

## Research Paper

### The Approach of American and Iranian Law to Unfair Contractual Terms

**Golchehre Omara<sup>1</sup>, Tayeb AfsharniaHi <sup>\*2</sup>, Mohammad Reza Fallah<sup>3</sup>**

1. PhD Researcher in Private Law, United Arab Emirates Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran
2. Assistant Professor, Department of Private Law, West Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran
3. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Shahid University, Tehran, Iran

#### ARTICLE INFO

**PP:** 141-153

Use your device to scan and read  
the article online



**Keywords:** *Unfair obligations, American law, Iranian law*

#### Abstract

Knowing the place of legal concepts is the first step in explaining legal principles and rules and their implementation. Throughout history, the method of discussion and investigation by researchers in jurisprudence and law has been by disconnecting from the mental concept abstracted from its origin and origin, so that after discovering a concept free from the custom and perception of people, its authenticity and nature and the issues and The legal issues related to it have been taken into consideration and the jurisprudential and legal challenges of these natures in contracts and transactions at the micro and macro level, which were caused by the lack of recognition of the rules governing these relationships, have been explained and rooted one by one. One of these legal phenomena is the issue of unfair obligations, which may be the source of voluntary or forced disputes after the conclusion. The conducted studies show that preventing the creation of more gaps between the strong party with a dominant status and the weak party with a less privileged status as the ideal of justice seekers, has finally led to the approval of Directive 13/93 of the European Union, the member states of each concept of absolute nullity. , relative nullity or protection based on which the nullity of a condition can occur "exclusively" in favor of the weaker party, have been recognized as a guarantee of the unfair implementation of contractual terms. On the other hand, the acceptance of the theory of unconscionability in the United States of America goes back to the adoption of this principle in the uniform commercial law in the middle of the 20th century, which was created with the aim of creating a single legal body throughout the United States, and explicitly choosing the performance guarantee as a subject matter. Assigned to the court. In Iranian law, the capabilities available in jurisprudence as well as the adherence of judges to legal principles and interpretation techniques can be useful, among which the most important ones are the reference to public order, harmlessness and abuse of the state of emergency, but the result of the research indicates the need for action. Legislator clearly has.

**Citation:** Omara, Gh., AfsharniaHi, T., Fallah, M.R.. (2024). **The Approach of American and Iranian Law to Unfair Contractual Terms.** Geography (Regional Planning), 14(56), 141-153

**DOI:** 10.22034/jgeoq.2024.248403.2719

\* **Corresponding author:** Tayeb Afsharnia, **Email:** [afsharnia59@gmail.com](mailto:afsharnia59@gmail.com)

Copyright © 2024 The Authors. Published by Qeshm Institute. This is an open access article under the CC BY license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## Extended Abstract

### Introduction

One of the important issues raised regarding the rights of contracts is the determination and inclusion of obligations in contracts. In any case, the parties to the contract have goals and objectives in mind and take action to achieve these goals. Iran's law has not faced any special prohibition to determine the obligation in contracts. These types of obligations are often based on the abuse of the weakness of the other party to the contract or with the aim of benefiting from the optimal contractual conditions. In some legal systems, these types of obligations have faced opposition and even legislation has been passed to reject the conditions based on these types of obligations, which is a clear example of these legal systems, the United States, but despite this, in some other From the legal systems, there is not necessarily an explicit prohibition in this regard in the laws and regulations related to contract law, although sometimes in judicial practice and mostly in the analysis of lawyers, such obligations are known as a violation of contractual fairness and justice. The question that can be examined is, what is the approach of Iranian and American law to excessive obligations in contracts and transactions?

### Methodology

The method of this research is based on descriptive-analytical method. To collect data, review and collect the available documents related to the discussed subject in the form of a library study and then analyze and review the desired literature.

### Results and Conclusion

In order to eliminate the shortcomings and apply the civil liability laws, based on general rules and sometimes expediency, "damages that can be claimed in contractual liability" are proposed as follows. Regarding cases where the parties have explicitly determined the amount of damages in

the contract; Two assumptions can be made: first) in the form of commitment, second) in the form of non-responsibility condition. Sometimes the terms and contracts regarding the limitation or non-liability also have general conditions of validity, but because they are against public order, they are null and void and do not have general influence, so they cannot be relied upon in damages lawsuits. The will of the parties in these terms and contracts cannot change the concept of fault or the rules for claiming damages because the criterion of fault is social and social and the rules for claiming damages are related to public order and order; However, in cases where the parties have not agreed on the amount of damages, three assumptions are made: a) determination of damages by law b) determination of damages by the court: c) determination of damages by the parties. It should be added that the solution that is considered in American law to adjust the exorbitant liability is the solution of implementing the rule of dealing with damages. In this case, it should be said that the damage of the delay in the fulfillment of the obligation can be accumulated with the execution of the obligation, but the damage of not fulfilling the obligation is in lieu of the principle of the obligation and cannot be collected with it; Because if the obligation is fulfilled, no damage will be caused to the other party, and also if the obligation is not fulfilled, the damage that will be judged, apart from the main obligation, it is mandatory to deal with the damage as a legal principle and an indisputable custom in the field. has been accepted internationally and not mentioning this rule in Iranian law does not prove its negation. Since the relevant issues do not have any contradictions with the principles accepted in the Islamic legal system, therefore, this gap can be compensated in Iranian law in terms of the discussed rules. In the American legal system, if the agreed amount is unfair, the court is allowed to adjust the damages, and even if the condition is considered punitive or invalid, to determine the amount of damages, the traditional calculations of the rule of dealing with damages are applied.

### References

1. Haeri, Masoud. (2018) An analysis of Article 10 of the Civil Code ((Principle of Freedom of Contracts)), first edition, Tehran: Kayhan Institute. [In Persian]
2. Hossein Abadi, Amir. (1389) Examining the obligations included in the contract, a collection of late payment penalty articles, (fatwas of imitation authorities, banking laws and regulations, scientific articles), first edition, Tehran: Jungle Publications in

- collaboration with the Monetary and Banking Research Institute, Central Bank Islamic Republic of Iran. [In Persian]
3. Katouzian, Nasser. (2013) Civil Laws (General Rules of Contracts), 6th Edition, Tehran: Publishing Company. [In Persian]
  4. Katouzian, Nasser. (2019) Philosophy of Law, Tehran: Publishing Company. [In Persian]
  5. Khandani, Pedram. (2018). Obligations in contracts, third edition, Tehran: Khorsandi Publications. [In Persian]
  6. Maqsodi Pashaki Reza. (2008). A comparative study of commitment. Doctoral dissertation on private law. Faculty of Humanities, Shahid Beheshti University. [In Persian]
  7. Moradi Messenger. (2013). Obligation in construction partnership contracts. Master thesis of private law. Faculty of Humanities. Shahid Beheshti University. [In Persian]
  8. Razavizadeh. Seyed Masoud. (2015). Advantages and disadvantages of determining the obligation in the contract. Master's thesis in private law. Faculty of Humanities. Shahid Beheshti University. [In Persian]
  9. Rezaei, Ali. (2016). The influence of Cairo authority on the demand for contractual obligations. Voting Quarterly. 4(13), 211-186. [In Persian]
  10. Saeeda. (1400). Obligation in bank contracts. Master thesis of private law. Faculty of Humanities. University of Tehran. [In Persian]
  11. Safai, Seyyed Hossein. (2004) New Concepts in Civil Rights, Tehran: Tehran University Press. [In Persian]
  12. Safavid Samia Sadat. (2013). The functions of the deposit requirement in the law of consumer contracts. Master thesis of private law. Faculty of Humanities. Shahid Beheshti University. [In Persian]
  13. Sanhoury, Abdul Razzaq Ahmad. (2019) Course on the Law of Obligations, Qom: Qom University Press. [In Persian]
  14. Senhoury, Abd al-Razzaq Ahmad. (1409 A.H.) Al-Wasit, third edition, Cairo: Dar al-Nahdah al-Arabiya. [In Persian]
  15. Shaareyan, Ebrahim. (1388) A comparative study of obligation, first edition, Tehran: Samit Publications. [In Persian]
  16. Skini, Rabia et al. (2016). Adjustment of obligation in international contracting contracts. Journal of Comparative Law. 13 (107), 1-55. [In Persian]
  17. Skini, Rabia. (2019). Obligation in international contracts. Law magazine. (29), 131-99. [In Persian]

## مقاله پژوهشی

### رویکرد حقوق آمریکا و ایران به شروط ناعادلانه قراردادی

گلچهره امراء- پژوهشگر دکتری تخصصی حقوق خصوصی، واحد امارات متحده عربی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

طیب افشارنیا\*- استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

محمدرضا فلاح- دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

| اطلاعات مقاله                                                                                                                                                                               | چکیده                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>شماره صفحات: ۱۴۱-۱۵۳</p> <p>از دستگاه خود برای اسکن و خواندن مقاله به صورت آنلاین استفاده کنید</p>  | <p>شناخت جایگاه مفاهیم حقوقی نخستین گام در تبیین اصول و قواعد حقوقی و اجرای آن است. در طول تاریخ شیوه بحث و بررسی محققان در ماهیات فقهی و حقوقی با قطع رابطه از مفهوم ذهنی انتزاع شده از منشأ و خاستگاه آن بوده است به طوری که بعد از کشف یک مفهوم فارغ از عرف و تلقی مردم، اصالت و ماهیت آن و مسائل و موضوعات حقوقی مرتبط با آن مورد توجه قرار گرفته و چالشهای فقهی و حقوقی این ماهیات در قراردادها و معاملات در سطح خرد و کلان که ناشی از عدم شناسایی قواعد حاکم بر این روابط بوده است یک به یک تبیین و ریشه یابی شده است. یکی از این پدیده های حقوقی موضوع وجه التزامهای غیر منصفانه است که پس از انعقاد ممکن است سرمنشأ بروز ارادی یا قهری اختلافات باشد. مطالعات انجام شده نشان میدهد جلوگیری از ایجاد شکاف بیشتر بین طرف قوی برخوردار از وضعیت مسلط و طرف ضعیف کم برخوردار به عنوان آرمان عدالت طلبان، در نهایت منجر به تصویب دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا شده، دولت های عضو هر یک مفهومی از بطلان مطلق، بطلان نسبی و یا حمایتی را که بر مبنای آن، بطلان یک شرط می تواند "منحصرأ" به نفع طرف ضعیف رخ دهد، به عنوان ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی به رسمیت شناخته اند. از سوی دیگر پذیرش نظریه خلاف وجدان بودن در ایالات متحده آمریکا به اتخاذ این اصل در قانون متحدا لشکل تجاری در نیمه قرن بیستم باز می گردد که با هدف خلق اندام حقوقی واحد در سرتاسر آمریکا بوجود آمده و صراحتاً انتخاب ضمانت اجرا را به عنوان یک امر موضوعی به دادگاه محول کرده است. در حقوق ایران قابلیت های موجود در فقه و نیز تمسک قضات به اصول حقوقی و تکنیک های تفسیری می تواند کارگشا باشد که از جمله مهم ترین آنها استناد به نظم عمومی، لاضرر و سوء استفاده از وضعیت اضطرار می باشد لیکن دستاورد تحقیق حکایت از لزوم اقدام صریح قانونگذار دارد.</p> |

#### واژه های کلیدی:

التزام های غیر منصفانه، حقوق آمریکا، حقوق ایران

استناد: امراء، گلچهره؛ افشارنیا، طیب؛ فلاح، محمدرضا (۱۴۰۳). رویکرد حقوق آمریکا و ایران به شروط ناعادلانه قراردادی. فصلنامه

جغرافیا (برنامه ریزی منطقه‌ای)، ۱۴(۵۶). صص: ۱۴۱-۱۵۳

DOI: 10.22034/jgeoq.2024.248403.2719

## مقدمه

یکی از مباحث مهم مطرح در باب حقوق قراردادهای تعیین و درج وجه التزام در قراردادهاست. به هر حال، طرفین قرارداد از انعقاد آن، اهداف و مقاصدی در سر دارند و برای نیل به رسیدن به این اهداف، اقدام می کنند. در بسیاری از موارد، طرفین قراردادهای برای آنکه طرف مقابل را بیش از پیش، تحریک یا وادار به ایفای تعهدات قراردادی کنند، اقدام به درج و تعیین شرط وجه التزام در قراردادهای می کنند. حقوق ایران، تعیین وجه التزام در قراردادهای را مواجه با منع خاصی نکرده است. با این حال، گاه ممکن است هر یک از طرفین قرارداد به بهانه تحریک یا وارد کردن طرف مقابل، اقدام به تعیین و درج وجه التزام هایی نامتعارف کنند که در عرف قضایی و نیز در لسان برخی حقوقدانان، به وجه التزام گزاف نیز شهره است. این نوع وجه التزام ها غالباً مبتنی بر سوء استفاده از ضعف طرف مقابل قرارداد و یا با هدف انتفاع از شرایط قراردادی بهینه به صورت غیر منصفانه تعیین می شوند.

در برخی نظام های حقوقی، این نوع وجه التزام ها با مخالفت روبرو شده است و حتی قانونگذاری در جهت رد شروط مبتنی بر این نوع وجه التزام ها صورت گرفته است که نمونه بارز این نظام های حقوقی، آمریکا است ولی با وجود این، در برخی دیگر از نظام های حقوقی، لزوماً منع صریحی در این باره در قوانین و مقررات مربوط به حقوق قراردادهای مشاهده نمی شود هرچند گاه در رویه قضایی و بیشتر در تحلیل حقوقدانان، اینچنین وجه التزام ها به مثابه عدول از انصاف و عدالت قراردادی شناخته شده اند. مصداق آشکار این نظام های حقوقی، ایران است. سوالی که می توان در مقام بررسی آن بود این است که رویکرد حقوق ایران و آمریکا به وجه التزام های گزاف در قراردادهای و معاملات چیست؟

## مبانی نظری

### جایگاه وجه التزام در حقوق قراردادهای

ماده ۲۳۰ قانون مدنی اشعار می دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.» با توجه به قصد طرفین در قرارداد، وجه التزام می تواند به دو صورت در قرارداد گنجانده شود: وجه التزام بابت عدم اجرای تعهد و وجه التزام بابت تأخیر در انجام تعهد. در حالت اول قصد طرفین این است که وجه التزام بدل از تعهد اصلی باشد یعنی در صورت عدم انجام تعهد از سوی متخلف، متعهدله (شخصی که شرط به نفع او شده است) از راه مطالبه وجه التزام بتواند بدل انجام تعهد را مطالبه کند که در این صورت، متعهد از اجرای تعهد نیز معاف خواهد گردید. بنابراین کسی که شرط به نفع اوست حق انتخاب بین انجام تعهد توسط متعهد یا دریافت وجه التزام از او را خواهد داشت.

در مورد این حالت می توان افزود وجه التزام عدم انجام تعهد مبلغی است که در صورتی که یکی از طرفهای قرارداد در انجام تعهد خود تخلف کند باید بپردازد. مبلغ خسارت عدم انجام تعهد طبق توافق طرفین در قرارداد قید می شود که معمولاً یک مبلغ مقطوع و ثابت است. این خسارت با گذر زمان یا با نظر قاضی قابل تغییر نیست. لازم به توضیح است عده ای از حقوق دانان بر این باور هستند که خسارت عدم انجام تعهد بدل تعهد اصلی است، یعنی در صورتی که ناقض قرارداد این خسارت را بپردازد می تواند تعهد قراردادی خود را انجام ندهد؛ بنابراین توصیه می شود در صورت نیاز به قابل جمع بدون تعهد اصلی و خسارت عدم انجام تعهد در قرارداد تصریح گردد. (حسین آبادی، ۱۳۸۹: ۱۹۹)

در حالت دوم قصد طرفین قرارداد از تعیین وجه التزام، تحکیم اجرای تعهد است و خسارت جهت تأخیر در انجام تعهد تعیین می گردد که در این صورت دادگاه متخلف را به مبلغی که توافق شده است محکوم خواهد نمود. در اینجا متخلف علاوه بر محکومیت به وجه التزام، موظف به انجام تعهد مورد توافق نیز می باشد. در مورد این حالت می توان اضافه کرد که وجه التزام تأخیر در انجام تعهد، در واقع خسارتی است که برای تأخیر در اجرای تعهد پیش بینی شده است. این وجه معمولاً به صورت پلکانی قابل افزایش است. لازم به ذکر است این نوع از وجه التزام با خسارت اصل قابل جمع است حتی اگر در قرارداد به این امر تصریح نشود. در واقع ناقض قرارداد باید هم تعهد اصلی را ایفا کند هم خسارت تأخیر در ایفای تعهد را بپردازد. (رضایی، ۱۳۹۶: ۷۱)

در مورد جایگاه وجه التزام در تعهدات پولی می توان گفت از مباحث مهم حقوق قراردادهای ضمانت اجرای نقض قرارداد است، مقصود از تعیین وجه التزام در تعهدات پولی این است که از طریق تعیین مبلغ مشخصی، مدیون را مقید به پرداخت در سررسید

نمائیم. این یک ضمانت اجرای صحیح است و ربا محسوب نمی‌گردد چرا که در ربا مقصود به دست آوردن سود از همان ابتدا و در ازای تمديد مهلت است. با این حال در گذشته بسیاری از محاکم نسبت به تعیین توافقی وجه التزام در تعهدات پولی در قرارداد رفتار دوگانه ای داشتن و آرای متناقضی صادر می نمودند. علی رغم اینکه ماده ۲۳۰ قانون مدنی، آزادی اراده افراد را در تعیین هر میزانی از وجه التزام در قرارداد را محترم شمرده است. ( مصداقی، ۱۳۹۵: ۹۱)

با این حال در گذشته بسیاری از محاکم نسبت به وجه التزام تعیینی طرفین در قرارداد معتقد به تفکیک آن در تعهدات پولی و تعهدات غیر پولی بودند. بدین صورت که برخی با این تفسیر که ماده ۲۳۰ قانون مدنی تنها به تعهدات غیر پولی اختصاص دارد توافق به هر میزان از وجه التزام را معتبر و ملاک عمل جهت صدور رای می دانستند. اما در خصوص تعهدات پولی با استناد به قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی، وجه التزام تعیینی را فقط تا سقف نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی مجاز دانسته و نسبت به مازاد آن حکم صادر نمی نمودند. تا اینکه با صدور رای وحدت رویه شماره ۸۰۵ - ۱۶/۱۰/۱۳۹۹ به این اختلافات پایان داده شد و تعیین وجه التزام در تعهدات پولی نیز همانند تعهدات غیر پولی به استناد ماده ۲۳۰ قانون مدنی تابع توافق طرفین و حتی به بیش از میزان نرخ تورم اعلامی بانک مرکز صحیح و معتبر دانسته شد. در این رأی مقرر شده است: «... تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تاخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیشتر از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است...»

### اهمیت درج وجه التزام در قراردادها

دو نفر، قراردادی می‌بندند که شرایط صحت معامله نیز در آن، رعایت شده، قرارداد، بین آن‌ها لازم الاجرا می‌باشد. یعنی دو طرف، مکلف و موظف به اجرای آن هستند. طرفین قرارداد، می‌توانند، هر شرطی که باطل نبوده یا مبطل قرارداد نباشد را، در قراردادهای خود، درج کنند. یکی از شروطی که طرفین قرارداد، به طور معمول، در قراردادهای مالی، جهت تضمین حقوق خود و جلوگیری از ورود خسارت و ضرر، ذکر می‌کنند، شرط وجه التزام است. وجه التزام، شرطی است که به موجب آن، مبلغی پیش بینی می‌شود تا در صورت استتکاف متعهد از انجام مسئولیت قراردادی خود یا تاخیر در انجام آن، به طرف دیگر قرار داد بپردازد. ( مقصودی پاشاکی، ۱۳۸۸: ۱۸۴)

در بیان فقهی، وجه التزام، مطابق زیر، تعریف شده است: مبلغی است که متعاقدين، در حین انعقاد عقد، به موجب توافق (خواه ضمن همان قرارداد اصلی، خواه به موجب موافقت مستقل، که در این صورت باید پیش از بروز تخلف متعهد از تعهد باشد)، به عنوان میزان خسارت (مادی یا معنوی) (محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تاخیر در اجرای تعهد، پیش‌بینی کرده و بر آن توافق کنند. چنین توافقی، هرگاه به صورت شرط ضمن عقد باشد، شرط جزاء یا شرط کیفری نامیده شده است. در واقع، وجه التزام قراردادی، جریمه دیرکرد اجرای قرارداد در غیر موعد مقرر یا خسارت عدم انجام قرارداد، به طور کل می‌باشد که حتماً باید، به عنوان یک شرط مورد توافق، توسط دو طرف قرارداد، پذیرفته شده باشد. شرط وجه التزام، می‌تواند ضمن قرارداد اصلی باشد یا به موجب توافقی مستقل از قرارداد، شرط شده باشد. مهم، این است این توافق، قبل از بروز خسارت انجام گیرد. در این صورت، می‌توان بر اساس شرایط دریافت آن در قانون، و در صورت تخلف از انجام تعهد یا تاخیر در انجام آن، اقدام به مطالبه وجه التزام نمود. ( مرادی، ۱۳۹۳: ۵۹)

در صورت رعایت شرایط صحت قرارداد، قرارداد نسبت به طرفین آن لازم‌الاجرا را می‌گردد. طبق ماده ۲۳۰ قانون مدنی برای مطالبه وجه التزام رعایت شرایط زیر ضروری است: اثبات وجود قرارداد، اثبات تعهد طرف قراردادی، پیش‌بینی شرط وجه التزام پیش از وقوع نقض و خسارت و اثبات نقض تعهد توسط یکی از طرف‌های قرارداد. طبق ماده ۲۳۰ قاضی نمی‌تواند مبلغ وجه التزام را تغییر دهد. رویه برخی دادگاه‌ها مابین خسارت و وجه التزام تفاوت قائل می‌شود. به صورتی که در خصوص خسارت، اثبات ورود ضرر لازم می‌شود. درحالی‌که صرف اثبات نقض تعهد برای دریافت وجه التزام کافی است. ( شعاریان، ۱۳۸۸: ۱۸۱)

### اصل آزادی قراردادی

اصل آزادی قراردادی پس از بروز نابرابری‌های زندگی اجتماعی و اعمال قدرت صاحبان زور، به منظور اعطای حق آزادی قراردادی برابر به همگان، حرکت در مسیر عدالت قراردادی را در پیش گرفت. نفوذ و قدرت اصل آزادی قراردادی که انعکاسی زیبا از تئوری حاکمیت اراده بود، دوران شکوفایی خود را در قرن نوزدهم سپری نمود. اصلی قدرتمند به وجود آمد که هر استثنایی بر آن نیازمند توجیهاتی قوی بود. با این حال حرکتی معکوس را نیز در پیش گرفت چراکه با تحولات اجتماعی و تجاری روز افزون، آن چه که برابری نام می‌گرفت کم رنگ و زیبایی خود را از دست می‌داد. زندگی اجتماعی در دنیای تجاری تخصصی روز به روز به استثناهای این امر مقدس اضافه نمود تا به تدریج تابوی آن شکسته شود. با وجود نابرابری در زمینه‌های مختلف از جمله هوش، استعداد، تجربه، اطلاعات، تحمل ریسک و خطر، نابرابری در قدرت چانه‌زنی بوجود آمد که نتیجه‌ای جز غلبه‌ی قوی بر ضعیف نداشت. عوامل محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی که برخاسته از اراده‌ی جمعی بودند به منظور مقابله با نابرابری‌ها و غلبه‌ی قوی بر ضعیف تمام قدرت خویش را بکار بستند.

در نظام حقوقی ایران هردو جنبه در کنار هم قابل رؤیت است. ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران تجلی‌گاه اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست. قانونگذار قراردادهای خصوصی اشخاص را نافذ می‌داند. اما پس از آن اعمال بی قید و شرط آن را بر نمی‌تابد و بیان می‌دارد قراردادهای مخالف صریح قانون نافذ نمی‌باشد. چنانکه در مواد ۹۷۵ همان قانون و ۶ قانون آیین دادرسی مدنی نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران قدرت و توان همراهی با تحولات روزافزون روابط اجتماعی و تجاری را دارا می‌باشد. اصل آزادی قراردادی را به عنوان ابزاری مفید و مؤثر در رفاه فردی و اجتماعی به عنوان یک اصل می‌پذیرد لیکن بیان می‌دارد قانون آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه باید در جهت نیل به اهداف این اصل آن را یاری نماید و هر جا این اصل دستاویزی برای نفع شخصی مضر به حال جامعه قرار گرفت این ابزارها وسیله‌ی مبارزه با آن خواهند بود.

مهم‌ترین حقی که اصل آزادی قراردادی به شخص اعطا می‌نماید حق انعقاد قرارداد است. فرد، در یک محیط سرشار از برابری در انعقاد عقد حق خواهد داشت. هیچکس نمی‌تواند یک انسان آزاد را از انعقاد قراردادی دلخواه منع کند و یا وی را الزام به انعقاد عقد نماید. اما این حق زاده‌ی اجتماع و زندگی اجتماعی فرد است. لذا هر جا با مصلحت اجتماع در تعارض باشد ابزارهای قانونی - اجتماعی (قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه) به کمک جامعه آمده و فرد را به مسیر عدالت هدایت می‌کنند. بنابراین شناخت این ابزارها و ویژگی‌های آنان بسیار اهمیت دارد، چراکه نباید از آن‌ها در جهت نیل به اهداف و اغراض شخصی فرد یا گروهی استفاده نمود.

از سوی دیگر، به استناد اصل آزادی قراردادی، افراد نمی‌توانند وارد فضای حقوق و تعهدات ناشی از قراردادهایی شوند که به نحوی دربردارنده شروطی هستند که از لحاظ قانونی یا عرفی، شرط ناعادلانه یا غیرمنصفانه ارزیابی می‌گردند. تعریف مفهوم و ماهیت این قبیل شروط را در جای خود ارائه خواهیم نمود اما به عنوان مقدمه بحث در اینجا فقط به این مختصر اشاره می‌کنیم که در حقوق قراردادهای نوین، شروط ناعادلانه یا غیرمنصفانه به عنوان استثنایی بر اصل آزادی قراردادی و در واقع به عنوان عامل تحدید این اصل شناخته می‌شوند.

### اصل حاکمیت اراده

تاثیر اراده افراد در تکوین عقد و تعیین آثار آن همواره از مسائل مهم مطرح در حقوق قراردادها بوده است. مطالعه جریان پیدایش و تکامل اصل حاکمیت اراده در نظام‌های فکری و حقوقی جهان مبین این واقعیت است که پذیرش و شناسایی آن در طول زمان همواره با فراز و فرودهای زیادی همراه بوده و مسیر ثابتی را نیپیموده است. در این قسمت، ابتدا مبانی و مفهوم اصل حاکمیت اراده و سپس مفهوم و مبانی اصل آزادی قراردادی را بررسی می‌کنیم. سپس آثار و نتایج اصل آزادی قراردادی و سپس حدود این اصل را بررسی خواهیم کرد. در نهایت نیز شروط غیرمنصفانه و ناعادلانه را به عنوان عامل تحدید اصل آزادی قراردادی و به مثابه استثنایی بر اصل آزادی قراردادی مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

### مبانی و مفهوم اصل حاکمیت اراده

ابتدا مبانی و سپس مفهوم اصل حاکمیت اراده را بررسی خواهیم کرد.

### مبانی اصل حاکمیت اراده

پیشینه اصل حاکمیت اراده، با مفهومی که امروزه از آن شناخته می‌شود به چند قرن اخیر باز می‌گردد؛ به نحوی که مجرد اراده طرفین در جوامع اولیه به عنوان سبب ایجاد تعهد و التزام مطرح نبوده است. به عنوان مثال در حقوق رم، در ابتدا اصل بر تشریفاتی بودن قراردادها بود و اراده افراد در ایجاد روابط حقوقی نقش چندانی ایفا نمی‌کرد. به تدریج گسترش معاملات و ضرورت‌ها و مقتضیات مربوط به آن و همچنین پیشرفت‌های فکری، نظری سبب شد تا سهم اراده در ایجاد التزامات حقوقی مورد توجه واقع شود و به تبع آن عقود رضایی در کنار عقود تشریفاتی به رسمیت شناخته شود. (سنه‌وری، ۱۳۷۳: ۱۵۶)

در دوره قرون وسطی نیز به ویژه تا پایان قرن دوازدهم میلادی، همچنان عقود تشریفاتی رواج داشت ولی از آن به بعد تحت تاثیر عواملی مثل تعالیم مذهب مسیحیت که برای انسان و اراده او اهمیت والایی قائل می‌شد و همچنین رونق اقتصادی و توسعه محدوده معاملات و توسعه دولت و مداخله روزافزون آن در روابط حقوقی افراد، نقش اراده انسان در عرصه حقوق پررنگ تر شد به نحوی که در اواخر قرن شانزدهم میلادی، اصل حاکمیت اراده به صورت یک قاعده ثابت درآمد. (حائری، ۱۳۷۰: ۱۳-۱۴)

شناسایی اصل حاکمیت اراده که خصوصاً در قرن هجدهم میلادی به اوج خود رسید، متأثر از نظریه‌های مکتب فردگرایی (اصالت فرد) است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۴۳) که در جنبه‌های مختلف اقتصادی، سیاسی، فلسفی و حقوقی حیات بشر نفوذ یافت. به موجب این نظریه، هدف حقوق تامین آزادی فردی و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی اوست زیرا آنچه در عالم خارج وجود دارد انسان است و اجتماع جز توده‌ای از انسان‌ها نیست. بی‌گمان، انسان به تنهایی نمی‌تواند موضوع علم حقوق قرار گیرد و روابط اشخاص است که تصور وجود حق و تکلیف را ممکن می‌سازد؛ با این حال آنچه هدف اصلی قواعد حقوقی را تشکیل می‌دهد، حمایت از منافع اوست و اجتماع وسیله‌ای است که با استفاده از آن، شخص می‌تواند حقوق خود را اجرا کند. (همان: ۴۵۰)

در مکتب حقوق فردی، استقلال اشخاص از نظر حقوقی در برابر هم به رسمیت شناخته شده است و این وظیفه حقوق است که با تنظیم روابط افراد، همزیستی آنان را خصوصاً در مواردی که منافعتشان در جامعه با هم تعارض پیدا می‌کند، ممکن سازد. طبق نظریه‌های فردگرایی، که تعالیم مذهب مسیحیت و کرامت و احترامی که حکمای فردگرا برای استقلال انسان بیان کرده‌اند، در پیدایش آن موثر بوده است؛ همان گونه که از نظر فلسفی اندیشیدن نشانگر وجود انسان است، داشتن اراده نیز نشانه شخصیت او است.

مبانی فلسفی و فکری مکتب حقوق فردی، آثار مهمی در جنبه‌های مختلف حیات سیاسی، اقتصادی و حقوقی بشر به دنبال دارد. از نظر سیاسی در این مکتب، تمام قوای مملکت ناشی از مردم است و دولت‌ها وظیفه دارند که هرچه بیشتر آزادی فرد را تامین کنند. دولت وسیله حکومت مردم بر مردم است و هیچ فرد یا مقامی حق ندارد خود را برتر از دیگران و حاکم بر آنان بداند. از نظر اقتصادی طبق این تئوری، رقابت در امور تجاری، پایه و اساس اقتصاد را تشکیل می‌دهد و مبارزه‌ای که اشخاص برای حفظ منافع خصوصی خود می‌کنند در نهایت به سود منافع عمومی خواهد بود؛ قیمت‌ها طبق قانون عرضه و تقاضا معین می‌شود و رقابت بر سر کسب سود بیشتر در نهایت به حفظ منافع عمومی منجر می‌گردد. از جنبه حقوقی، بر پایه این استدلال، دامنه اجرای قوانین باید تا حد ممکن محدود شود، هر قانونی بد است زیرا موضوع آن محدود ساختن آزادی و حقوق فردی است. تامین آزادی اراده و برابری اشخاص در برابر قوانین، ریشه طبیعی و فطری دارد و هیچ قانونی نمی‌تواند آن را از بین ببرد یا از شخصیت انسان جدا کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۵۳) در مجموع، اصل حاکمیت اراده، بر پایه همین مبانی فکری و فلسفی مکتب حقوق فردی و تعالیم مذهب مسیحیت که برای شخصیت انسان جایگاهی والا در نظر می‌گیرد و همچنین نظریه حقوق طبیعی که برتری و والایی قرارداد را عنوان کرده و حتی بنیان اجتماع را بر مبنای آن استوار می‌کند، شکل گرفته و تکامل یافته است. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵۹)

### مفهوم اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده از دیدگاه صاحبان این اندیشه بدین معناست که اراده فرد نه فقط در ایجاد عقد و آثاری که بر آن مترتب می‌شود بلکه در تمامی روابط حقوقی موجود بین اشخاص، حاکمیت مطلق دارد. طبق اعتقاد طرفداران این نظریه، اراده آزاد افراد مصدر و منبع هر نظم حقوقی و منشا همه التزامات است و در قلمرو قراردادها و همه حوزه‌های حقوق خصوصی، همانند خانواده، ارث، اموال و مالکیت و حتی در قلمرو حقوق عمومی نقش تعیین کننده دارد. (سنه‌وری، ۱۳۷۹: ۲۰۰)

به موجب اصل حاکمیت اراده، دولت می بایست پشتیبان و مجری توافق اشخاص باشد و نمی تواند به بهانه رعایت انصاف، تعهدات طرفین را نادیده بگیرد زیرا هیچ مقامی بهتر از خود آنان نمی تواند آنچه را عادلانه است، تشخیص دهد. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۵۳) بر پایه این اصل فرد را فقط زمانی می توان متعهد دانست که خود اراده کرده باشد. هرچند زندگی اجتماعی محدودیت هایی بر این آزادی به وجود می آورد اما این محدودیت ها ایجاد نمی شود مگر اراده ای آزاد آن را خواسته باشد. به عبارت دیگر، به اعتقاد فلاسفه قرن هجدهم، اراده افراد درباره قرارداد ها، منبع مستقیم حق و تکلیف و درباره قانون، منبع غیرمستقیم آن محسوب می شود. (صفایی، ۱۳۸۳: ۴۳) به هر حال در دو قرن اخیر، انتقادات مکتب تاریخی و جامعه شناسان، به ویژه سوسیالیسم، از اعتبار انسان گرایی با شکوه پیشین آن کاسته و تحولات جامعه سرمایه داری نشان داده است که حمایت از آزادی به تنهایی تامین کننده عدالت نیست. (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۳۵۸)

رویه افراطی طرفداران این اصل و مبالغه در ستایش نقش اراده، به همراه افول آرمان های فردگرایانه و ظهور تفکرات جمع گرایانه به واسطه تحول شرایط اقتصادی و اجتماعی، زمینه ای شد برای انتقاد شدید از آن، تا جایی که کار به تفریط نیز کشیده شد و تاثیر اراده حتی در قلمرو قرارداد ها با انکار رو به رو گشت و حکیمان و حقوقدانان مبنای الزام اشخاص را قواعد اجتماعی و حقوقی برشمردند؛ به این ترتیب قواعد امری و دخالت دولت در قرارداد های خصوصی برای تامین عدالت گسترش یافت و بسیاری از احکام که سابقاً جنبه تکمیلی داشت تغییر ماهیت داده و آزادی حقوقی اشخاص را بیش از پیش محدود ساخت. (قنوتی، ۱۳۹۰: ۲۰۰)

### اصل آزادی قراردادها

ابتدا مفهوم اصل آزادی قراردادها را بررسی می کنیم. سپس مبنای این اصل را تحلیل خواهیم کرد. پس از آن، آثار و نتایج اصل آزادی قراردادی و نیز حدود این اصل را مورد مطالعه قرار خواهیم داد. این مطالعه، زمینه را برای بررسی شروط غیرمنصفانه یا ناعادلانه به عنوان عاملی برای تحدید اصل آزادی قراردادی فراهم خواهد نمود.

### مفهوم اصل آزادی قراردادها

افراط در زمینه شناسایی حاکمیت اراده در حوزه های مختلف حقوق، باعث برخوردهای افراطی با این نظریه و عقاید پیروان این مکتب شد؛ تا جایی که تاثیر اراده حتی در حوزه قرارداد ها نیز با چالش رو به رو شد. همین امر موجب شد تا اصل حاکمیت اراده با تعدیلاتی از سوی حقوقدانان رو به رو شود تا آن جا که به حوزه حقوق خصوصی و به ویژه مبحث قرارداد ها محدود گردد. در واقع نیازهای اقتصادی و ضرورت های ناشی از زندگی اجتماعی است که باعث شده است تا حقوقدانان همچنان آزادی قراردادی را به عنوان یک اصل محترم دارند و آن را وسیله حفظ منافع عمومی به حساب آورند. به موجب این اصل که امروزه در نظام حقوق خصوصی اغلب کشورهای دنیا به رسمیت شناخته شده است، اراده انسان در انعقاد قرارداد نقش اساسی دارد و اشخاص در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد مخیر اند و نمی توان کسی را برخلاف اراده اش وادار به انعقاد قرارداد نمود. علاوه بر آن، افراد می توانند، به اراده خود، محتوا و آثار قرارداد را تعیین کنند. این آزادی که در اصطلاح حقوقی، آزادی قراردادی یا آزادی قرارداد ها نامیده می شود، اغلب به عنوان مصداق اساسی و جنبه مهم اصل حاکمیت اراده شناخته می شود که به موجب آن افراد می توانند روابط قراردادی خود را آن گونه که می خواهند تنظیم نمایند و مکلف به استفاده از نمونه های تعیین شده قانونی نیستند. (صفایی، ۱۳۹۰: ۱۷۸)

به هر حال باید توجه داشت که پذیرش اصل آزادی قرارداد ها در نظام های حقوق خصوصی مستلزم اعتقاد به افکار فردگرایان درباره حاکمیت اراده نیست بلکه فایده عملی احترام به پیمان ها و ملاحظات و مصلحت اندیشی های اقتصادی، سبب شده است تا توافق اراده ها به عنوان علت قرارداد پذیرفته شده و افراد در انعقاد و تعیین آثار قرارداد آزادی داشته باشند. اگرچه این آزادی اراده تا جایی مورد پذیرش است که با قوانین امری جامعه و مصالح برتر اجتماعی در تعارض نباشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴۵)

### شروط ناعادلانه قراردادی در حقوق آمریکا

شروط ناعادلانه قراردادی در حقوق آمریکا که در این کشور، مبنای مطالعه تطبیقی قرار گرفته است نیز مطرح و مورد توجه بوده است. در کشور ایالات متحده آمریکا در ابتدا در خصوص شروط غیرمنصفانه قانونی وجود نداشت و عمدتاً این قضات بودند که نقش اصلی را با عنایت به رویه‌ی قضایی در جهت مقابله با این شروط ایفا می‌کردند و آنچه در خصوص معیار و ملاک شروط غیرمنصفانه در این کشور می‌تواند مورد اشاره قرار گیرد؛

شرط غیرمنصفانه، شرطی است که از طرفی هیچ فرد باوجدانی بدون تدلیس و تقلب حاضر به پذیرش آن در قرارداد نیست و از سوی دیگر هیچ فرد منصف و با حسن نیتی، حاضر نیست آن را پیشنهاد دهد. (رضوی زاده، ۱۳۹۵: ۴۴) ماده ۲-۳۰۲ از قانون متحد الشکل تجاری ایالات متحده (صفوی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۹) به طور اخص به بحث شروط غیر منصفانه اختصاص دارد و در این خصوص شرایطی را بیان کرده است و یکسری ملاک را برای شناسایی شروط غیرمنصفانه اعلام نموده است. این ماده تصریح دارد، که در یک موضوع حقوقی اگر دادرس دریابد که در زمان انعقاد قرارداد، شرطی یا اصل قرارداد غیرمنصفانه بوده است، ممکن است بسته به شرایط؛ از اجرای کل قرارداد خودداری کند یا بدون در نظر گرفتن شرط خلاف وجدان، حکم به اجرای این شروط دهد یا در خصوص اجرای شرط غیرمنصفانه تدابیری اتخاذ نماید که وضعیت غیرمنصفانه‌ی پس از اجرا تعدیل شود. (اسکینی، ۱۳۸۹: ۸۱)

در این خصوص پیش‌بینی شده است که دادگاه به طرفین اختلاف فرصت کافی برای ارائه ادله در جهت اثبات یا نفی موضوع غیرمنصفانه را بدهد. در این ماده تنها پیش‌بینی شده است که ملاک برای تشخیص غیرمنصفانه بودن شرط یا عقد، زمان انعقاد عقد است و می‌بایست دادرس بر اساس این تاریخ به بررسی ادله و مدارک در خصوص غیرمنصفانه بودن شروط مذکور بپردازد و وضعیتی که سپس حادث می‌شود، نمیتواند در این خصوص دخیل باشد. البته این ایراد به این ماده وارد است که علی‌رغم تصریحی که در خصوص شروط غیرمنصفانه دارد، برخلاف حقوق آمریکا و دستورالعمل، ضابطه‌ای را در این خصوص مشخص نکرده است که بتوان از این طریق از تشنّت آراء جلوگیری کرد؛ این اختیار برا دادگاه وجود دارد که با بررسی کلیه جوانب و اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد قرارداد، در خصوص غیر منصفانه بودن اظهارنظر کند.

در حقوق ایالات متحده نیز در خصوص مقابله با شروط غیرمنصفانه قراردادی قوانینی به تصویب رسیده است که در ادامه ذکر خواهد شد. تا ابتدای قرن بیستم در این کشور قضات بطور نادر و موردی در این خصوص دخالت کرده و آرای را در این خصوص صادر می‌کردند، که عمدتاً برگرفته از پرونده‌هایی بود که در کشور آمریکا بروز کرده بود. در خصوص ملاک و معیاری که برای مقابله با شروط غیرمنصفانه می‌بایست بین قضات مدنظر قرار گیرد در قسمت قبل به طور مختصر توضیح داده شد و از قرن بیستم به بعد، دادگاه‌های ایالات متحده با شدت بیشتری در خصوص شروط غیرمنصفانه وارد عمل شدند و در این خصوص پرونده‌های بسیاری در دادگاه‌های این کشور مطرح شد.

این روند در میان دادگاه‌های ایالات متحده وجود داشت تا اینکه «قانون متحد الشکل تجاری» به تصویب رسید. (اسکینی، ۱۳۹۶: ۳۲) تصویب این قانون گام محکمی در جهت مقابله با شروط غیرمنصفانه در کشور ایالات متحده آمریکا محسوب می‌شد؛ شاید بتوان گفت عملیات تقنینی که در این کشور در خصوص این شروط انجام شد، خود نتیجه‌ی عملیات قضایی بود که از سالیان پیش با تمسک به حقوق کامن لا در این کشور آغاز شد و تصویب این قانون نیز برای قضات این کشور بسیار راهگشا بود و شاید بتوان گفت از تاریخ تصویب این قانون بود که در این کشور بحث مقابله با این شروط به صورتی نهادینه شده درآمد.

### شروط ناعادلانه قراردادی در حقوق ایران

«در قانون تجارت الکترونیک اهمیت مورد مذاکره قرار گرفتن و اطلاع مصرف کننده از مفاد شرط بیشتر از این حیث است که ممکن است تامین کننده، مفاد شروط قراردادهای الکترونیکی را توأم و به همراه صفحه‌ی وب ارائه نکند و مصرف کننده مجبور باشد برای ملاحظه‌ی آنها انتهای صفحه را کلیک کند یا اینکه مفاد شروط به صورت یک پنجره روی صفحه نمایشگر رایانه مصرف کننده ظاهر گردد.

در خصوص حالت اول ترغیب و وادار کردن مصرف کننده به ملاحظه‌ی متن شروط بسیار حائز اهمیت است، حال اگر مصرف کننده‌ای بدون ملاحظه‌ی متن شروط اقدام به انعقاد قرارداد مصرف با تامین کننده کند و معذک به علت وجود شروط غیرمنصفانه مدعی بطلان و بی اعتباری آن شود، تنها در صورتی این شرط غیرمنصفانه است که نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات طرفین به مصرف کننده ایجاد نماید. معیار شناسایی شرطی که جداگانه مورد مذاکره واقع شده است.» (خندانی، ۱۳۹۰: ۸۵)

در حقوق ایران واژه‌ی شروط غیرمنصفانه در دو قانون که نسبتاً نیز جدیدالتصویب می‌باشد و یک قانون قدیمی بکار رفته است؛ یکی از این دو قانون جدید، قانون تجارت الکترونیک می‌باشد، و دیگری قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ بخش نهم) مربوط به تسهیل رقابت و منع انحصار)

## نتیجه گیری

در قوانین حقوقی کشور مقررات محدودی به بررسی و بیان اصول حاکم بر مسئولیت قراردادی و ارائه معیار برای پرداخت میزان خسارت، پرداخته است که با توجه به حجم پرونده های موجود در دادگاه ها و طرح شدن مسائل جدید، پاسخ گوی مشکلات حقوقی حادث شده نیست از جمله این که تحولات حقوقی کشور ما در سالیان اخیر نشان می دهد که قانون گذار هر چه بیشتر از میزان مسئولیت مدنی متعهد کاسته است ( از جمله تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.م) بنابراین باید با رعایت قوانین و مقررات، تفسیری منطقی از مواد قانونی ارائه گردد، تا جوابگوی کاستی های موجود در زمینه خسارات قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی داریم. بنابراین برای رفع نواقص و کاربردی کردن قوانین مسئولیت مدنی، بر اساس قواعد عمومی و گاه مصلحت «خسارات قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی» را به شرح ذیل پیشنهاد می دهیم:

در خصوص مواردی که طرفین میزان خسارت را در قرارداد به طور صریح معین کرده اند؛ دو فرض قابل طرح است. اول) در قالب وجه التزام: بدین صورت که، اگر شرط شده باشد که در صورت تخلف قراردادی یکی از متعاملین مبلغی به عنوان خسارت به طرف دیگر بدهد بر اساس ماده 230 قانون مدنی که بر ثبات مبلغ وجه التزام تاکید ورزیده است و ماده 219 نیز اصله الزوم و لازم الاتباع بودن را بیان می کند، ظاهراً نمی توان مبلغ مورد قرارداد را تغییر داد یا تعدیل نمود و متعهد له می تواند مبلغ مورد توافق را از متخلف مطالبه نموده و حاکم هم باید بر حسب همان مبلغ معین شده حکم به پرداخت خسارت دهد حتی اگر خسارت واقعی وارده کمتر یا بیشتر از مبلغ وجه التزام باشد لیکن با تفسیر موسع برخی احکام و تسامح در آنها میتوان با استفاده از قاعدهایی همچون: قاعده ی انصاف، ماده 4 قانون مسئولیت مدنی، بند ۱ ماده ۲۳۲ قانون مدنی و قاعده لاجرح، ماده ۳۹۱ قانون تجارت، ابطال وجه التزام به استناد شرط غیر مقدور، امکان تعدیل وجه التزام در صورت اجرای قسمت قابل تجزیه قرارداد، و عدم وجود قصد انشا طرفین را در جهت تعدیل مبلغ وجه التزام در شرایط خاص استخراج کرد.

دوم) در قالب شرط عدم مسئولیت: به نظر می رسد در حقوق ما اصل بطلان این شروط است مگر آنکه شرایط مذکور برای صحت معامله در آن ها احراز گردد زیرا اولاً غالباً اشتراط این شروط نزد عقلای جامعه در معاملات ( در شرایط متعادل و عادی) شایع نیست لذا ظهوری که برای اصل صحت معاملات است اینجا وجود ندارد ثانیاً عرف عام چنین شرطی را غیر معقول سفیهانه و فاقد منفعت عقلایی می داند بنا بر این اعتقاد به جریان اصل اولیه «فساد در معاملات» در این شروط قوی تر است و هر چند گاه در عرف خاص و نزد گروه معین یا در قرارداد های خاصی اشتراط این شروط متعارف و شایع باشد باید این موارد را استثنایی دانست بنابراین دادرس در هر مورد با توجه به زمان، مکان اوضاع و احوال و شرایط کلی حاکم بر عقد یا روابط طرفین تعیین می کند که آیا عرف چنین قراردادی را معقول، متعارف و دارای منفعت عقلایی و مشروع می داند یا نه؛ اگر می داند که شرط را نافذ دانسته مسئولیت مشروط له را در چار چوب آن قرار می دهیم و الا شرط را باطل و ملغی اثر دانسته و مسئولیت را مطابق قواعد عمومی بررسی و زیان زننده را محکوم به جبران می کند.

گاه شروط و قرارداد های راجع به تحدید یا عدم مسئولیت دارای شرایط عمومی صحت نیز می باشند اما چون خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه یا صراحت قانونی اند ملغی اثر بوده نفوذ عمومی ندارند بنابر این در دعوا خسارت قابل استناد نیستند.

اراده طرفین در این شروط و قرارداد ها مفهوم تفسیر یا قواعد مطالبه خسارت را نمی تواند تغییر دهد زیرا ملاک تفسیر نوعی و اجتماعی است و قواعد مطالبه خسارت مرتبط با نظم عمومی و امره اند هر چند نتیجه این قواعد که استحقاق مطالبه خسارت و

ایجاد مسئولیت برای زیان زننده است را شخص زیان دیده در توافق دو جانبه حتی یک جانبه اسقاط کند به عبارتی با تقصیر مشروط له و احراز سایر شرایط دعوای مطالبه خسارت اقتضای مطالبه خسارت ایجاد اما مشروط علیه با اقدام و شرط بر خود مانع اقتضا می شود.

اما در مواردی که طرفین در خصوص میزان خسارت توافق نکرده باشند سه فرض مطرح می شود  
الف) تعیین خسارت به وسیله قانون: در مواردی همچون خسارت تاخیر و تادیه خود قانون گذار به صراحت میزان خسارت را مشخص میکند.

ب) تعیین خسارت توسط دادگاه: دادگاه با ارجاع به کارشناس اقدام به تعیین میزان خسارت می نماید و فقط خساراتی را قابل وصول می داند که متعهد له را به وضعیت پیش از عقد برگرداند یا حداکثر، هزینه هایی را که متعهد له به اتکاء به قرارداد متحمل شده است، پوشش می دهد اما باید جهت جلوگیری از عهد شکنی و تخلف متعهد، میزان خسارت را به گونه ای تعیین کرد که گویی عقد به اجرا درآمده است و به تعبیری، وضعیت متعهد له را به حالت پس از اجرای عقد درآورد  
ج) تعیین خسارت توسط طرفین: در حقوق ما ماهیتاً توافق بعد از بروز خسارت با توجه به اصول پذیرفته شده است اما از جهت شکلی باید شرایط موجود در ماده ۱۸۳ ق.آ.د.م را داشته باشد به عبارت دیگر قانون گذار برای توافق به عمل آمده بین طرفین دعوای شرایط را اضافه کرده است که با اصول و مبانی حقوقی قابل توجیه نیست و توافق را که یک عقد رضایی ساده است به یک عقد تشریفاتی بدل کرده است و به نظر می رسد شیوه توافق که قاعدتاً باید برای کشف اراده طرفین طریقت داشته باشد را به یک امر موضوعی بدل کرده است اما با توجه به صراحت نص ماده ۱۸۳ ق.آ.د.م نمی توان اجتهاد کرد و باید شرایط شکلی موصوف را برای توافق طرفین پذیرفت.

باید افزود که راهکاری که در حقوق آمریکا برای تعدیل وجه التزام گزاف در نظر گرفته شده است، راهکار اجرای قاعده مقابله با خسارات است. در این مورد باید گفت خسارت تأخیر در انجام تعهد با اجرای تعهد قابل جمع است، اما خسارت عدم انجام تعهد پر واضح است که بدل اصل تعهد است و با آن قابل جمع نیست؛ چرا که اگر تعهد انجام شود، خسارتی از این جهت به طرف دیگر نمی رسد و همچنین اگر صل تعهد اجرا نشود، خسارتی که مورد حکم قرار می گیرد، جدای از تعهد اصلی است. رأی ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور درصدد رجحان و برتری دادن دیون پولی از تعهدات غیر پولی نبوده و همانگونه که در ذیل رأی بیان شده در مورد مقدار وجه التزام، در صورتی که مغایرتی با عوامل امری من جمله مقررات پولی نداشته باشد، شرط معتبر و فاقد اشکال است. قاعده مقابله با خسارت به عنوان یک اصل حقوقی و عرف مسلم در عرصه بین المللی پذیرفته شده است. به دلیل این ویژگی، مفاد آن تقریباً در تمام نظام های حقوقی قابل توجیه است. عدم ذکر این قاعده در قانون ایران دلیل بر نفی آن نمی شود. قواعد فقهی لا ضرر، تسبیب و اقدام به خوبی نمایانگر نتایج این قاعده هستند. اگر هدف قاعده مقابله با خسارت را بتوان در بین مصادیق فقهی یافت، دیگر نمی توان عدم تصریح به قاعده را بهانه خلاء در این زمینه انگاشت.

از آنجایی که مباحث مربوطه هیچ منافاتی با مبانی پذیرفته شده در نظام حقوق اسلام ندارند، لذا در حقوق ایران با لحاظ قواعد بحث شده این خلاء قابل جبران است. در نظام حقوقی آمریکا در صورت غیرمنصفانه بودن مبلغ توافق شده، دادگاه اجازه تعدیل خسارت را دارد و حتی اگر شرط، تنبیهی یا فاقد اعتبار محسوب شود، برای تعیین میزان خسارت، محاسبات سنتی قاعده مقابله با خسارت اعمال می شود.

## منابع

۱. اسکینی، ربیعا و همکاران. (۱۳۹۶). تعدیل وجه التزام در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی. مجله حقوق تطبیقی. ۱۳ (۱۰۷)، ۱-۵۵.
۲. اسکینی، ربیعا. (۱۳۹۹). وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی. مجله حقوق. (۲۹)، ۹۹-۱۳۱.
۳. حائری، مسعود. (۱۳۹۰) تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی ((اصل آزادی قراردادها))، چاپ اول، تهران: موسسه کیهان.
۴. حسین آبادی، امیر. (۱۳۸۹) بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد، مجموعه مقالات جریمه تأخیر تأدیه، (فتاوی مراجع تقلید، قوانین و مقررات بانکی، مقالات علمی)، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل با همکاری پژوهشکده پولی و بانکی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
۵. خدانی، پدرام. (۱۳۹۰). وجه التزام در قراردادهای، چاپ سوم، تهران: انتشارات خرسندی.
۶. رضایی، علی. (۱۳۹۶). تأثیر قوه قاهره بر مطالبه وجه التزام قراردادی. فصلنامه رأی. ۴ (۱۳)، ۲۱۱-۱۸۶.
۷. رضوی زاده. سیدمسعود. (۱۳۹۵). مزایا و معایب تعیین وجه التزام در قرارداد. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشکده علوم انسانی. دانشگاه شهید بهشتی.
۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۴۰۹ ه. ق.) الوسیط، الطبعة الثالثة، قاهره: دارالنهضة العربیه.
۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۳۹۹) دورة حقوق تعهدات، قم: نشر دانشگاه قم.
۱۰. شعاریان، ابراهیم. (۱۳۸۸) مطالعه تطبیقی وجه التزام، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
۱۱. صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۳) مفاهیم جدید در حقوق مدنی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۲. صفوی. سمیه سادات. (۱۳۹۳). کارکردهای شرط وجه التزام در حقوق قراردادهای مصرف. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشکده علوم انسانی. دانشگاه شهید بهشتی.
۱۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳) حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹) فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. مرادی. رسول. (۱۳۹۳). وجه التزام در قراردادهای مشارکت ساخت. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشکده علوم انسانی. دانشگاه شهید بهشتی.
۱۶. مصداقی. سعیده. (۱۴۰۰). وجه التزام در قراردادهای بانکی. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. دانشکده علوم انسانی. دانشگاه تهران.
۱۷. مقصودی پاشاکی. رضا. (۱۳۸۸). مطالعه تطبیقی وجه التزام. رساله دکتری حقوق خصوصی. دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید بهشتی.