متعدد قواعدی ذکر گردیده که در آنها نکاتی از جمله "قصد طرفین"، "الفاظ بکار برده شده توسط ایشان"، "دیگر اوضاع و احوال مرتبط با پرونده"، "رابطه دو طرف"، "عرف و عادت مرسوم در هر صنف و گروه"، "در نظر گرفتن امور واقعی و نه امور فرضی"، "لحاظ کردن زمان عقد و نه زمان نقض قرارداد" به عنوان ضوابط این تفسیر معرفی گردیده‌اند.

۴- «برای کمک به امر تفسیر، آزمایشهای مختلفی پیشنهاد گردیده، که اگر قابل اعمال در هر پرونده باشند، در تعیین تکلیف آن بسیار کمک کرده و یا نتیجه را تبیین می‌نمایند.»

این آزمایشها عبارتند از:

۴-الف- «یک شرط، تنبیهی تلقی می‌شود اگر مبلغ آن، در مقایسه با بالاترین ضرر قابل اثبات متحمل ناشی از نقض، گزاف (Extravagant) و یا غیرمنصفانه (Unconscionable) باشد.»

در این آزمایش دو کلمه Extravagant و Unconscionable آمده که تفسیر و درک آنها ساده نیست. چنان که Earl of Halsbury LC گفته است: «غیرممکن است که بتوان یک قاعده منجزی برای تعیین اینکه چه چیزی Extravagant و Unconscionable است یافت بدون اینکه به اوضاع و احوال و شرایط هر پرونده مراجعه نمود.» (Clydebank Engineering and Shipbulding Co Ltd v Don Jose Ramos Yzquierdo Y Castaneda).

گفته شده که سابقه این آزمایش به قرون وسطی و حضور فعال دادگاههای انصاف برمی‌گردد که تحصیل هر نوع مال اضافی در قراردادها، به علت ربوی بودن و یا سوء استفاده یکی از طرفین از موقعیت تجاری و قراردادی خود (از قبیل تقلب، اشتباه و یا تحمیل)، ممنوع گردیده بود. نتیجه این حضور به گفته Lord Eldon در پرونده Astley v Weldon آن بود که: «اگر مبلغ توافقی خسارت، خیلی زیاد و سنگین انتخاب می‌گردید، توسط دادگاهها به عنوان تضمین تنبیهی تلقی می‌شد، حتی اگر در قرارداد بر روی پرداخت آن نیز توافق شده باشد.»

ارزیابی معقول بودن مبلغ تعیین شده

باید دید که دادگاهها چگونه این آزمایش را انجام می‌دهند؟ اگر چه دادگاهها در آراء خود تمام آنچه که متضرر توقع دارد (Full expectation) را در نظر نمی‌گیرند و به جبران زیانهای دور (Remote)، غیرقطعی (Uncertain) و غیر پولی (Non-pecuniary) رأی نمی‌دهند، ولی این روزها نسبت به قبل موضع واقع بینانه‌تری اتخاذ می‌کنند. به این منظور بدیهی است که ابتدا زیان مستقیم (Immediate loss) ناشی از صرف نقض قرارداد را به عنوان مبلغ اصلی در نظر بگیرند. اگر خسارات غیرمستقیم و تبعی دیگری هم وجود داشته باشد، بدیهی است که دادگاهها آن را همراه با خسارات متصور (Speculative) و یا شخصی (Subjective)، اگر معقول باشند، منظور خواهند داشت (Clarkson & others, 1978, pp. 375-6).

اما در زمانی که مبلغ توافق شده در شرط کمتر از ضرر وارده باشد، وضعیت تفاوت می‌کند. این حالت وقتی رخ می‌دهد که یا مبلغ توافق شده، در زمان توافق معقول و مناسب بوده ولی در زمان وقوع خسارت کمتر از خسارت واقعی است، و یا اینکه از ابتدا مبلغ توافقی صفر بوده است. همانطور که در پیش آمد، در حقوق پیش از قرن بیستم، طرف غیر مقصر در صورتی که مبلغ توافقی را کمتر از خسارت واقعی می‌یافت، دو راه در پیش روی داشت؛ یا اینکه مبلغ توافقی را مطالبه نماید، اگر این مبلغ پنالتی تلقی نمی‌گردید، و یا اینکه بدون اعتنا به شرط تعیین خسارت، طرح دعوی جداگانه‌ای برای جبران کلیه خساراتش طرح کند. این وضع تا اواسط قرن بیستم نیز ادامه داشت (Wall v Rederiaktiebolaget Luggude; Watts and Co Ltd v Mitsui and Co Ltd)، اگر چه بودند پرونده‌هایی که در آنها مبلغ توافقی، خسارت تلقی می‌گردید و دادگاه نیز متضرر را از طرح دعوی مطالبه خسارت منع می‌نمود.^۱ ولی با تصمیم سال ۱۹۳۳ مجلس لردها در پرونده Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry این رویه متوقف گردید و مبلغ توافقی به عنوان خسارت قراردادی نامیده شد، با این نتیجه که مسئولیت متعهد تا سقف مبلغ آن شرط بوده و مانع از طرح دعوی دیگری برای جبران خسارت واقعی گردد. در این رأی Lord Atkin، که رأی را انشاء نمود، ضمن تأیید رأی دادگاه تجدیدنظر اظهار داشت: «پس اثر ماده ۱۰ چیست؟ ... تردید ندارم که آنچه طرفین قصد نموده‌اند آن بوده که در صورت تأخیر، خسارت و تنها خسارت قابل مطالبه، هفته‌ای ۲۰ پوند باشد، نه کمتر و نه بیشتر...» این نظر دادگاه به نظر صحیح و منطقی رسیده و با قصد و اراده طرفین نیز سازگار است. با اینحال هنوز هستند کسانی که به روش قدیمی معتقد بوده و متضرر را در انتخاب یکی از دو دعوی مختار می‌دانند (McGregor, 1988, p. 242; Ogus, 1973, pp. 50- 51; Cheshire & others, 1991, p. 602).

تعیین زمان معقول بودن شرط

در تعیین معقول بودن مبلغ مندرج در شرط، زمان این معقول بودن از اهمیت برخوردار است. چه زمانی را باید در نظر داشت؛ زمان عقد قرارداد، زمان نقض قرارداد و یا زمان رسیدگی دادگاه؟^۲ انتخاب هر یک از این زمانها نتیجه خاص خود را به دنبال دارد. در حقوق انگلیس، معقول بودن در زمان عقد قرارداد (*ex ante*) انتخاب شده و قرن‌ها است که توسط دادگاهها اجرا می‌شود. Lord Inglis در پرونده Forrest & Barr v Henderson & Co اظهار داشت: «این سؤال که آیا مبلغ شرط گزاف و یا غیرمنصفانه است باید با توجه به زمان درج و قبول شرط توسط دو طرف در نظر گرفته شود»

^۱ Lord Fitzgerald in *Elphinston v Monkland Iron and Coal Co* [1886] 11 App Cas 332- 46; The Privy Council in *Public Works Commissioners v Hills* [1906] AC 368- 75.

^۲ حقوق آفریقای جنوبی در صورتی که مبلغ تضمین "نامناسب و بیشتر از ضرر متحمل باشد"، زمان رسیدگی دادگاه را برای این امر پذیرفته است (Conventional Penalties Act 1962, 5.3).

این نظر در پرونده Clydebank توسط Lord Davy نیز تأیید شد زمانی که ایشان اظهار داشت: «باید دید که آیا این شرط در زمان تنظیم آن گزاف، مبالغه آمیز، غیرمنصفانه و یا هر کلمه دیگری که می‌خواهی به جای آن بکار ببری، بوده است یا نه؟»

اما به نظر می‌رسد در مقابل این ملاک، آنچه مقبول‌تر است پذیرش هر دو زمان عقد قرارداد (ex ante) و زمان نقض قرارداد (ex post) باشد، تا دادگاهها بتوانند هر پرونده را با توجه به ویژگیهای آن تصمیم‌گیری نمایند. اصولاً در قراردادها تعیین خسارت قابل پرداخت بدون منظور داشتن خسارت واقعی غیر ممکن است. اگر دادگاهی بخواهد ارزیابی واقعی از مبلغ توافق شده بدست آورد، راه دیگری ندارد جز اینکه خسارت واقعی را در کنار خسارت تخمینی ببیند. در غیر اینصورت، باید پاسخ دهند که اگر مبلغ توافقی در زمان عقد قرارداد مناسب بود، ولی در

زمان نقض قرارداد غیرمعقول و یا مبالغه آمیز باشد چه خواهند کرد؟ آیا این شرط را تنفیذ می‌کنند؟ براساس ملاک مذکور در بالا، باید دادگاهها چنین شرطی را تنفیذ نمایند. ولی تکلیف دارا شدن غیر عادلانه ذینفع چیست؟ آیا نباید دادگاهها برای این امر حساسیت به خرج دهند؟ ذکر یک مثال شاید موضوع را روشن‌تر نماید. اگر در قراردادی طرفین پیش‌بینی نمایند که ضرر وارده ناشی از نقض قرارداد مبلغی میان ۱۰ تا ۱/۰۰۰ پوند خواهد بود و در نتیجه بر روی مبلغ میانه‌ای، یعنی ۵۰۰ پوند، به عنوان پیش‌بینی خسارت توافق نمایند، حال اگر در اجرای قرارداد یک طرف مرتکب تقصیری شود که منجر به نقض قرارداد گردد، به طوری که سبب ورود ۸۰ پوند خسارت به طرف مقابل شود، چگونه دادگاه می‌تواند در مورد دعوی مطالبه مبلغ توافق شده فوق تصمیم‌گیری نماید؟ اگر بخواهد ملاک نظریه بالا (معقول در زمان عقد قرارداد) را اجرا کند، باید این درخواست را تأیید کند، ولی اگر هر دو زمان را در نظر بگیرد (زمان عقد قرارداد و زمان نقض آن)، نتیجه احتمالاً متفاوت خواهد شد.

روش اخیر در آمریکا و استرالیا پذیرفته شده است. در آمریکا سنجش معقول بودن شرط، خود ملاک تصمیم‌گیری در مورد زیان است، ولی در مورد زمان معقول بودن، نظر دادگاهها متفاوت می‌باشد^۱ (S. Rea, 1984, pp. 147 & 150). بر همین اساس ماده (۱) ۳۶۵ Restatement of Contracts یکی از دو زمان معقول بودن (زمان عقد و یا زمان نقض) را به عنوان ملاک تصمیم‌گیری می‌پذیرد. کمیسیون اصلاحات حقوقی استرالیا هم همین روش را به عنوان «یک نظر متعادل که سبب جمع میان نظرات فوق گردیده واز دادگاه می‌خواهد که مبلغ خسارت تعیین شده را فقط اگر در همه احوال غیر معقولانه باشد کنار بگذارد» پیشنهاد کرده است.^۲

تحولات جدید حقوق انگلیس نیز نشانگر حرکت به سوی پذیرش ملاک اخیر است. در این رابطه Lord Woolf در پرونده جدید Philips Hong Kong Ltd. v The Attorney General of

^۱ US v Bethlehem Steel Co 205 US 105 (1907); South West Engineering Co v US 341 F 2d 998 (1965).

^۲ The Law Commission of Victoria, 1988, para 35.

Hong Kong به خسارت واقعی به عنوان «دلیل معتبری برای تعیین اینکه به طور منطقی چه چیزی را می‌توان در زمان عقد قرارداد، خسارت تلقی نمود» اشاره می‌نماید.

۴-ب- «شرط، تنبیهی تلقی می‌گردد اگر نقض قرارداد به علت نپرداختن مبلغی پول بوده، و مبلغ توافق شده به عنوان خسارت نیز بیشتر از مبلغی که باید پرداخت گردد باشد».

این قدیمی‌ترین آزمایش در نظریه شرط تنبیهی است که در دادگاههای انصاف مطرح گردید و مربوط بود به اسناد تضمین تنبیهی (Simpson, 1975, p. 90)، در موردی که تعهد اولیه متعهد پرداختن مبلغی کمتر از مبلغ مندرج در شرط باشد. در واقع این آزمایش محور نظریه شرط تنبیهی است و ریشه آن به قرون وسطی و تسلط کلیسا بر اداره امور کشور و همچنین مصرف اسناد تضمین به عنوان حيله‌ای شرعی برای فرار از ممنوعیت و حرمت معاملات ربوی در مذهب مسیحیت و براساس مقررات انجیل، بر می‌گردد.^۱

با ظهور ویژگی ربوی بودن شرط تنبیهی، اعتبار آنها در اواخر قرن ۱۶ مورد تردید واقع شد و دادگاههای انصاف، و از اواخر قرن هفدهم نیز کم‌کم دادگاههای کامن لا، بطور گسترده با آنها به مخالفت برخاستند و با بکار بردن عباراتی نظیر، ظالمانه، غیرمنصفانه، و یا شرط الزام به اجرای قرارداد، متعهدین آنها را از مسئولیت بری نمودند (Muir, 1982, p. 505). ولی شدت این سختگیری، همانطور که در قبل آمد، با پذیرش دریافت بهره به عنوان خسارت در دادگاهها، کمتر شد و در نتیجه، دریافت مبلغ مشخصی بهره به همراه اصل بدهی قانونی گردید، مشروط بر آنکه اگر بازپرداخت در موعد صورت می‌گرفت، مبلغ کمتری به عنوان بهره تعیین می‌شد.

۴-ج- «فرضی وجود دارد (و نه بیشتر از آن) مبنی بر اینکه شرط توافقی، تنبیهی تلقی می‌شود اگر پرداخت یک مبلغ مقطوعی به عنوان خسارت برای وقوع یک یا چند و یا حتی تمام اتفاقات معینی تعیین گردد، در حالیکه برخی از این اتفاقات ممکن است سبب ایراد خسارت جزئی و برخی دیگر منجر به وقوع خسارتهای سنگین گردند.»

این آزمایش غیرمعمولی تفسیر شرط، مبهم‌ترین و پیچیده‌ترین آزمایشی است که در حقوق جدید شروط تنبیهی ایجاد شده است. در این خصوص پرونده‌های *Astley v Weldon* و *Kemble v Farren* دلایل اصلی به شمار می‌آیند. در پرونده اول دادگاه رای تبری از مسئولیت را براساس این استدلال، که اگر مبلغ معینی به عنوان خسارت قابل پرداخت در اتفاقات (تخلفات) متفاوت تعیین گردد، به طوری که یکی از این اتفاقات (تخلفها) عدم پرداخت مبلغی کمتر از مبلغ تعیین شده در شرط باشد، در واقع دو طرف قرارداد شرط را به صورت تضمین تنبیهی تعیین نموده‌اند، صادر نمود. در پرونده دوم تبری از مسئولیت به خاطر امتناع از انجام یکسری تعهدات، که یکی از آنها پرداخت مبلغی پول بود که کمتر از مبلغ شرط می‌بود، و نه صرف پرداخت پول، اعطا گردید.

¹ Scott v Hamon, Eyre of Kent, 6 & 7 Edw II, 2 Selden Society, pp. 24 et seq.

بررسی دقیق این دو پرونده و برخی پرونده‌های دیگر پس از آن، به نتایج زیر ختم می‌گردد:

۱- زمانی که مبلغی معین به عنوان خسارتِ نقض یک تعهد تعیین شده باشد و آن تعهد هم غیر از پرداخت مبلغی پول باشد، و مبلغ تعیین شده نیز غیرمعقول نباشد، چنین شرطی همیشه شرط تعیین خسارت تلقی شده و قابل تنفیذ است.

۲- زمانی که پرداخت مبلغی معین به عنوان خسارت، چه تحت عنوان تضمین تنبیهی و چه خسارت قراردادی، برای تخلف در پرداخت مبلغی کمتر از آن تعیین شده باشد، چه این مبلغ فقط برای آن تخلف پیش‌بینی شده باشد، و چه در کنار آن یکسری تخلفات دیگر را نیز بپوشاند، این مبلغ و شرط آن همیشه تنبیهی تلقی می‌گردد. این نتیجه اولیه آزمایش‌های "ب" و "ج" مندرج در بالا بود و به طور صریح نیز توسط Lord Eldon و قاضی Chamber در پرونده Astly v Weldon ۲۸ سال بعد توسط قاضی Tindal در پرونده Kemble v Farren به آن اشاره شده است.

میان دو آزمایش "ب" و "ج" تفاوتی هست. در آزمایش "ج" صرف تعیین مبلغی معین به عنوان خسارت برای نقض چندین تعهد مختلف، که یکی از آنها عدم پرداخت مبلغ کمتری (از مبلغ شرط) باشد، تنبیهی شناخته شده است، در حالیکه در آزمایش "ب" کوتاهی در پرداخت مبلغی کمتر (از مبلغ شرط) می‌تواند به تنبیهی تلقی شدن شرط منتهی گردد. ولی آنچه در این دو آزمایش مشترک می‌باشد نقشی است که مقررات مربوط به حرمت دریافت ربا در آنها به عهده داشته است.

۳- زمانی که پرداخت مبلغی معین به عنوان خسارت برای نقض چندین تعهد متفاوت (که از اهمیت مختلفی برخوردارند) تعیین گردد، این شرط تنبیهی تلقی می‌شود. این استنباطی کلی است که از آزمایش "ج" صورت می‌گیرد. Lord Watson در پرونده Elphinston v Monkland Iron & Coal Co. Ltd. این آزمایش را به صورت دقیق‌تری بیان نمود وقتی که اظهار داشت: «زمانی که پرداخت مبلغ مقطوعی به عنوان خسارت برای وقوع یک یا چند و یا تمام وقایع متفاوت پیش‌بینی گردد، که این وقایع (که در اهمیت مختلف هستند) برخی منجر به خسارت کم و برخی منجر به خسارت زیاد گردند، فرض و تصور اولیه آن است که دو طرف مبلغ شرط را به صورت تضمین تنبیهی و قابل تغییر در نظر گرفته‌اند.»

با این عبارت، Lord Watson یک عامل مهم را تبیین کرد و آن هم اختلاف وقایع متفاوت در اهمیت و ایجاد خسارت است. این نظر بعد توسط Lord Davy در پرونده Clydebank تأیید شد و به صورت یک قاعده حقوقی در پرونده Dunlop در آمد. براساس این جزئیات، اگر مبلغ معینی به عنوان خسارت برای نقض چندین تعهد متفاوت تعیین شده باشد، این مبلغ، تضمین تنبیهی تلقی خواهد گردید، حتی اگر دو طرف قرارداد آن را خسارت بنامند. اما اگر تعهدات از یک نوع باشند، این مبلغ به عنوان خسارت قراردادی تلقی می‌گردد، مگر اینکه دو طرف قرارداد

صریحاً آن را به عنوان تضمین تنبیهی ذکر نموده باشند. این نحوه استدلال بعد به صورت روشنتری در دادگاه استیناف و در پرونده *Ford Motor Co. Ltd. v Armstrong* بیان گردید.

۴-۵- «اگر نتایج نقض قرارداد چنان باشد که پیش‌بینی دقیق خسارت را تقریباً ناممکن نماید، این امر مانع از آن نمی‌شود که مبلغ شرط شده به عنوان تخمین دقیقی از خسارت تلقی گردد. اما برعکس، اگر این احتمال وجود داشته باشد که پیش‌بینی پرداخت خسارت همان معامله اصلی میان دو طرف باشد، این مبلغ به عنوان خسارت تلقی نمی‌گردد.»

این آزمایش مبتنی بر تصمیم پرونده *Slooman v Walter* است، که در آن مشکلات عملی در تعیین خسارت به عنوان یک عذر موجه تلقی گردید. این رأی بعد توسط آراء دیگر از قبیل *Kemble v Farren* و *Clydbank* نیز تقویت شد. آزمایش اخیر با تلقی مبلغ توافق شده به عنوان خسارت، اشاره به پذیرش آنچه به طور طبیعی مانع از تعیین میزان خسارت، چه در زمان قرارداد و چه در زمان نقض تعهد، می‌گردد دارد. آنچه این آزمایش به دنبال دارد تأکید بر امکان تعیین ضرر محتمل برای تجویز دخالت دادگاهها است. همچنین این آزمایش تا حد زیادی به آزمایش سوم مرتبط است، یعنی اگر طرفین قرارداد تمایل داشته باشند که شرط تعیین خسارت آنان قابل تنفیذ شناخته شده و خسارت قراردادی تلقی گردد، باید در زمان بررسی معیار آزمایش چهارم، آزمایش سوم را اعمال کنند. سه نکته در اینجا قابل ذکر است:

الف- در زمانهای قبل دادگاهها برای تنفیذ شروط خسارت و پذیرش آنها به عنوان خسارت قراردادی، توجهی به میزان مبلغ شرط نمی‌کردند، بلکه اگر تخمین خسارت دشوار می‌بود، شرط را بدون توجه به معقول بودن مبلغ آن تنفیذ می‌نمودند. تنها پس از بروز نظریه *unconscionability* بود که دادگاهها رویه خود را عوض کرده و این شروط را وقتی تنفیذ می‌نمودند که مبلغ مندرج در شرط معقول باشد (Muir, 1982, p. 516).

ب- تردیدی نیست که دلیل پذیرش مبلغ شرط شده در حالت بالا به عنوان خسارت قراردادی، مشکل موجود در تخمین خسارت بوده است. این استدلال می‌تواند به کمک بیاید و نشان دهد که در غالب موارد وضع چنین است. یعنی در غالب موارد تخمین و محاسبه زیان آتی آسان نبوده و معمولاً چنین محاسبه‌ای منجر به تعیین مبلغ مناسب و دقیقی نمی‌شود. در نتیجه باید بتوان در چنین مواردی با استناد به قاعده مندرج در بالا، شرط خسارت را تنفیذ نمود. بعنوان مثال، اگر در قراردادی امکان وقوع خسارت در مبالغ متفاوت وجود داشته باشد، مثل احتمال بروز خسارت از ۱۰ تا ۱/۰۰۰ پوند، آیا می‌شود گفت که تعیین ۵۰۰ پوند به عنوان خسارت مبلغ حد وسطی است که قابل توجیه و قبول است؟ قطعاً خیر، چرا که این مبلغ توانائی جبران خسارات بیش از آن مبلغ را ندارد.

ج- عدم امکان ارزیابی خسارات احتمالی آینده، ربطی به عدم امکان اجرای شرطی که چنین خسارتی برای تضمین اجرا و تنفیذ آن در نظر گرفته شده ندارد. چرا که عدم امکان اول موجب

تنفیذ شرط خسارت می‌گردد، در حالیکه عدم امکان دوم یا منجر به بی‌اعتباری آن شرط می‌شود، و یا سبب تبدیل آن به یک شرط فاقد تضمین خواهد شد (Simpson, 1975, pp. 107-8).

نتیجه

با مطالعه روش دادگاه‌های انگلستان در برخورد با شروط تنبیهی و شروط تعیین خسارت، خصوصیات و ویژگی‌های این حقوق در کنار نقاط ضعف آن مشخص می‌گردد. این روش به قول یک حقوقدان کامن لا: «حمله ناجوانمردانه‌ای علیه آزادی قراردادهاست که از انعطاف نیز برخوردار نمی‌باشد» و «نباید به تسری آن پرداخت» (Else (1982) Ltd v Parkland Holdings Ltd).

این امر خصوصاً وقتی که به حقوق‌های متفاوت، مانند حقوق ایران، توجه گردد روشنتر می‌شود. در حقوق ایران به عکس حقوق انگلستان، زمینه برای مداخله دادگاهها در شروط خسارت قراردادی بسیار کم است و این امر به علت حضور ماده ۲۱۹ قانون مدنی^۱ و اعتقاد به لزوم وفای به عهد^۲ در مبانی حقوقی کشور است. به همین علت نیز ماده ۲۳۰ قانون مدنی به صراحت این امر را اعلام داشته است. بر اساس این ماده: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی بعنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمیتواند او را به بیشتر و یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.»

اگر چه این اعتقاد و احترام به حاکمیت اراده و آزادی قراردادها قابل تقدیر می‌باشد، ولی با توجه به تغییر شرایط اجتماعی و اقتصادی کشور، دیگر نمی‌توان رفتاری شبیه ماده ۲۳۰ را ستایش نموده و آن را کافی دانست. ضروری است اصلاحی در این زمینه، همانند آنچه در فرانسه انجام شده،^۳ صورت گیرد تا هم بتوان از موارد اجحاف توسط شروط غیر عادلانه جلوگیری نمود، و هم حقوق کشور را با تمایلات جدید در جامعه و دادگاهها منطبق نمود.

در استرالیا در پرونده‌های Amev-Udc Finance Ltd v Austin و Esanda v Plessing دادگاه عالی (High Court) با کسانی که معتقد بودند باید قواعد مربوط به شروط تنبیهی را گسترش داده و به شروطی که ماهیت "احتمالی" ظالمانه و تنبیهی دارند نیز تسری داد، مخالفت نموده و نظریه "آزادی قراردادها" را به ایشان متذکر شده است. همین تحولات سبب شد که "کمیسیون اصلاحات حقوقی ویکتوریا" در نظریه شماره ۱۰ خود اعلام دارد که: «... مقررات موجود در شروط تنبیهی باید ملغی گردد و مقررات منعطف‌تری جای آن را بگیرد. دادگاهها نیز باید اختیار

^۱ «عقودیکه برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه برضای طرفین اقاله و یا بعلت قانونی فسخ شود.»

^۲ اوفوا بالعهود

^۳ بخش دوم ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه که در سال ۱۹۷۵ به بخش اول ماده اضافه گردید به منظور رعایت تغییر شرایط اجتماعی و اقتصادی آن کشور تهیه شد.

داشته باشند تا (فقط) بتوانند با شروط تعیین خسارت که در همه حال (در همه شرایط) غیر معقول و اجحاف‌آمیز (*Unconscionable*) هستند مخالفت کرده و آنها را کنار گذارند...»^۱

در آمریکا نیز همین تحولات رخ داد که ظهور آن در پرونده Sun Printing and Publishing Association v Moore بود، ولی اوج آن در پرونده Dakin v Williams^۲ بیان گردید وقتی دادگاه اظهار داشت: «انسان می‌تواند علیرغم قدرت و یا مداخله‌ای که دادگاهها دارند و می‌نمایند، قراردادهای غیر عاقلانه‌ای منعقد نماید که در آن با علم و اطلاع و به طور صریح امتیازاتی را واگذار نموده باشد. همچنین ممکن است اموال خود را در راه اهداف نامعلوم و یا بی‌ارزش صرف کند، و یا اینکه در صورت تمایل بدون عوض آنها را به دیگری واگذار کند. (با اینحال) پذیرش این امر مشکل است که چرا همین انسان نمی‌تواند از ابتدا و پیش از وقوع تخلف، طی قراردادی برای تخلف از اجرای تعهدات، مبلغی برای جبران خسارات خود پیش‌بینی نماید، هر چند که آن مبلغ گزاف باشد (در حالیکه پس از وقوع تخلف قطعاً چنین حقی خواهند داشت) و مداخله‌ای نیز توسط دادگاه و یا هیأت منصفه صورت نخواهد گرفت...».

به دلیل تحولات مذکور در بالا، تحول حقوق در انگلستان نیز مشهود شده است و اصل آزادی قراردادهای دوباره اعتبار خود را یافته است. در این خصوص اظهارات Woolf LJ^۳ در پرونده Philips HK Ltd v The Attorney General of HK را می‌توان به عنوان آغازگر این تحولات در حقوق خسارات توافقی بیان داشت. ایشان در بخشی از رأی خود به مسئولیت دادگاهها و قصد طرفین قرارداد و آزادی آنها بدین شرح اشاره می‌نماید: «دادگاه(ها) باید مراقب باشند که ملاکهای خیلی سخت و مشکلی را وضع نمایند و توجه داشته باشند که آنچه طرفین قرارداد توافق کرده‌اند باید به طور معمول تنفیذ گردد. هر روش دیگری منتج به ایجاد ناخواسته عدم اطمینان حقوقی در قراردادهای تجاری خواهد شد... این امر که دو طرف قرارداد، که قاعدتاً قادر به حفظ حقوق و منافع تجاری خود می‌باشند، بر روی شرطی که ادعای تنبیهی بودن آن شده، توافق کرده‌اند این معنا را می‌رساند که بعید است روش محاسبه خسارت قراردادی ظالمانه باشد.»^۴

منابع و مآخذ

- Baker, JH (1979), *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworths.
 Cheshire, Fifoot & Furmston, (1991) *Law of Contract*, 12th edition, Oxford, Oxford University Press.
 Clarkson, Kenneth W & Miller, Roger Leroy & Muris, Timothy J, (1978), *Liquidated Damages v Penalties: Sense or Nonsense?* Wisconsin Law Review, pp. 351- 90.

^۱ The Law Commission of Victoria, 1988, Para. 35.

^۲ این پرونده مربوط به توافقی در زمینه محدود فروش روزنامه و داشتن حسن نیت و عدم انجام این کار در محدوده خاص بود.

^۳ رئیس وقت شعبه دادگاه ملکه که مهم‌ترین شعبه دادگاه عالی عدالت می‌باشد. دادگاه عالی عدالت عالی‌ترین دادگاه عمومی انگلستان است.

^۴ p. 59.

- Ham, Andrew, (1990), *The Rule Against Penalties in Contract: An Economic Perspective*, 17 Melbourne University Law Review, pp. 649- 70.
- Henderson, Edith G, (1974), *Relief from Bonds in the English Chancery: Mid-Sixteenth Century*, 18 American J of Legal History, pp. 298-306.
- Horwitz, Morton J, (1974), *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87(2) Harvard Law Review, pp. 917- 56.
- Jones, WJ, (1967), *The Elizabethan Court of Chancery*, Oxford, Clarendon Press.
- Kerly, DM, (1890), *An Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Law Commission of UK, (1975), *Penalty Clauses and Forfeiture of Monies Paid*, Working Paper No 61, London, HMSO.
- Law Commission of Victoria, (1988), *Liquidated Damages and Penalties*, Discussion Paper No 10, 16 Melbourn University Law Review, 846.
- Loyd, William H, (1915), *Penalties and Forfeitures*, 29 Harvard Law Review, pp. 117- 36.
- McGregor, Harvey, (1988), *McGregor on Damages*, 15th edition, London, Sweet & Maxwell.
- Muir, Garry A, (1982), *Stipulations for the Payment of Agreed Sums*, 10 Sydney Law Review, pp. 503- 27.
- Ogus, Anthony I, (1973), *The Law of Damages*, London, Butterworths.
- Rea, Samuel A, (1984), *Efficiency Implications of Penalties & Liquidated Damages*, V. 13 N. 1 Journal of Legal Studies, pp. 147- 67.
- Rabinowitz, Jacob J, (1956), *Jewish Law, Its Influence on the Development of Legal Institutions*, NY, Bloch Publishing Co.
- Simpson, AWB, (1975), *A History of the Common Law of Contract: the Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford, Clarendon Press.
- Yale, DEC, (1961) *Lord Nottingham's Chancery Cases*, London, V. 11, 79 Selden Society.
- Amev-Udc Finance Ltd v Austin (1986) 162 CLR 170.
- Astely v Weldon (1801) 2 B & P, at 346.
- Bridge v Campbell Discount Co. Ltd. [1962] AC 600, at 622.
- Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry [1933] AC 20.
- Clydebank Engineering and Shipbulding Co Ltd v Don Jose Ramos Yzquierdo Y Castaneda [1905] AC 6.
- Dakin v Williams (NY 1837) 17 Wend 447 at p. 454.
- Davis v Penton (1827) 6 B & C 216.
- Dunlop Penumatic Tyre Co. Ltd. v New Garage & Motor Co. Ltd. [1915] AC 79.
- Elphinston v Monkland Iron & Coal Co. Ltd. (1886) 11 App Cas 332.
- Else (1982) Ltd v Parkland Holdings Ltd [1994] 1 BCLC 130.
- Esanda v Plessing (1988) 166 CLR 131.
- Fabyan v Fuliambe C 33/21 fo 295, 8 Nov, 2 Eliz (1560).
- Fletcher v Dyche (1787) 2 TR 32.
- Ford Motor Co. Ltd. v Armstrong (1915) 31 TLR 267.
- Forrest & Barr v Henderson & Co. (1869) 8 M 187.
- Friend v Burgh (1679) Rep TF 437.
- Hadley v Baxendale (1854) 9 Exch 341.
- Hill v Barclay (1811) 18 Ves Jun 56 Imperial Tobacco Co v Parslay [1936] 2 All ER 515 (AC).
- Kemble v Ferren (1829) 6 Bing 141.
- King v Atkins (1670) 1 Sid 442.
- Lowe v Peers (1768) 4 Burr 2225.
- Philips Hong Kong Ltd. v The Attorney General of Hong Kong (1993) 61 BLR 41 (PC).
- Reilly v Jones (1823) 1 Bing 302.
- Sloman v Walter (1783) 1 Bro CC 418.
- Sun Printing and Publishing Association v Moore (1902) 183 US 642.
- Tall v Ryland (1670) 1 Ch Ca, 183.
- Umfraville v Lonsted Year Book, 2 & 3 Edw. II, Selden Society, p. 58.