

Comparative studies of Agreed Damage Provision due to non performance of contract in Iran and Afghanistan Law

Goudarz Eftekhar Jahromi

Professor, Faculty of Law, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran

(Email: eftekhar@sbu.ac.ir)

Mohammad Ishaq Rahimi*

Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Balkh, Mazar e Sharif, Afghanistan

(Received: 2020/10/18, Accepted: 2020/12/20)

Abstract

Agreed Damage provision due to non-performance of a contract is one of the contractual sanction breaches that parties to a contract agree to. At the conclusion of a contract damage caused by violations, measured and calculated in accordance with different criteria, are agreed to on the basis that, if one of the parties violates the obligation they have been in charge of implementing they must pay agreed damages to the other party. In agreed damages provision, due to non-performance of the contract, the main aspect is subordinate to the main contract and extends irrevocable and non-revocable of the main contract to that. Of course, the agreed damages provision, are absolutely binding whether the main contract is revocable or irrevocable and as long as the revocable contract is not terminated, provision contained therein are enforced. Consequently, the implied terms of the original contract remain in force and until the original contract loses its validity.

However, the condition for determining the contractual damages is the nature of the condition of the conditional act and sub-obligation. Although the condition of damages is a subordinate obligation and the condition of the contract, like other commitments and conditions, it is based on principles. Thus, as with the threefold theories of the basis of contractual obligation, the theory of the rule of will, the theory of moral obligation, and the theory of law, the same theories apply to the basis of the condition of damages. Of course, today, none of the three theories alone can be the basis for fulfilling a contractual obligation; Conditions, including the condition of contractual damages, each plays a role in creating their binding force to the degree of its importance. As the importance of the agreement of the will of the parties cannot be completely denied, but its role is not so limited. On the other hand, social needs do not cause the government to ignore the individual and his wishes in all cases, but the government intervenes in guiding and supervising contracts according to needs and will be ineffective if the agreement of the conflicting parties with social interests is reached. In addition, due to the influence of Iranian and Afghan civil law on Islamic jurisprudence, the basis of the obligation of the parties has a valuable face and the basis and principles of the obligation to implement contracts and conditions, including the condition of contractual damages are ethics, verses and traditions.

* Corresponding Author, Email: ishaq.rahimi64@gmail.com; Phone: 0093787774792

The condition of determining the contract of damages causes the contractor to enforce the provisions of the condition in case of violation of the contract, and in case of violation of the provisions of the condition of the contract, he can request legal enforcement or termination of the contract from judicial authorities (Afghan law). In fact, the obligation to implement the provisions of the condition and the termination of the contract in the Afghan legal system are intertwined. As the contractor has the right to force or terminate the contract through the official authorities, but in Iranian law, the obligation to implement the provisions of the condition and the termination of the contract are mutually exclusive. In such a way that the conditional can terminate the contract only if it is not possible to implement the provisions of the condition. Otherwise, if conditional coercion is possible, the ground for termination will not be provided. On the other hand, termination is a non-judicial act due to non-implementation of the provisions of the condition in Iranian law, and the probationer can terminate the contract without going to court.

Keywords

breach of contract, Consequential obligation, Implied Condition, the Specific performance of Condition, termination of Contract.

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۲، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۴۰۰

صفحات ۲۳ تا ۴۰ (علمی - پژوهشی)

مطالعه تطبیقی شرط تعیین قراردادی خسارت نقض تعهد

قراردادی در حقوق ایران و افغانستان

گودرز افتخار جهرمی

استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران

(Email: g_etekhar@sbu.ac.ir)

محمد اسحق رحیمی*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه بلخ، مزار شریف

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۳۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱۸)

چکیده

شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد در نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان یکی از ضمانت‌های اجرای قراردادی نقض قرارداد است که طرفین هنگام انعقاد قرارداد خسارات ناشی از نقض را با در نظر داشتن معیارهای متفاوت سنجش نموده، بر مبنای آن توافق می‌کنند که هرگاه یکی از متعاقبین از اجرای آنچه به عهده وی گذاشته شده تخلف ورزد، باید میزان خسارتی را که در قرارداد معین شده است به طرف مقابل پرداخت کند. شرط تعیین قراردادی خسارت نسبت به قرارداد اصلی جنبه فرعی و تبعی داشته، لزوم و جواز عقد اصلی به آن سرایت می‌کند. البته، شرط تعیین قراردادی خسارت به طور مطلق لازم‌الوفا است؛ اعم از اینکه عقده‌ای که در آن شرط درج شده است قرارداد لازم باشد یا جایز، و تا زمانی که عقد جایز فسخ نشده، شرط مندرج در آن همچنان لازم‌الوفا است. در حقوق افغانستان اشتراط شرط تعیین قراردادی خسارت موجب می‌شود که مشروط‌علیه در صورت نقض قرارداد مفاد شرط را اجرا کند و در فرض تخلف از اجرای مفاد شرط، مشروط‌له می‌تواند خواستار اجبار مشروط‌علیه یا فسخ قرارداد از مقامات قضایی گردد. اما در حقوق ایران مشروط‌له صرفاً در صورتی می‌تواند قرارداد را فسخ کند که امکان اجرای مفاد شرط وجود نداشته باشد. از سوی دیگر، فسخ به دلیل عدم اجرای مفاد شرط در حقوق ایران عمل غیرقضایی است و مشروط‌له بی‌آنکه به دادگاه مراجعه کند، خود می‌تواند قرارداد را فسخ نماید.

واژگان کلیدی

التزام به مفاد شرط، تعهد تبعی، شرط ضمن عقد، فسخ قرارداد، نقض قرارداد.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه بلخ، افغانستان (نویسنده مسئول).

مقدمه

اصل «لزوم جبران ضرر واردآمده به دیگری» یکی از اصول بنیادین حقوق قراردادهای است که بر مبنای آن هیچ شخصی حق ورود خسارت به دیگری را ندارد و نمی‌تواند موجبات آن را فراهم سازد، و بر فرض ورود ضرر، ناگزیر به جبران آن خواهد بود. جبران خسارات ناشی از آن به سه روش قانونی، قضایی و قراردادی صورت می‌گیرد. آنچه در این مقاله موضوع بحث را تشکیل می‌دهد روش قراردادی تعیین خسارت است. توافق مبنی بر تعیین قراردادی خسارت ممکن است پس از ورود خسارت یا پیش از آن باشد. توافق بعد از ورود خسارت در خصوص میزان و نحوه جبران خسارت میان زیان‌دیده و متعهد عنوان صلح دارد.

همچنین طرفین می‌توانند قبل از ورود خسارت در خصوص میزان و نحوه جبران خسارت به‌منظور جلوگیری از هرگونه اختلاف راجع به میزان خسارت وارده در اثر تخلف از اجرای تعهد و نیز تسریع در جریان رسیدگی به توافق برسند. توافقی که میان طرفین صورت می‌گیرد ممکن است بر اساس آن، یکی از طرف‌ها در برابر مبلغی که دریافت می‌کند مسئولیتی را در خصوص وارد آمدن ضرر یا زیان مالی یا جسمی به طرف دیگر متعهد گردد؛ مانند عقد بیمه که بیمه‌گر در قبال دریافت حق بیمه از بیمه‌گذار، خسارات وارده بر بیمه‌گذار را می‌پذیرد. به‌علاوه امکان توافق میان طرفین در خصوص مسئولیت قراردادی به‌منظور کاهش یا افزایش مسئولیت طرفین یا یکی از آنها نیز وجود دارد. این‌گونه توافقات و شروط با سه هدف متمایز ایجاد می‌گردد:

الف) توافق یا شرطی که به‌منظور معافیت متعهد از ضرر و زیان احتمالی میان طرفین ایجاد می‌شود تا متعهد با طیب خاطر و به‌دور از هرگونه نگرانی حاضر به قبول و اجرای تعهد گردد.
ب) توافق یا شرطی که به‌منظور تضمین اجرای قرارداد و جلوگیری از تخلف متعهد در اجرای آن ایجاد می‌شود، علاوه بر آنکه جنبه تضمینی برای قرارداد و حمایتی برای متعهدله دارد، چهره کیفی و تنبیهی به‌منظور وادار نمودن متعهد به اجرای قرارداد نیز دارد که از آن به «وجه التزام» (Penal Clause) تعبیر می‌گردد (صفایی، ۱۳۸۹: ۲۰۹).

ج) توافق یا شرطی که به‌منظور تضمین اجرای قرارداد و تعیین پیشاپیش خسارت ناشی از تخلف متعهد و اجرای قرارداد میان طرفین منعقد می‌گردد، که از این توافق و شرط می‌توان به «شرط تعیین قراردادی خسارت نقض تعهد قراردادی» تعبیر نمود. شرط یادشده به‌صورت شرط ضمن عقد با ماهیت شرط فعل به‌منظور جبران واقعی و عادلانه خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد، جلوگیری از پیمودن مسیر پیچیده و پرپیچ‌وخم رسیدگی، کاهش منازعات و اختلافات میان اشخاص در روابط مالی و بازرگانی و مانند آن در ضمن عقد گنجانده می‌شود. موضوع اصلی این مقاله، بررسی تطبیقی این شرط و طرح آن به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای قراردادی در حقوق ایران و افغانستان است. لذا این نوشته درصدد یافتن پاسخ به این پرسش‌ها

است که شرط تعیین قراردادی خسارت چگونه می‌تواند به‌عنوان یکی از شیوه‌های تضمینی قرارداد و حمایتی برای متعهدله نقش بازی کند؟ در نهایت، آثار و نتایج حقوقی شرط تعیین قراردادی خسارت در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه چیست؟

برای پاسخ به پرسش‌های یادشده نخست سعی می‌شود شرط تعیین قراردادی خسارت در نظام‌های حقوقی موردنظر شناسایی شود و فلسفه وجودی و علتی که باعث ایجاد آن نهاد و پدیده شده است مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. سپس آثار حقوقی ناشی از آن به‌صورت تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان شرح و بسط داده خواهد شد.

۱. مفهوم شرط تعیین قراردادی خسارت

با اینکه شیوه‌های متفاوتی چون خیار شرط، وثیقه‌های اجرای تعهد و وجه التزام به‌منظور اجرای تعهد و دور نمودن تمایل نقض قرارداد از ذهن متعهد در قراردادهای از سوی طرفین لحاظ می‌گردد، ولی شیوه‌های یادشده اشکالاتی هم در ماهیت و کارکرد دارند که به‌تنهایی نمی‌توانند اهداف موردنظر طرفین را تأمین کنند. از این رو، شرط تعیین قراردادی خسارت به دلیل امتیازهایی (جبران واقعی و عادلانه خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهد، تسهیل امر دادرسی با توجه به روشن بودن پیشاپیش نتایج حاصله از تخلف و نقض عهد، و کاهش منازعات و اختلافات فی‌مابین اشخاص در روابط مالی و بازرگانی) که نسبت به شیوه‌های تضمینی دیگر دارد، از کارکردهای بیشتری برخوردار است (شعبانی، ۱۳۸۵: ۱۳؛ دانش، ۱۳۹۴: ۱۳۲)؛ لذا با توجه به نقش و کارکردهای این شرط، علاوه بر اینکه به‌عنوان شرط ضمن عقد و تعهد تبعی مورد توجه است، یکی از ضمانت‌اجراهای قراردادی نقض قرارداد نیز به‌شمار می‌آید.

به نظر عده‌ای از حقوق‌دانان ایرانی (قاسمی حامد، ۱۳۹۳: ۲۰)، این شرط از ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران^۱ و در نظام حقوقی افغانستان از ماده ۷۳۱ قانون مدنی^۲ قابل استنباط است. اما تاکنون هیچ نویسنده‌ای از شرط یادشده تعریفی ارائه نکرده است، منتها با درنظر داشتن خصوصیات، ماهیت و آثار آن از شرط یادشده می‌توان چنین تعریفی را به‌عمل آورد: «شرط خسارت عبارت از شرطی است که توسط آن طرفین مبلغ معینی را با برآورد و سنجش دقیق در هنگام انعقاد قرارداد به‌عنوان خسارت قطعی متضرر ناشی از نقض تعهد قراردادی طرف مقابل تعیین کرده و در صورتی که مخالف قانون نباشد در قرارداد درج می‌کنند». در واقع، در

۱. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند».

۲. ماده ۷۳۱ قانون مدنی افغانستان: «متعاقدین می‌توانند اندازه‌ی ضمانتی را که در حال عدم اجرا یا تأخیر باید پرداخته شود، در حین عقد تعیین یا بعداً به آن موافقت نمایند».

شرط خسارت، طرفین هنگام انعقاد قرارداد، خسارات ناشی از نقض را با در نظر داشتن معیارهای متفاوت محاسبه نموده، بر مبنای آن توافق می‌کنند که هرگاه یکی از متعاقدين از اجرای آنچه برعهده وی گذاشته شده است خودداری کند، یا به عملی مبادرت ورزد که مطابق قرارداد ممنوع شده، باید میزان خسارتی را که در قرارداد معین شده است به طرف مقابل پرداخت نماید؛ مانند آنکه مالک ساختمان و شرکت پیمانکار با در نظر گرفتن اوضاع اقتصادی حاکم، سنجش می‌کنند که در صورت عدم اتمام کار تا اول تابستان از سوی شرکت پیمانکار، مالک در برابر هر ماه تأخیر، ۵۰ میلیون ریال متضرر می‌گردد. طرفین توافق می‌کنند که پیمانکار باید ساختمان را در اول تابستان به مالک تحویل دهد، در غیر این صورت باید مبلغ مقطوع خسارت وارده را که هنگام انعقاد قرارداد برآورد و پیش‌بینی شده است به مالک بپردازد.

بنابراین، شرط خسارت همانند شرط وجه التزام نقش ضمانت اجرای قرارداد داشته، به گونه‌ای تضمین‌کننده قرارداد محسوب می‌شود؛ به علاوه هشدار است برای طرفی که خیال نقض قرارداد را در ذهن می‌پروراند. همچنین شباهت دیگری که میان این دو شرط وجود دارد این است که شروط یادشده متضمن و مبین مبلغ مقطوعی هستند که از قبل از سوی طرفین به عنوان خسارت زیان‌دیده تعیین شده و متخلف ملزم به پرداخت آن است و مبلغ تعیین شده قابلیت کم و زیاد شدن نسبت به خسارت واقعی را ندارد. با وجود شباهت‌هایی که میان این شروط وجود دارد، تفاوت‌هایی هم دارند. مطالبه وجه التزام با اثبات ورود خسارت ملازمه ندارد؛ اگرچه هیچ‌گونه خسارتی وارد نشده باشد متخلف باید بدون کم‌وکاست آن را پرداخت کند (به‌ویژه در موردی که ماهیت کیفی برای آن قائل شویم). درحالی که در شرط تعیین قراردادی خسارت اثبات ورود خسارت از سوی متعهدله لازم است؛ به این صورت که طرفین پیشاپیش بر میزان و چگونگی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد توافق می‌کنند که در صورت نقض تعهد از سوی یکی از طرفین، فلان میزان یا نوع خاص خسارت برای طرف مقابل حاصل می‌آید و متخلف باید آن را جبران کند (شعبانی، ۱۳۸۵: ۸۵). برای مثال، خریدار کمباین بر اساس محاسبات خویش تشخیص می‌دهد که هرگاه فروشنده کمباین را در موعد معهود تحویل ندهد گندم‌های او درون‌شده باقی می‌ماند و در ازای صد تن گندم مبلغ صد میلیون ریال ضرر می‌کند. لذا، ضمن عقد خرید کمباین شرط می‌کند که در صورت عدم تحویل به موقع، باید فروشنده مبلغ یادشده را بابت خسارت وارده تأدیه کند. حال چنانچه خریدار در سال آینده اصلاً گندمی کشت نکند و عدم تحویل به موقع کمباین مستلزم چنین ضرری به وی نباشد، مسلم است که مبلغ صد میلیون ریال طبق شرط تعیین قراردادی خسارت، متفاوت با صورتی خواهد بود که آن مبلغ به گونه‌ای دیگر شرط وجه التزام در نظر گرفته شده باشد (شعبانی، ۱۳۸۵: ۸۶).

فرق دیگر در آن است که در وجه التزام مبلغ مقطوعی را که طرفین به منظور جلوگیری از

نقض قرارداد یا تأخیر در اجرای آن تعیین می‌کنند، ارزیابی واقعی خسارت نیست، بلکه بیشتر به منظور اجبار یک طرف به اجرای تعهد قراردادی است؛ از این رو، ممکن است مبلغ تخمینی متناسب با خسارت وارده باشد یا نباشد. حال آنکه شرط تعیین قراردادی خسارت یک نوع ارزیابی معقول و بیانگر تخمین متناسب با ضرر احتمالی است که طرفین از قبل با در نظر گرفتن معیارهای متفاوت سنجش نموده، میزان آن را به صورت دقیق برآورد می‌کنند یا اگر دقیق برآورد نشده باشد، حداقل ضابطه‌ای برای تعیین میزان آن در نظر گرفته می‌شود که به موجب آن، متخلف پس از نقض قرارداد و اثبات متعهدله باید خسارت وارده را جبران کند (شعبانی، ۱۳۸۵: ۹۲).

در واقع، شرط تعیین قراردادی خسارت به نوعی شیوه غیرقضایی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد است. شیوه غیرقضایی امری کاملاً شخصی و ارادی است که به اراده طرفین واگذار می‌شود و این شیوه به زیان دیده امکان می‌دهد تا بدون ازدست دادن فرصت در کمترین زمان به جبران خسارت اقدام کند و موضوع تعیین و تثبیت میزان خسارت را سهل و ساده نموده، از اعتراض در این خصوص خودداری کند (دانش، ۱۳۹۴: ۱۳۲). به عبارتی، خواهان بدون اینکه نیازمند پیمودن مسیر پیچیده و پرپیچ‌وخم رسیدگی باشد، از قبل خسارت ناشی از نقض را معین می‌کند که این امر باعث تقویت «اصل سرعت و امنیت» که دغدغه اصلی تاجران و سرمایه‌گذاران است، می‌شود.

انتقاد وارد بر این شیوه این است که عدالت دست طرفین افتاده، شخص قاضی خود می‌گردد؛ حال آنکه در حقوق و اجرای عدالت شخص نمی‌تواند قاضی خود باشد، بلکه در حقوق هرکس می‌تواند قاضی دیگران باشد نه قاضی خود. چراکه حقوق مستلزم دیدگاه بیرونی است، برعکس امور اخلاقی که مستلزم دیدگاه درونی بوده و هرکس قاضی خود است. همچنین هرگاه عدالت و قضاوت دست خود شخص بیفتد و برای خود قضاوت کند زمینه سوءاستفاده را فراهم می‌آورد که مانع تحقق عدالت می‌شود. اما با وجود انتقادهای وارده بر شیوه‌های غیرقضایی، این شیوه‌ها به تدریج جای خود را در مجموعه‌های قانونی پیدا کرده‌اند و به‌عنوان یک سازوکار مناسب و قاعده‌ثانوی نقش بازی می‌کنند.

۲. مبنای شرط تعیین قراردادی خسارت

با اینکه شرط خسارت تعهد تبعی و شرط ضمنی است، همانند سایر تعهدات و شروط بر مبنای ای استوار است. همان‌طور که در خصوص مبنای اجرای تعهد قراردادی نظریات سه‌گانه حاکمیت اراده، الزام اخلاقی، و نظریه قانون مطرح است، همین نظریات به نحوی نسبت به مبنای شرط خسارت نیز مصداق می‌یابد.

۱.۲. نظریه حاکمیت اراده

بر مبنای این نظریه، نیروی الزام‌آوری عقد و شرط، از جمله شرط خسارت، از اراده ناشی می‌شود. انسان به‌عنوان موجود آزاد و مستقل بر اساس اراده خود می‌تواند عقود و شروط را به‌وجود آورد و خویش را به مفاد آن ملزم سازد. قواعد حقوقی به این الزام درونی و ایجادشده از سوی شخص احترام گذاشته، از آن حمایت می‌کند (رحیمی، ۱۳۹۵: ۸۵). چنان‌که طبق تئوری‌های مکتب اصالت فرد، انسان را صرف اراده اوست که متعهد می‌سازد، اعم از اینکه تعهد در قبال اجتماع باشد یا در رابطه خصوصی افراد. «اصل حاکمیت اراده» نیز از همین مبانی استنباط شده است که در تنظیم روابط اجتماعی به‌عنوان عالی‌ترین قاعده مورد استناد قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، دولت نیز پشتیبان و مجری توافق اراده طرفین بوده، نمی‌تواند به بهانه رعایت عدالت تعهدات طرفین را تعدیل نماید، چه آنکه هیچ مقامی نمی‌تواند بهتر از خودشان آنچه عادلانه می‌نماید، مقرر دارد. کانت، حکیم آلمانی، در این زمینه می‌نویسد: «هنگامی که شخصی درباره دیگری تصمیم می‌گیرد همیشه احتمال دارد که عادلانه رفتار نکند، لیکن در موردی که برای خود تصمیم می‌گیرد احتمال وقوع هیچ ظلمی نمی‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۹).

بر اساس این نظریه، اراده مشترک طرفین قرارداد است که تعیین می‌کند اجرای تعهد و شرط دارای چه کیفیت، اوصاف و ویژگی باشد. محدوده تعهدات تا کجا است و در صورت عدم رعایت شرایط و مقررات مندرج در قرارداد، ناقض باید چه چیزی را متحمل گردد. آنچه به‌صورت ضمنی مقصود طرفین باشد نیز مفاد التزام را تشکیل داده، نیازی به تصریح اراده‌ها نیست (الف، ۱۳۸۶: ۱۰۶). برخی از استادان در خصوص شرط ضمنی چنین استدلال می‌کنند که مبنای اعتبار شرط ضمنی معهود بودن مورد شرط در عرف است. از طرف دیگر، منشأ اعتبار عرف در تعیین شرایط قرارداد، کاشف بودن عرف از اراده طرفین است. در نتیجه، منشأ اصلی اعتبار شرط ضمنی، اراده طرفین است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۱). در نهایت اینکه اعمال ارادی همیشه عادلانه بوده، هیچ متعهدی نمی‌تواند ادعا کند که برخلاف عدالت به کاری ملتزم شده است، زیرا آنچه به‌وجود آمده، خواسته خود اوست. در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز وقتی طرفین بر اساس این شرط بر مبلغ مقطوعی به‌عنوان خسارت قراردادی توافق می‌کنند، در صورت عدم تناسب میان مبلغ تعیین شده و خسارت واقعی وارده، مبلغ مقطوع یادشده قابلیت کم و زیاد شدن ندارد؛ چه آنکه این خسارت مقطوع ناشی از اراده طرفین بوده، متخلف ملزم به پرداخت آن به زیان دیده خواهد بود.

۲.۲. نظریه الزام اخلاقی

بر اساس این نظریه، اخلاق مبنای التزام و شروط است. در خصوص اینکه شخص باید به تعهدات، قول و پیمان خویش وفادار باشد، جنبه اخلاقی دارد. هر انسان عاقلی وفا به عهد را

اعم از اینکه ناشی از قرارداد باشد یا شرط ضمنی، امر پسندیده می‌داند و در مقابل، نقض عهد و شرط را امری زشت و ناپسند می‌شمرد. به‌علاوه در تعالیم ادیان بزرگ وفای به عهد و شرط یک واجب اخلاقی و تعهد ناشی از احکام و رهنمودهای دینی است و خداوند رابطه فرد با اجتماع را در قالب مؤلفه‌های حقوق و اخلاق تعریف کرده و به رعایت آن بی‌درنگ تأکید ورزیده است که منظور از آن سعادت دینی و رستگاری دنیوی است (خلیل، ۱۳۹۳: ۱۱۳). از سویی نیز عدم رعایت آن علاوه بر عذاب وجدان، موجب عقوبت الهی می‌شود. مکتب حقوقی اسلام نیز در آیات و روایات متعددی به این مهم فرمان داده که عمده‌ترین آن‌ها آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ است که به‌صراحت مؤمنین را به وفای به عهد فرمان می‌دهد (مناقبی، ۱۳۸۹: ۴۲). آیاتی دیگر^۲ نیز وفای به عهد و شرط را اصل مسلم شمرده، به انسان‌ها امر می‌کنند که به روابط حقوقی و مالی یکدیگر احترام بگذارند. دلیل دیگر روایتی است که از پیامبر گرامی اسلام (ص) نقل شده است: «المسلمون (یا) المؤمنون عند شروطهم». در اخلاق اجتماعی نیز ایفای به عهد و شرط، عمل پسندیده و اخلاقی محسوب شده، عدم رعایت عهد و پیمان ناجوانمردی است. پایبندی به عقد و شرط، قاعده الزام‌آور اخلاقی است که در نظام‌های مختلف حقوقی راه یافته و به صورت یک قاعده حقوقی درآمده است. در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز توافق که به نوع شرط در ضمن قرارداد اصلی درج می‌گردد، فی‌نفسه عقد گفته می‌شود که مشمول عموماً اوفوا بالعقود شده و نیز یک تعهد است که عموماً المؤمنون عند شروطهم را شامل می‌شود. بر اساس نظریه یادشده، چنانچه متعهد تعهدات خویش را مطابق شرایط و مقررات قرارداد اجرا نکند از لحاظ اخلاقی و وجدانی ملزم به پرداخت خساراتی است که به‌صورت شرط خسارت ضمن عقد اصلی درج می‌گردد.

۳.۲. نظریه قانون

به‌موجب نظریه قانون، مبنای الزام قراردادهای و شروط و از آن جمله شرط تعیین قراردادی، خسارت است. طرفداران این نظریه بر این باورند که نیروی الزام‌آور عقود و شروط از اراده شارع ناشی می‌شود، نه اراده متعاملین. اراده متعاملین صرفاً باعث ایجاد و تشکیل عقود و شروط می‌گردد، اما شارع و قانون‌گذار به آن الزام می‌بخشد (عبدالله، ۱۳۸۷: ۳۱۳). به‌عبارتی، می‌توان گفت که مبنای التزام به تعهدات و شروط را دولت تشکیل می‌دهد، سپس دولت و

۱. سوره مائده، آیه ۲.

۲. الَّذِينَ عَاهَدتْ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ (انفال: ۲۶). وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ (معارج: ۳۲). وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا (اسراء: ۳۴).

قانون است که در صورت وجود شرایط مقرر، به آن اعتبار حقوقی داده، از آن حمایت می‌کند و در صورت خودداری یکی از طرفین از انجام تعهد، او را به انجام تعهدات قراردادی وادار می‌سازد. در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز توافق طرفین که به صورت شرط ضمن عقد و تعهد تبعی مورد توافق قرار می‌گیرد، دارای ماهیت تعهد تبعی است. تعهد تبعی نیز یکی از انواع تعهد بوده، آثار و احکام تعهدات نسبت به آن تسری می‌یابد که بر مبنای نظریه یادشده مورد حمایت قانون‌گذار قرار می‌گیرد. لذا چنانچه مشروط‌علیه از اجرای آن خودداری ورزد، با درخواست مشروط‌له، مقامات صالح قانونی و قضایی او را به اجرای مفاد شرط ملزم می‌سازند. همچنین بر مبنای این نظریه، ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای بی‌حد انسان است که هر یک به انعقاد قراردادها و شروط مندرج در آن تن می‌دهند و سبب مشروعیت^۱ بیع و تجارت می‌گردد. لذا نیازها و ضرورت‌ها، پشتوانه نفوذ عقود و شروط بوده که طرفداران این نظریه نقش حاکمیت اراده و تکلیف اخلاقی را در این راستا کافی نمی‌دانند، بلکه معتقدند که قانون اراده را در استخدام مصالح قرار می‌دهد و از اجرای قراردادهای خلاف نظم عمومی جلوگیری می‌کند، گویا توافق شرط اجرای قانون است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۲۱).

با وجود نظریات متعدد، می‌توان دو دیدگاه را در مورد الزام قانونی به ایفای تعهد و شروط ارائه نمود:

نخست اینکه الزام به ایفای تعهدات قراردادی و شروط همانند سایر تعهدات از قانون و ضرورت‌های اجتماعی ناشی می‌شود. توافق اراده طرفین صرفاً وسیله اجرای قانون بوده، نقشی بیش از آن ندارد. اراده شخص هیچ‌گاه منشأ اصلی تعهدات او نبوده و نقشی بیش از منطبق ساختن وضعیت شخص با موقعیت خاص اجتماعی که ساخته و پرداخته قانون است، ایفا نمی‌کند. حقوق در صورتی اختیار این انتخاب را به او می‌دهد که نیازهای اجتماعی ایجاب می‌کند (الجمال، رمضان محمد و ابراهیم سعد، ۲۰۰۶م: ۱۷)؛ بنابراین، نیروی الزام‌آور عقد ناشی از اراده طرفین نیست، بلکه ناشی از ضرورت‌های اجتماعی است. اعلام اراده گاه منتج به نتایجی می‌شود که خواسته شخص نیست، اما با وجود این شخص باید نتایج شخصی و نوعی اراده خود را متحمل گردد.

دوم اینکه اراده طرفین نقش مهمی را در آثار قراردادها و شروط ایفا می‌کند، منتها مجوز این توانایی و قدرت، قانون است. در این صورت، قرارداد صرفاً وسیله اجرای قوانین نیست، بلکه قرارداد فی‌نفسه خالق قواعد است؛ به عبارتی، حاکمیت اراده نفوذ و اقتداری است که قانون از اعتبار بخشیدن به اعمال حقوقی انشاشده اراده می‌بخشد.

۱. وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا (بقره: ۲۷۵)؛ رسول الله (ص) می‌فرماید: «أفضل الكسب عمل الرجل و كل بيع مبرور».

۳. آثار شرط تعیین قراردادی خسارت

علی‌القاعده هر قرارداد و شرط دارای آثاری است که اشخاص به انگیزه رسیدن به آن‌ها اقدام به انعقاد قرارداد و اشتراط شرط می‌کنند. شرط یادشده که دارای ماهیت حقوقی شرط ضمن عقد و آن‌هم از نوع شرط فعل است، همانند سایر عقود دارای آثار است که طی سه بند مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

۳.۱. اجرای مفاد شرط

اصل لزوم قراردادهای مقتضی است که اشخاص به قراردادهای، تعهدات و شروطی که فی‌مابین خویش منعقد می‌سازند وفادار بمانند. انسان طبعاً از آنجا که به اجتماع وابستگی خاص دارد، همین وابستگی او را وامی‌دارد تا به گفتارها و قراردادهای خود وفادار باشد. پایبندی او به این قراردادهای است که طرف مقابل را وادار می‌سازد تا به او اعتماد نموده، روابط مالی و حقوقی خود را با او تنظیم کند (رحیمی، ۱۳۹۲: ۵). خداوند متعال در قرآن کریم با تنزیل آیاتی چون «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»^۱ و «ولا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منکم»^۲، وفای به تعهد را اصلی مسلم شمرده و به انسان‌ها امر کرده است که به روابط حقوقی و مالی یکدیگر احترام بگذارند. خداوند از مؤمنان انتظار دارد که به مقتضای ایمان و تعهداتی که در برابر خدا، خود و دیگران متعهد شده‌اند عمل کنند و ایمان و تعهدات خود را زیر پا نهند که شایسته مؤمنان نیست (عمید زنجانی، ۱۳۸۸: ۱۵۲).

ماده ۲۳۷ قانون مدنی ایران در خصوص لازم‌الاتباع بودن شرط فعل مقرر می‌دارد: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد...». شرط مورد بحث که از جمله شروط فعل است تابع این قاعده عمومی می‌گردد. بنابراین، هرگاه طرفین قرارداد شرط کنند که در صورت تخلف متعهد در اجرای قرارداد مبلغ معینی را به‌عنوان خسارت به زیان‌دیده پرداخت نمایند، بر اساس شرط یادشده مشروط‌علیه ملزم است خسارت پیش‌بینی‌شده را به مشروط‌له بپردازد. در نظام حقوقی افغانستان نیز لزوم وفای به شرط و از آن جمله شرط تعیین قراردادی خسارت منوط به عقد حاوی آن نیست، بلکه عقد با انعقاد آن فی‌نفسه از اصل لزوم برخوردار است و اشتراط و الحاق شرط به آن نیز مقتضی آن است که شرط لازم‌الوفاء باشد (قویم، ۱۳۹۰: ۲۷)؛ لذا به استناد ماده ۸۱۵ قانون مدنی افغانستان که می‌گوید: «متعهد به ایفای عین آنچه تعهد نموده مکلف

۱. سوره مائده، آیه ۱.

۲. سوره نساء، آیه ۲۹.

می‌باشد...»، در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز مشروط‌علیه تعهداتی را که در برابر مشروط‌له به‌عهده گرفته است باید انجام دهد، زیرا به استناد ماده ۵۹۵ قانون مدنی افغانستان^۱ شرط نوعی تعهد است و از سوی دیگر در هر تعهدی متعهد ناگزیر است که تعهدات خویش را در برابر متعهدله انجام دهد. چه آنکه هدف بنیادین طرفین از انعقاد عقود و اشتراط شروط در آنست که آنچه را متعهد یا مشروط‌علیه تعهد کرده است، اجرا کند. لذا متعهد یا مشروط‌علیه از لحاظ قانونی مکلف است تا تعهدات قراردادی خویش را به‌صورت داوطلبانه اجرا کند (جاکوبسون و همکاران، ۲۰۱۴: ۱۲۴). به‌علاوه در خصوص الزام و دلایل وجوب شروط نیز می‌توان گفت که عموم ادله «اوفو بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» شامل شروط نیز شده و شروط نیز همانند عقود و اجزا و عناصر آن لازم‌الاتباع است.

۳.۲. اجبار به انجام شرط

مشروط‌علیه اغلب به میل و طیب خاطر شرط را اجرا می‌کند، اما گاهی اجرای شرط را به تأخیر انداخته یا از اجرای آن خودداری می‌کند؛ در این صورت مشروط‌له می‌تواند الزام او را به انجام شرط از مقام قضایی خواستار گردد که از آن به «اجبار به انجام شرط» تعبیر شده است (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۸۰۲). منظور از اجبار به انجام شرط، عبارت اعمال فشار از طریق مراجع قضایی یا ثبتی و به‌طور اعم مراجع قانونی بر شخص مشروط‌علیه جهت اجرای مفاد شرط است. همان‌طور که در سایر شروط در صورتی که مشروط‌علیه از اجرای شرط امتناع ورزد، مشروط‌له حق اجبار او را به وفای به شرط دارد. در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز هرگاه مشروط‌علیه از اجرای تعهد و شرط خودداری ورزد می‌توان مشروط‌علیه را اجبار به اجرای آن نمود. البته، در صورتی می‌توان متعهد را مجبور به پرداخت خسارت پیش‌بینی‌شده نمود که متعهد از اجرای قرارداد امتناع و نقض قرارداد به‌عمل آمده باشد. افزون بر آن، متعهد از اجرای مفاد شرط خسارت (پرداخت خسارت تعیین‌شده) خودداری نموده باشد (شعبانی، ۱۳۸۵: ۱۴۷). ماده ۲۳۷ قانون مدنی ایران در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نماید تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید». نخست باید مشروط‌علیه به اختیار شرط را انجام دهد، در غیر آن در صورت تخلف وی، می‌توان به حاکم رجوع نمود و درخواست اجبار به اجرای شرط کرد. بنابراین، هرگاه مشروط‌علیه بدون مانع و عذر موجه از اجرای تعهدی که به‌عهده گرفته است، خودداری ورزد، مقامات صالح قانونی بنابر درخواست مشروط‌له با اعمال فشار از طریق قوای عمومی، مشروط‌علیه را به انجام شرط

۱. ماده ۵۹۵ قانون مدنی افغانستان: «شرط عبارت است از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده...».

و اداری می‌کنند. به عبارتی، هرگاه مشروط‌علیه به‌اختیار تعهدات خویش را اجرا نکند، قانون به مشروط‌له حق می‌دهد که با بهره‌گیری از مراجع دولتی، اعم از قضایی یا ثبتی، الزام مشروط‌علیه را به اجرای شرط بخواهد. همچنین هرگاه اجبار مشروط‌علیه ممکن نباشد و انجام شرط به‌وسیله شخص دیگر مقدور باشد، در چنین وضعی حاکم موجبات انجام شرط را توسط دیگری به هزینه مشروط‌علیه فراهم خواهد کرد (ماده ۲۳۸ قانون مدنی ایران).

در نظام حقوقی افغانستان طوری که در بند پیشین ذکر شد باید مدیون یا مشروط‌علیه به صورت داوطلبانه تعهدات خویش را انجام دهد؛ اما چنانچه متعهد یا مشروط‌علیه از اجرای شرط خودداری ورزد، ولی امکان اجرای شرط وجود داشته باشد، با درخواست مشروط‌له، متعهد از سوی دادگاه به اجرای مستقیم آن مجبور می‌شود (بشله و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۸۵؛ عبدالله، ۱۳۸۷: ۵۰۳؛ قویم، ۱۳۹۰: ۲۷؛ دانش، ۱۳۹۴: ۱۳۳). ماده ۸۱۹ قانون مدنی افغانستان در این خصوص مقرر می‌دارد: «هرگاه طبیعت وجبیه یا موافقت طرفین مستوجب اجرای یک عمل توسط شخص متعهد بوده باشد، دائن می‌تواند اجرای عمل مذکور را توسط غیرمتعهد، قبول نماید؛ اما هرگاه طبیعت تعهد و توافق طرفین مستلزم این نباشد که تعهد یا شرط از جانب خود متعهد یا مشروط‌علیه اجرا گردد، در این صورت تعهد را می‌تواند خود متعهد یا ثالث اجرا کند. چنانچه متعهد تعهد را اجرا نکند، متعهدله می‌تواند حکم اجرای تعهد به هزینه متعهد را از دادگاه بگیرد. البته در حالت‌های عاجل نیاز به حکم محکمه نیست؛ به عبارتی، وقتی که اجرای تعهد مستلزم استعجال است، بدون حکم محکمه نیز می‌توان به هزینه متعهد تعهد را اجرا نمود (ماده ۸۲۰ قانون مدنی افغانستان). با آنکه مفاد مواد یادشده در خصوص تعهد است، شرط خسارت نیز که تعهد تبعی است احکام این مواد قانونی نسبت بدان تسری می‌یابد.

البته گفته شده است که در صورتی می‌توان مشروط‌علیه را مجبور به اجرای شرط یا تعهد نمود که امکان اجرای مستقیم تعهد وجود داشته باشد. چه در غیر آن، هرگاه امکان اجرای مستقیم تعهد وجود نداشته باشد یا مشروط‌علیه عوض اجرای تعهد، جبران خسارت را مطالبه نموده باشد و مدیون نیز برای اجرای مستقیم تعهد و شرط آمادگی نداشته باشد، قاضی در صورت وجود شرایط لازم، حکم به جبران خسارت خواهد داد (دانش، ۱۳۹۴: ۱۲۲؛ عبدالله، ۱۳۸۷: ۵۰۳). قسمت نخست ماده ۷۳۰ قانون مدنی افغانستان در این خصوص تصریح می‌دارد: «هرگاه متعهد نتواند وجبیه را در مورد عقد عیناً ایفا نماید یا اجرای وجبیه را از مدت معینه به تأخیر اندازد، محکمه می‌تواند علیه او حکم ضمان را صادر نماید...». البته دادگاه در صورتی حکم به جبران خسارت خواهد داد که از حکم به جبران خسارت، مشروط‌له متضرر نشود؛ به‌علاوه مشروط‌علیه آمادگی تنفیذ عینی را نداشته و مشروط‌له به‌عوض اجرای عین تعهد، جبران خسارت را مطالبه نموده باشد؛ زیرا در دعاوی مدنی، دادگاه ملزم به رسیدگی موضوعاتی است که خواهان خواستار آن شده است.

۳.۳. خیار فسخ برای مشروطه

اثر دیگری که برای شرط تعیین قراردادی خسارت می‌توان پیش‌بینی نمود، قائل شدن خیار فسخ برای مشروطه است. البته نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان در خصوص زمان اعمال حق فسخ تفاوت قائل‌اند؛ به این صورت که قانون مدنی ایران در صورت تخلف مشروط‌علیه از اجرای شرط نخست، حق اجبار به او داده است که مشروط‌له باید به حاکم رجوع و خواستار اجبار مشروط‌علیه گردد. چنانچه اجرای شرط ممکن نباشد، درنهایت مشروط‌له حق فسخ قرارداد را می‌یابد. چراکه قانون‌گذار ایران به‌منظور حفظ ثبات قراردادها و اقتضای اصل لزوم در صورت امکان اجبار مشروط‌علیه یا اجرای شرط از سوی دیگری، به مشروط‌له حق فسخ قرارداد را نمی‌دهد (ماده ۲۳۷ قانون مدنی ایران). به‌علاوه به استناد ماده ۲۳۹ قانون مدنی ایران مشروط‌له صرفاً در صورتی می‌تواند از این شیوه جبرانی مستفید گردد که اجرای شرط از سوی مشروط‌علیه و ثالث به بن‌بست رسیده باشد. بنابراین، به‌نظر می‌رسد که در حقوق ایران امکان فسخ قرارداد زمانی میسر خواهد بود که در قدم نخست امکان اجبار به اجرای شرط ممکن نباشد و مضاف بر آن، اجرای شرط قائم به شخص مشروط‌علیه بوده و امکان اجرای آن از سوی ثالث وجود نداشته باشد. همچنین نویسندگان حقوقی در مقام شرح و تفسیر مواد یادشده معتقدند که اجبار مشروط‌علیه به‌عنوان نخستین ضمانت اجرای تخلف از شرط است و فسخ به‌عنوان آخرین سازوکار تضمینی و حمایتی در جایی کاربرد دارد که امکان اجرای تعهد قراردادی وجود نداشته باشد (امامی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۲۹۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۳۲۳؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۴۵). آرای قضایی نیز نظریه یادشده را مورد تأیید قرار داده است؛ چنان‌که در رأی صادره از شعبه ۲۰۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۵۸۴ در تاریخ ۱۳ شهریور ۱۳۹۱ آمده است: «اگر مشروط‌له بخواهد به استناد امتناع شرط فعل ضمن عقد، قرارداد را فسخ کند، باید ابتدا الزام مشروط‌علیه را به ایفای شرط را از دادگاه درخواست کند و در صورت عدم امکان الزام از حق فسخ استفاده کند» (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۳: ۱۲۳). با وجود شهرت و حکومت نظریه اجبار به انجام شرط به‌عنوان اولین شیوه جبرانی در این اواخر، برخی از حقوق‌دانان (شیروی، ۱۳۷۷: ۴۷؛ صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۴۲؛ صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۲۹۷) به دلیل نتایج و آثار سوء آن تلاش نموده‌اند که فسخ ابتدایی در نظام حقوق ایران را مورد پذیرش قرار دهند. در مورد اعمال اجبار به اجرای شرط و فسخ قرارداد میان فقهای امامیه نیز اختلاف نظر وجود دارد:

گروه نخست که صاحب قول مشهور هستند، اجبار به انجام شرط را الزامی دانسته (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۳: ۱۹۱؛ نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳: ۲۱۹) و معتقدند که هرگاه مشروط‌علیه از عمل به مفاد شرط خودداری ورزد، مشروط‌له حق اجبار او به وفای شرط را دارد؛ چراکه وفای

به عهد و شرط به دلیل افاده عام از عمومات «اوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» بر متعهد یا مشروط‌علیه واجب است. همچنین هرگاه اجبار مشروط‌علیه امکان نداشته، ولی شرط از جمله شروط قائم به شخص نباشد یا قید مباشرت نشده باشد و اجرای آن از سوی ثالث امکان‌پذیر باشد، حاکم به هزینه مشروط‌علیه شرط را به وسیله دیگری انجام می‌دهد و چنانچه مشروط‌علیه از پرداخت هزینه خودداری ورزد، حاکم به میزان هزینه مصرف‌شده از دارایی او برمی‌دارد. مبنای آن برمی‌گردد به قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع»، و حاکم با در نظر داشتن این قاعده از مشروط‌له متضرر دفع ضرر می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۲: ۴۴). لذا می‌توان گفت مادامی که امکان اجبار مشروط‌علیه وجود دارد، مشروط‌له نمی‌تواند دست به اقدام دیگری (فسخ عقد) بزند. افزون بر آن، مقتضای قرارداد و شرط، مستلزم عمل طبق شرط است، اعم از اینکه با اختیار باشد یا اجبار. بنابراین، آنچه در اولویت نخست و اصلی شرط قرار دارد، بقای قرارداد اصلی و عمل به شرط است و تا زمانی که تعذر در اجرای شرط حادث نشده، حکم همچنان باقی است؛ اما هرگاه اجبار به انجام شرط متعذر شود، این حکم برداشته شده، مشروط‌له می‌تواند خواهان فسخ یا جبران خسارت از مشروط‌علیه گردد.

دلیلی که برای توجیه فسخ قرارداد در صورت تعذر اجرای مفاد شرط می‌توان ارائه داد، استناد به «خيار تعذر تسليم» در فقه امامیه است. بر مبنای خيار تعذر تسليم هرگاه عقد به‌طور صحیح واقع شود و پس از انعقاد، تسليم مورد تعهد (اجرای تعهد) برای یکی از طرفین متعذر گردد، سبب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل می‌گردد. خيار تعذر تسليم برای اولین بار از سوی شهید اول در فقه مطرح گردید. با اینکه ابتکار فقیه نامبرده مورد استقبال سایر فقها قرار نگرفته، اما امروزه در فقه امامیه در شمار سایر خيارات قرار گرفته است و در حقوق ایران نیز طرف‌دارانی دارد. شهید ثانی بر این باور است که هرگاه کالایی فروخته شود و تسليم آن متعذر گردد، ولی در آینده امکان تسليم و تسلیم آن باشد، برای طرف مقابل حق فسخ به‌وجود می‌آید (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۳: ۳۱۳). همچنین آیت‌الله مرعشی، از فقیهان شهیر امامیه در خصوص عقد بیع و سلم، معتقد است که هرگاه بعد از عقد تسليم مبیع به دلیل عارض شدن آفت، یا فروشنده به سبب عاجز شدن از به‌دست آوردن یا کمیاب شدن کالا و یا عذر دیگری نتواند مبیع را تسليم کند یا تسليم ثمن متعذر گردد، طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت (مرعشی، بی‌تا، ج ۲: ۲۶). در چنین مواردی عقد منفسخ نمی‌شود، زیرا عقد به‌طور صحیح واقع شده و متعاقباً تسليم متعذر شده است (حلی، بی‌تا، ج ۱: ۵۵۵). از فقهای معاصر، امام خمینی، نیز در صورت امتناع یکی از طرفین از تسليم برای طرف مقابل حق فسخ قائل شده است، منتها مبنای آن را تلقی عرفی نزد عقلا می‌داند. لذا هرگاه یکی از دو طرف از انجام تعهد خودداری ورزد، طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۵: ۳۷۲).

با اینکه قانون مدنی ایران به خيار تعذر تسليم تصریح نکرده است، اما برخی از استادان به

مواد ۲۳۹، ۲۴۰، ۳۸۰، ۴۷۷، و ۵۳۴ قانون مدنی استناد نموده و از مجموع این مواد پراکنده قاعده کلی «خیار تعذر تسلیم» در حقوق ایران را استخراج کرده‌اند و حکم مواد یادشده را به‌عنوان مصادیق قاعده کلی نسبت به تمامی عقود معاوضی اعم از تملیکی و عهدی قابل تسری می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۳۵۹؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۳۰۲). در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز هرگاه اجرای شرط متعذر گردد، عدالت معاوضی و جلوگیری از ضرر مشروطه مقتضی فسخ قرارداد است، تا خود را از زیر بار تعهد که مابازایی ندارد، رها سازد.

البته، حق فسخ به دلیل تعذر تسلیم در صورتی مصداق می‌یابد که تداوم عقد جنبه عقلایی و منطقی داشته باشد؛ به‌نحوی که به‌طور متعارف انتظار آن رود که تعذر برطرف خواهد شد یا بایع از تسلیم خودداری کند و اجبار وی به تسلیم امکان‌پذیر نباشد، بلکه امکان تسلیم و تسلّم آن به‌طور متعارف در آینده وجود داشته باشد. درغیر این صورت، چنانچه تسلیم به صورت دائمی متعذر گردد، عقد به دلیل تعذر تسلیم، منفسخ می‌شود (شیروی، ۱۳۸۳: ۱۷۸).

گروه دوم از فقهای امامیه اجبار به انجام شرط و فسخ را اختیاری دانسته و معتقدند که در صورت تخلف مشروط‌علیه از انجام شرط، مشروطه می‌تواند مستقیماً اجبار وی به انجام شرط را بخواهد یا از روش‌های دیگر برای جلوگیری از ورود ضرر و احقاق حق خود استفاده نماید (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۵: ۲۲۰؛ خوبی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۴۳). از سوی دیگر هیچ‌یک از این دو حق نسبت به همدیگر اولویت نداشته، این مشروطه است که با درنظر گرفتن مصالح خویش هرکدام را که مایل باشد، برمی‌گزیند. این دسته از فقها برخلاف نظریه مشهور معتقدند که به‌محض نقض قرارداد، حق فسخ برای مشروطه ایجاد می‌شود و این حق بستگی به تعذر اجرای قرارداد ندارد. در توجیه این نظریه به قاعده لاضرر استناد شده است؛ به این صورت که ممکن است رجوع به حاکم به‌منظور اجبار مشروط‌علیه باعث متضرر شدن مشروطه گردد، به این لحاظ نباید مشروطه را از فسخ قرارداد قبل از مراجعه به حاکم محروم ساخت (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۲: ۴۲)، بلکه باید وی مختار باشد تا بر مبنای مصالح خویش تصمیم به اجبار مشروط‌علیه گیرد یا از همان ابتدا قرارداد را فسخ و خود را از زیر بار پیمان زیان‌بار آزاد کند.

در حقوق افغانستان نیز هرگاه مشروط‌علیه از اجرای شرط خودداری ورزد، مشروطه می‌تواند قرارداد را فسخ کند (فرهمنند، ۱۳۸۷: ۱۲۵؛ جاکوبسون و همکاران، ۲۰۱۴: ۱۴۵). منتها مسئله‌ای که در این خصوص مطرح می‌شود اینست که ضمانت اجرای اولیه تخلف مشروط‌علیه از اجرای شرط چیست؛ آیا اجبار به اجرای شرط و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر هستند یا باید ثبات و استحکام قرارداد تا حد امکان حفظ شود و در صورت عدم امکان اجرای شرط، مشروطه قرارداد را فسخ کند. در پاسخ پرسش پیش‌گفته می‌توان گفت در نظام حقوقی افغانستان در صورت عدم ایفای تعهد و شرط از سوی مشروط‌علیه، مشروطه از همان ابتدا از حق فسخ و نیز اجبار به اجرای عین تعهد برخوردار است. به‌عبارتی، اجبار به اجرای تعهد و

فسخ قرارداد در عرض یکدیگر قرار دارند (رسولی، ۱۳۹۱: ۲۷۶؛ بشله و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۸۸؛ جاکوبسون و همکاران، ۲۰۱۴م: ۱۴۵؛ عبدالله، ۱۳۸۷: ۵۰۳)؛ اما برخی از نویسندگان افغان معتقدند که مشروطه صرفاً در صورتی می‌تواند اقدام به فسخ عقد کند که عمل به شرط بنابر دلایلی غیرمقدور باشد یا مورد اشتراط امر نامشروع باشد و یا اجرای شرط به نفع مشروطه نباشد (دانش، ۱۳۹۴: ۱۳۱). اما دیدگاه یادشده با قانون مدنی سازگار نیست، بلکه قانون مدنی افغانستان با تأیید نظریه نخست، اجبار به اجرای شرط و فسخ قرارداد را در عرض یکدیگر قرار داده است. به عبارتی، هرگاه مشروط‌علیه از اجرای شرط خودداری نماید، مشروطه هم‌زمان از حق اجبار به اجرای شرط و حق فسخ بهره‌مند می‌گردد. ماده ۷۳۹ قانون مدنی افغانستان در این مورد تصریح دارد: «هرگاه یکی از عاقدین در عقود در عقودی که الزام را به طرفین عقد متوجه می‌سازد و جیبه را ایفا ننماید، طرف مقابل می‌تواند فسخ عقد را ... از طرف دیگر مطالبه نماید...». به علاوه قسمت نخست ماده ۸۱۵ قانون مدنی افغانستان می‌گوید: «متعهد به ایفای عین آنچه تعهد نموده مکلف می‌باشد...». هرچند مفاد این مواد قانونی راجع به فسخ قرارداد و اجبار به اجرای تعهد است، اما با تنقیح مناط و تحلیل وحدت ملاک قابل تسری به موارد مشابه بوده و می‌توان به عنوان قاعده کلی حکم ماده یادشده را در مورد شروط از جمله شرط تعیین قراردادی خسارت نیز جاری دانست. به این ترتیب در حقوق افغانستان هرگاه مشروط‌علیه از اجرای شرط خودداری ورزد، مشروطه هم‌زمان از حق اجبار مشروط‌علیه و فسخ قرارداد برخوردار خواهد بود.

نتیجه

شرط تعیین قراردادی خسارت در نظام‌های حقوقی ایران و افغانستان یکی از ضمانت‌اجراهای قراردادی نقض قرارداد و شیوه‌ای حمایتی برای متعهدله‌ای است که به دلیل عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای آن متضرر شده است. بر مبنای این شرط، طرفین قرارداد توافق می‌کنند که در صورت عدم اجرای تعهد مبلغ مقطوعی را که متعاقدین برآورد نموده‌اند، متعهد باید پرداخت کند. در خصوص اینکه شرط یادشده بر چه مبنایی استوار است، به نظر می‌رسد امروزه هیچ‌یک از نظریه‌های سه‌گانه مطرح‌شده در این مقاله به‌تنهایی نمی‌تواند مبنای التزام به شروط و از آن جمله شرط تعیین قراردادی خسارت را تشکیل دهد، بلکه هرکدام به درجه اهمیت خود در ایجاد نیروی الزام‌آور آن‌ها نقش دارد.

در نهایت، مشروط‌علیه در گام نخست باید قرارداد اصلی را اجرا کند؛ چنانچه قرارداد را به اجرا درنیآورد، اصل لزوم مقتضی وفا به مفاد شرط (پرداخت خسارت مقطوع) از سوی مشروط‌علیه است. در نظام حقوقی ایران هرگاه مشروط‌علیه به اختیار مفاد شرط را اجرا نکند،

مشروطه صلاحیت اجبار او را به اجرای شرط می‌یابد که بر اساس آن می‌تواند از مقامات قضایی و ثبتی خواستار اجبار مشروط‌علیه شود. چنانچه امکان اجرای شرط متعذر گردد، مشروطه می‌تواند قرارداد را فسخ کند (ماده ۲۳۹ قانون مدنی ایران). اما در نظام حقوقی افغانستان در صورت عدم ایفای شرط از سوی مشروط‌علیه، مشروطه از همان ابتدا از حق فسخ و نیز اجبار به اجرای مفاد شرط برخوردار است؛ یعنی اجبار به مفاد شرط و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر قرار داشته، متعهدله با در نظر گرفتن منافع خویش خواستار اعمال یکی از آن دو از دادگاه می‌شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۸۳)، **حقوق مدنی**، ج ۱، تهران: کتاب فروشی اسلامی.
۲. بشله، ماری نوئل؛ شهرجردی، پیام؛ ژوبل، محمد عثمان؛ فائز، عبدالصیر؛ متین، برات علی؛ نجیب، ظل‌الرحمن (۱۳۹۲)، **دوره حقوق وجایب**، کابل: انتشارات سعید.
۳. پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی (۱۳۹۳)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۱**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۴. جاکویسون، سام؛ جانس، کریس؛ آرامش، آرش؛ اوکیون، یان؛ باسو، جوی؛ دی مارکو، پیتر؛ هامیلتون، ایریک؛ ریدیک، ترانه (۲۰۱۴م)، **مبانی حقوق وجایب افغانستان**، پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان دانشکده حقوق دانشگاه استنفورد.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (بی‌تا)، **دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت**، ج ۱، تهران: گنج دانش.
۶. خلیل، محمدابراهیم (۱۳۹۳)، «مبانی حقوق التزام در قانون»، **مجله قضا، ثور (اردیبهشت)**.
۷. دانش، حفیظ‌الله (۱۳۹۴)، **حقوق وجایب**، کابل: انتشارات مستقبل.
۸. رحیمی، محمد اسحق (۱۳۹۲)، «اصل لزوم قراردادها»، **مجله عدالت**، ش ۱۲۳.
۹. ----- (۱۳۹۵)، «ایفای تعهد قراردادی»، **مجله عدالت**، ش ۱۶۱.
۱۰. رسولی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، **قواعد عمومی قراردادها**، کابل: انتشارات امیری.
۱۱. شعبانی، قاسم (۱۳۸۵)، **تعیین خسارت در قراردادها و تعهدات**، تهران: انتشارات اطلاعات.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، **شروط ضمن عقد**، تهران: مجد.
۱۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷)، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، **مجله مجتمع آموزش عالی قم**، ش ۱.

۱۴. ----- (۱۳۸۳)، «خيار تعذر تسليم در فقه اماميه»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۶ (۳) فقه.
۱۵. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴.
۱۶. صفایی، سید حسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: نشر میزان.
۱۷. صفایی، سید حسین و الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۹)، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، حقوق تطبیقی، ج ۵، ش ۲.
۱۸. عبدالله، نظام‌الدین (۱۳۸۷)، حقوق مدنی قواعد عمومی عقود، کابل: انتشارات سعید.
۱۹. عمید زنجانی، عباس‌علی (۱۳۸۸)، آیات احکام، تهران: مجد.
۲۰. الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۶)، «تأملی در مبانی و مفاد الزام و التزام در قراردادها»، مجله فقه و حقوق، ش ۱۲.
۲۱. فرهمند، حمیدالله (۱۳۸۷)، موجبات فسخ عقد مطابق حقوق ایران و افغانستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشکده حقوق، دانشگاه بین‌المللی اهل بیت.
۲۲. قاسمی حامد، عباس (۱۳۹۳)، جزوه حقوق مدنی پیشرفته، مقطع دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۲۳. قویم، احمد فهیم (۱۳۹۰)، «اثر شرط در عقود از دیدگاه فقه‌های اسلامی و پیامد حقوقی آن»، مجله قضا، ثور (اردیبهشت).
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر میزان.
۲۵. ----- (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. ----- (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، قواعد فقه مدنی، ج ۲، تهران: سمت.
۲۸. منافعی، محمدتقی (۱۳۸۹)، «شرط ضمن عقد و حمایت برتر از حقوق زن در ازدواج»، مجله عدالت، ش ۹۲.

ب) عربی

۲۹. قرآن کریم.
۳۰. الجمال، مصطفی؛ ابو السعود، رمضان محمد؛ ابراهیم سعد، نبیل (۲۰۰۶م)، مصادر و احکام الالتزام، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۳۱. حلی، علامه (بی‌تا)، تذکره الفقها، ج ۱، تهران: مکتبه الرضویه لاحیاء لآثار الجعفریه.
۳۲. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۶۳)، البیع، ج ۵، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

٣٣. خویی، ابوالقاسم (١٤١٠ق)، **منهاج الصالحین**، ج ٢، قم: مدينه العلم.
٣٤. شهيد ثاني، زين الدين بن علي العاملي (بي تا)، **الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه**، ج ٣، بيروت: دارالعالم الاسلامي.
٣٥. شهيد ثاني، زين الدين بن علي العاملي (١٤١٤ق)، **مسالك الافهام**، ج ٣، قم: مؤسسه معارف اسلامي.
٣٦. مرعشي، شهاب الدين (بي تا)، **منهاج المومنين**، ج ٢، قم: كتابخانه عمومي حضرت آيت الله العظمي مرعشي نجفي.
٣٧. نجفي، شيخ محمدحسن (١٣٦٧)، **جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام**، ج ٢٣، تهران: دارالكتب الاسلاميه.