

حکم به خسارات بازدارنده، واکنشی قانونی به نقض عاقدانه قرارداد
(مطالعه تطبیقی در نظام کامن‌لا، رومی - ژرمنی، ایران و مبانی فقهی)

روح‌الله رضایی^۱
ابراهیم عبدی پورفرد^۲

چکیده

حکم به خسارات بازدارنده عکس‌العمل شدیدی در قبال نقض قرارداد است که هدف غایی آن نه جبران زیان، بلکه بازدارندگی و سزادهی است. به دلیل فاصله گرفتن این خسارات از اصل جبران‌کنندگی، قانون‌گذاران و محاکم تمایل چندانی به اعمال آن در موقعیت‌های نقض عادی قرارداد ندارند. از سوی دیگر، اغلب نظام‌های حقوقی برای نقض عاقدانه قرارداد - که شدیدترین نوع نقض است - آثار منحصر به فردی شناخته‌اند که در موقعیت‌های نقض غیر عمدی مانند ندادن و همگی بیانگر لزوم تشدید مسئولیت در قبال خطاکاری عمدی هستند. پژوهش حاضر تلاش می‌کند با روش توصیفی - تحلیلی و با مطالعه تطبیقی به این پرسش پاسخ دهد که آیا عاقدانه بودن نقض قرارداد می‌تواند حکم به خسارات بازدارنده را توجیه کند؟ برآمد پژوهش نشان می‌دهد در اغلب نظام‌های حقوقی، قاعده کلی در رابطه با حکم به خسارات بازدارنده در موقعیت‌های نقض عاقدانه نمی‌توان یافت. برخی تلاش‌های صورت گرفته اخیر برای تعمیم این پیوند (برای مثال در فرانسه و ایالات متحده) نیز تاکنون ناکام بوده‌اند. با این حال، در برخی موقعیت‌های خاص نقض عاقدانه به‌ویژه جایی که نقض قرارداد یک شبه‌جرم مستقل نیز به حساب می‌آید و نیز در نقض‌های عاقدانه اجحاف‌آمیز مانند نقض عمدی قرارداد بیمه توسط بیمه‌گر، حکم به خسارات بازدارنده مورد پذیرش است. در حقوق موضوعه ایران نیز هرچند این نوع خسارت به رسمیت شناخته نشده، اما به نظر می‌رسد پذیرش این خسارات در قبال نقض‌های عاقدانه با مبانی فقهی ناسازگار نباشد.

واژگان کلیدی: نقض عاقدانه، تقصیر عمدی، تشدید مسئولیت، شیوه‌های جبران، خسارات بازدارنده.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)، قم، ایران.

Rezayilawyer438@gmail.com

۲. استاد تمام و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران. Drabdipour@yahoo.com

مقدمه

اجرا نشدن قرارداد^۱ به لحاظ منشأ بر دو گونه است. گاه حادثه‌ای خارجی و غیر قابل انتساب به متعهد، باعث می‌شود وی قادر به اجرای قرارداد نباشد. اما گاه دیگر، عملی نشدن قرارداد منتسب به خود متعهد و به واسطه تقصیر اوست. هرچند در هر دو صورت، خطای عقدی رخ داده (سنهوری، ۱۳۸۲: ص ۴۷۸)، اما در مورد نخست چون اجرا نشدن قرارداد قابل انتساب به متعهد نیست، هیچ‌گونه مسئولیت قراردادی نیز برای وی متصور نیست. اما در مواردی که عملی نشدن قرارداد منتسب به خطای متعهد است، گاه متعهد عالماً و عامداً از ایفای تعهدات خود امتناع می‌کند، و گاهی هرچند تعمد و سوءنیتی در عدم اجرا ندارد، اما اجرا نشدن مفاد قرارداد در نتیجه سهل‌انگاری و بی‌مبالاتی اوست (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۴، ص ۱۳۸؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ص ۶۳).

در مواردی که عدم اجرا منتسب به متعهد است (به دلیل تقصیر عمدی یا غیر عمدی) در حقیقت «نقض قرارداد» اتفاق افتاده و در هر دو صورت (با جمع سایر شرایط) متعهد مسئولیت قراردادی پیدا می‌کند. بنابراین همان‌طور که مشهور حقوق دانان به‌ویژه در نظام‌های حقوق نوشته معتقدند یکی از شروط تحقق مسئولیت قراردادی، وجود تقصیر است؛ گرچه بعضی این تقصیر را مفروض دانسته (شهیدی، ۱۳۸۲: ص ۶۶ و ۲۳۶) و برخی خود نقض را تقصیر دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۴، ص ۶۵؛ صفایی، ۱۳۹۹: ج ۲، ص ۲۲۰؛ لنگرودی، ۱۳۸۷: ص ۲۸۹). از سوی دیگر، در نظام‌های کامن‌لایی اصولاً برای تحقق مسئولیت وجود تقصیر لازم نیست و مسئولیت قراردادی یک مسئولیت محض است (Peel & Treitel, 2015: p834). با این حال، چنان‌که خواهیم دید، در آنجا نیز درجه تقصیر و نوع نقض، از جمله عامدانه بودن آن، در حکم به خسارات بازدارنده دخیل است.

۱. در لسان قانون مدنی جدید فرانسه L'inexécution du contrat و در لسان کامن‌لایی Non-performance of contractual obligations.

پس، مسلم اینکه نقض قرارداد ممکن است عامدانه یا غیرعمدی باشد.^۱ در پیشینه این تحقیق مباحث مفیدی راجع به مفهوم نقض عامدانه و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده آن به تفصیل ارائه شده (رضایی و دیگران، ۱۳۹۸: ص ۱۳۵)؛ لذا در اینجا نیازی به تکرار نیست جز تأکید بر اینکه نقض عامدانه در مواقعی اتفاق می‌افتد که متعهد به قصد نیل به نفع بیشتر یا اجتناب از تحمل زیانی که در صورت اجرای صحیح و کامل قرارداد از آن نفع محروم یا متحمل آن زیان می‌شد یا صرفاً برای ایراد ضرر به متعهد له، از اجرای تعهدات خود امتناع می‌ورزد (همان، ص ۱۳۷).

در هر نظام حقوقی، شیوه‌های جبران متفاوتی در واکنش به نقض قرارداد اندیشیده شده است (نعمت‌اللهی و رضایی، ۱۴۰۱: ص ۸۰). یکی از شیوه‌های جبران که در شرایط به‌خصوصی مورد حکم قرار می‌گیرد، خسارات بازدارنده است. پرسشی که این مقاله درصدد یافتن پاسخی درخور برای آن است اینکه آیا عامدانه بودن نقض قرارداد می‌تواند حکم به این شیوه جبرانی خاص را توجیه کند؟

در نظام‌های حقوقی مختلف، برای نقض عامدانه قرارداد، به دلیل شدت تقصیر و خطاکاری متعهد، آثار کاربردی متعددی به رسمیت شناخته شده که در موقعیت‌های نقض غیرعمدی مانندی ندارد. یکی از مهم‌ترین این آثار که فرضیه پژوهش حاضر است، این است که در موقعیت‌های نقض عامدانه دادگاه می‌تواند جهت بازداشتن طرف ناقض و دیگران از ارتکاب نقض‌های عامدانه آتی، علاوه بر خسارات جبرانی، به خسارات بازدارنده نیز حکم دهد.

۱. در حقوق خارجی برای اشاره به عامدانه بودن نقض قرارداد از اوصافی چون opportunistic, willful, bad faith, intentional و premeditated استفاده شده است. برای نقض غیرعمدی نیز عمدتاً inadvertent به کار می‌رود.

تا پیش از این در ادبیات حقوقی فارسی مقالاتی راجع به خسارات بازدارنده (یا خسارات تنبیهی) نگاشته شده است.^۱ مقاله حاضر از جهات متعددی با پژوهش‌های مورد اشاره متفاوت است. اولاً موضوع اغلب مقالات پیشین بررسی این نوع خسارت در حقوق شبه جرم است (امینی و ابک، ۱۳۹۳؛ داراب‌پور، ۱۳۹۴؛ اسدی و همکاران، ۱۳۹۹؛ اسماعیلی و قوی‌البینه، ۱۳۹۸؛ تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۱). ضمن اینکه برخی از این مقالات صرفاً به بررسی این خسارات در کامن‌لا با تأکید بر حقوق ایالات متحده پرداخته‌اند (امینی و ابک، ۱۳۹۳؛ اسماعیلی و قوی‌البینه، ۱۳۹۸؛ لطفی و همکاران، ۱۳۹۸؛ فارسانی و موسی‌پور، ۱۳۹۱). اما محور بحث در مقاله حاضر در حوزه مسئولیت قراردادی آن هم نوع خاصی از نقض قرارداد یعنی نقض عامدانه است و تا جایی که نگارنده بررسی کرده، درخصوص ارتباط بین نقض عامدانه قرارداد و امکان حکم به خسارات بازدارنده تاکنون پژوهش مستقلی که به نحو تطبیقی و با توجه به پیشرفت‌های حقوقی اخیر در بستر آکادمیک به این موضوع خاص پرداخته باشد، انجام نشده است. گذشته از آن، مقاله حاضر علاوه بر حقوق ایالات متحده، به بررسی تفصیلی موضوع فوق در بستر تقنینی در سال‌های اخیر (ازجمله قانون بیمه انگلستان مصوب ۲۰۱۵، طرح‌های اصلاحی حقوق

۱. برای نمونه بنگرید: امینی و ابک، «بررسی نظریات بازدارندگی و منفعت‌زدایی راجع به خسارت تنبیهی در دعای مسئولیت مدنی (با تمرکز بر آرای دادگاه‌های ایالات متحده)»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، ش ۶، ۱۳۹۳؛ اسدی و همکاران، «ماهیت و مبانی خسارت تنبیهی و نهادهای حقوقی مشابه در فقه و حقوق ایران»، پژوهش‌های فقهی، ش ۴، ۱۳۹۹؛ اسماعیلی و قوی‌البینه، «بررسی محدودیت‌های خسارت تنبیهی در حقوق ایالات متحد آمریکا»، آموزه‌های حقوقی گواه، ش ۹، ۱۳۹۸؛ لطفی و همکاران، «امکان صدور حکم به خسارت تنبیهی از سوی نهادهای داوری در نظام‌های حقوقی ایالات متحده و ایران»، حقوق خصوصی، ش ۲، ۱۳۹۸؛ تقی‌زاده و دیگران، «ماهیت و آثار خسارت تنبیهی در حقوق کامن‌لا»، دانش حقوق مدنی، ش ۱، ۱۳۹۱؛ عبداللهی، «خسارات تنبیهی در حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۳۰، ۱۳۸۳؛ داراب‌پور و سلطانی، «فلسفه و ماهیت خسارت تنبیهی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۵۲، ۱۳۹۴؛ قاسمی حامد و دیگران، «خسارات تنبیهی در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۸۱، بهار ۱۳۹۲.

تعهدات فرانسه، قانون مدنی آلمان مصوب ۲۰۰۳) و رویه قضایی نظام‌های مورد مطالعه نیز می‌پردازد.

ثانیاً پژوهش حاضر با مطالعه تطبیقی در نظام‌های مختلف کامن‌لایی و رومی - ژرمنی و تحلیل‌ها و استدلال‌هایی که در برخی پرونده‌ها و آرا قضایی ارائه شده، به راه‌حل‌ها و نتایجی دست یافته است که در پژوهش‌های مورد اشاره بیان نشده و طرح آنها در حقوق ما می‌تواند در توسعه حقوق قراردادها مؤثر باشد.

ثالثاً برخی مقالات پیشین که به بررسی خسارات تنبیهی در حقوق ایران و فقه پرداخته‌اند، نهایتاً به این نتیجه رسیده‌اند که حکم به خسارتی علاوه بر خسارات جبران‌کننده با مبانی قانونی و فقهی سازگاری ندارد (داراب‌پور، ۱۳۹۴؛ قاسمی و دیگران، ۱۳۹۲). مقاله حاضر با ارائه برخی استدلال‌های جدید و با تبیین برخی فروع و نظریات فقهی، بیان می‌دارد که ایجاد یا تشدید ضمان در قبال خطاکاری عمدی در فقه، می‌تواند مؤید امکان پذیرش حکم به خسارات بازدارنده در قبال نقض عامدانه قرارداد در حقوق ایران باشد.

در ادامه ابتدا اختصاراً به تبیین ماهیت، مؤلفه‌ها و وضعیت کلی خسارات بازدارنده پرداخته، سپس موارد عینی حکم به این خسارات در موقعیت‌های نقض عامدانه، در مقررات و رویه قضایی دو نظام حقوقی عمده (انگلستان و ایالات متحده به عنوان نمایندگان نظام کامن‌لا، و فرانسه و آلمان به عنوان نمایندگان نظام رومی - ژرمنی) و حقوق ایران بررسی شده و نهایتاً امکان سازگاری این گزاره‌های حقوقی با مبانی فقهی بررسی می‌شود.

۱. مروری بر ماهیت و وضعیت کلی خسارات بازدارنده

به‌طور کلی خسارات بازدارنده که به زیان‌دیده می‌پردازد - چه در مسئولیت قراردادی و چه ضمان قهری - علاوه بر خساراتی است که ماهیت جبران‌کنندگی دارند. نکته حائز اهمیت اینکه مقصود از حکم به این نوع خسارت دو چیز است: سزادهی و بازدارندگی. مجازات رفتار عامدانه و همراه با سوءنیت متعهد و بازدارندگی متعهد و سایرین از ارتکاب

رفتارهای مشابه بالقوه در آینده (Rowan, 2021: p66). لذا با توجه به اینکه این خسارات از هدف جبران‌کنندگی خسارات قراردادی فاصله دارند، فی‌الجمله می‌توان گفت حکم به خسارات بازدارنده شیوه جبرانی شدیدی است که قاعدتاً ناپیستی در موقعیت‌های نقض عادی قابل مطالبه باشد. خاستگاه این نوع خسارت، نظام کامن‌لا و به‌طور خاص انگلستان است.^۱ در اینجا خسارات بازدارنده^۲ به‌طور سنتی و بدون اینکه تحت قواعد معینی قرار داشته باشد، مورد حکم واقع می‌شده است. نهایتاً در سال ۱۹۶۴ مجلس لردان در پرونده روکس^۳ محدودیت‌ها و شروطی را برای این نوع خسارت قائل شد و آن را ضابطه‌مند کرد. اما در ایالات متحده محدودیت‌های موجود در حقوق انگلستان وجود ندارد و دست هیئت‌منصفه برای ارزیابی میزان خسارت باز است. به‌طور کلی دادگاه‌ها معمولاً در پرونده‌های شبه‌جرمی به این خسارات حکم می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ص ۱۰۲). اما درحوزه نقض قرارداد نخستین مسئله مرتبط این است که آیا اصولاً خسارات بازدارنده شیوه جبران ممکن و قابل‌قبولی در حقوق قراردادهای هست یا خیر؟ در نظام‌های حقوقی اروپایی، با اطمینان می‌توان ادعا کرد که در حال حاضر در بستر قراردادی محض، این خسارات قابل مطالبه نیستند. در نظام‌های رومی - ژرمنی، خسارات بازدارنده در حقوق مسئولیت مدنی نیز جز در دسته بسیار محدودی از قبیل توهین و افترا، قابل مطالبه نیستند. برای مثال در حقوق آلمان دادگاه‌ها حتی نسبت به شناسایی آرای خارجی متضمن خسارات بازدارنده (به‌طور معمول آرای صادره از محاکم

۱. با این حال، نمونه‌های نخست از خسارات بازدارنده به دست‌کم ۲۰۰۰ سال پیش و به حقوق رم برمی‌گردد. برای نمونه براساس حقوق خصوصی رم، اگر صاحب کالا شخص آزادی را در حین سرقت می‌گرفت، از این حق برخوردار بود که او را تازیانه زده و به بردگی بگیرد.

۲. در حقوق انگلستان اصطلاح رایج‌تر برای بیان این خسارات اصطلاح «خسارات عبرت‌آموز» (Exemplary Damages) است. واژه Exemplary از واژه لاتین *exemplaris* به معنای عبرت گرفتن، اقتباس شده و در واقع بیانگر این است که حکم به این نوع خسارات درس عبرتی برای دیگران است تا از ارتکاب رفتار مشابه بازداشته شوند.

3. Rookes v Barnard [1964].

آمریکایی) رویکرد مثبتی ندارند (Markesinis et.al, 2006: p443). برای نمونه در سال ۱۹۹۲ دادگاه فدرال آلمان با بیان اینکه خسارات غیرجبرانی با اصول حقوق خصوصی این کشور مغایرت دارد، از به رسمیت شناختن رأی صادره از دادگاه آمریکایی که مشتمل بر ۷۵۰ هزار دلار از باب خسارات بازدارنده بود، امتناع کرد (Koziol & Wilcox, 2009: p76). در حقوق فرانسه نیز دادگاه‌ها غالباً از شناسایی آرای محاکم آمریکایی که متضمن پرداخت خسارات فوق‌جبرانی از جمله خسارات بازدارنده هستند، ابا دارند (Youngs, 2014: p678).^۱ در حقوق انگلستان، که اصل بر قابل مطالبه نبودن این خسارات در حوزه نقض قرارداد است (Rowan, 2012: p173). در اوضاع و احوال استثنائی به این‌گونه خسارات حکم داده می‌شود که البته در همین موارد نیز دادگاه‌ها از حکم به این خسارات اکراه دارند (Koziol & Wilcox, 2009: p8).^۲ بنابراین می‌توان گفت به‌طور کلی در نظام‌های اروپایی، به این پرسش که آیا عامدانه بودن نقض قرارداد بر تصمیم‌گیری دادگاه در حکم به خسارات بازدارنده مؤثر است، پاسخ منفی داده شده است.

باین‌حال، این نکته جالب توجه است که در حقوق انگلستان با اینکه لحن محاکم در انکار دخالت قصد و عمد طرف ناقض در احتمال حکم به خسارات بازدارنده قاطع به نظر می‌رسد، اما درعین‌حال می‌توان نوعی حزم و احتیاط را ملاحظه کرد. این محافظه‌کاری قابل‌توجیه است؛ چراکه در این میان استثنائاتی نیز وجود دارد (Ibid, p20). برای مثال در موقعیت‌هایی که نقض عامدانه به یک شبه‌جرم^۳ مستقل بالغ می‌شود،

۱. برای نمونه بنگرید به پرونده X v Société Fontaine Pajot, Civ 1 در سال ۲۰۱۰ که از دادگاه آمریکایی صادر شده و مشتمل بر خسارات فوق‌جبرانی بود، اما دادگاه فرانسوی آن را به رسمیت نشناخت.

۲. در پرونده روکس مجلس لردان حکم به خسارات بازدارنده را تحت عنوان امری «خلاف قاعده» توصیف کرد.

حکم به خسارات بازدارنده امکان‌پذیر است. به‌طور خاص پس از پرونده *کود/س*^۱ فضا برای حکم به این خسارات در حوزه نقض قرارداد مهیا شده است (Ibid, p22). در برخی حوزه‌های کامن‌لایی دیگر - مثل کانادا، استرالیا و نیوزیلند - که حکم به خسارات بازدارنده در حقوق شبه‌جرم مقبول است و درحقیقت رویکرد منعطف‌تری نسبت به حقوق انگلستان در این رابطه دارند، این پرسش همچنان باقی است که آیا خسارات بازدارنده در مواردی نیز که نقض عامدانه فی‌نفسه یک تورت مستقل به‌حساب نمی‌آید، قابل دسترسی است؟ به نظر می‌رسد در حقوق کانادا به این پرسش پاسخ مثبت داده شده است. روشن‌ترین نمونه پرونده *رویال بانک*^۲ است. در این پرونده شرکت بیمه پس از اینکه خانه خواهان دچار حریق می‌شود، با این ادعا که آتش‌سوزی عمدی بوده، از پرداخت خسارت به بیمه‌شده امتناع می‌کند. باین حال اظهارات رئیس آتش‌نشانی محلی، کارشناس شرکت بیمه و بازرس خود شرکت همگی خلاف این ادعا را اثبات می‌کرد. دادگاه عالی کانادا معتقد بود اوضاع و احوالی که حکم به خسارت بازدارنده در قبال نقض قرارداد در موارد فقدان اعمال تشکیل‌دهنده یک شبه‌جرم را توجیه کند، به‌ندرت حاصل می‌شوند. مفهوم این اظهارنظر این است که چنین مواردی هرچند نادرند، اما در عمل وجود دارند. بر همین اساس دادگاه تأیید کرد که اگر نقض قرارداد عامدانه بوده اما به یک شبه‌جرم مستقل نیز بالغ نشود، امکان حکم به خسارات بازدارنده وجود دارد. نهایتاً دادگاه به این نتیجه می‌رسد که پرداخت خسارات صرفاً جبران‌کننده برای بازدارندگی خوانده و سایرین از تکرار چنین رفتار فرصت‌طلبانه و با سوءنیتی ناکافی است (Ibid). اندیشه خسارات بازدارنده بی‌تردید در ایالات متحده بیش از هر جای دیگری با توسعه و مقبولیت همراه بوده. باین حال، در اینجا نیز پرسش خاص مطرح در این مقاله، یعنی پیوند بین عامدانه بودن نقض و امکان حکم به خسارات بازدارنده، نمی‌تواند به‌آسانی

1. Kuddus v Chief Constable of Leicestershire [2002].

2. Royal Bank of Canada v W Got & Associate Electric Ltd. [1999] 3 Supreme Court Reports (S.C.R.) 408.

پاسخ داده شود. در ادامه با نگاهی دقیق و عینی‌تر به بررسی موقعیت‌های حکم به خسارات بازدارنده در موارد نقض عامدانه می‌پردازیم.

۱-۱. حقوق ایالات متحده

بیشترین آرای صادره در رابطه با خسارات بازدارنده را می‌توان در ایالات متحده دید که البته در اینجا نیز حکم به این خسارات اغلب در حوزه مسئولیت‌های شبه‌جرمی صادر می‌شود که در آنها خواننده مرتکب رفتاری عمدی و همراه با سوءنیت شده است. برای نمونه می‌توان به پرونده جنجال‌برانگیز اخیر *الکس جونز* مجری معروف رادیو اشاره کرد. در این پرونده خواهان‌ها که خانواده‌های قربانیان حادثه *سندی هوک*^۱ بودند، با ادعای اینکه اظهارات خلاف واقع جونز در برنامه‌های رادیویی سبب ورود آسیب‌های روحی به ایشان شده، علیه وی اقامه دعوی خسارت کردند. دادگاه بدوی معتقد بود رفتار خواننده عامدانه، همراه با سوءنیت و شنیع بوده است. نهایتاً در ۱۰ نوامبر ۲۰۲۲ دادگاه بدوی *کانکتیکات*^۲ جونز را به پرداخت ۹۶۵ میلیون دلار خسارت معنوی از باب خسارات جبرانی و ۴۷۳ میلیون دلار از باب خسارات بازدارنده محکوم کرد.^۳

اما در حوزه نقض قرارداد قاعده این است که خسارات فوق‌جبرانی به‌ویژه خسارات بازدارنده قابلیت صدور حکم ندارند (Dodge, 1999, p630). عدم قابلیت مطالبه این خسارات در نقض قرارداد از یک‌سو تحت تأثیر اندیشه‌های *هولمز* قرار دارد که معتقد بود در نظام کامن‌لا نمی‌توان طرفین را به اجرای وعده‌های قراردادی‌شان الزام کرد و آنها از این آزادی برخوردارند که قرارداد را نقض کرده و در عوض خسارات جبرانی را به طرف دیگر بپردازند (نعمت‌اللهی و رضایی، ۱۴۰۱: ص ۸۰). حکم به خسارات بازدارنده که درحقیقت به‌معنای مجازات عهدشکن است، با این آزادی در تضاد است. از سوی

1. Sandy Hook.

2. Connecticut.

3. <https://www.reuters.com/legal/alex-jones-must-pay-473-million-punitive-damages-sandy-hook-defamation-case-2022-11-10/>.

دیگر غلبه رویکرد اقتصادی به حقوق و تثبیت تئوری «نقض کارآمد» به وسیله پیروان دوآتشه اندیشه هولمزی از قبیل پازنر و شاول، بر ممنوعیت خسارات بازدارنده در حوزه نقض قرارداد دامن زد. درحقیقت اندیشه نقض کارآمد، با امکان حکم به خسارات بازدارنده جمع نمی‌شود (Dodge, 1999: p631). برای مثال فرض کنید بائع با عدم تحویل مبیع به خریدار اولیه و فروش مجدد آن به شخص ثالث در قبال دریافت ثمنی بیشتر از معامله نخست، مرتکب یک نقض عامدانه می‌شود. براساس تئوری نقض کارآمد اگر وی تمامی خسارات خریدار اولیه را جبران کند، چنین نقضی نه تنها بایستی مورد مجازات قرار گیرد، بلکه باید ترویج و ترغیب شود. اما طرفداران خسارات بازدارنده معتقدند به دلیل عامدانه بودن چنین نقضی بایستی با محکوم کردن بائع به پرداخت خسارتی علاوه بر خسارات جبران‌کننده، وی را در قبال خطاکاری عامدانه‌اش، مجازات کرد (Cartwright et.al, 2009: p330).

به‌هررو در اینجا نیز در مواردی از قاعده کلی ممنوعیت خسارات بازدارنده در نقض قرارداد عدول شده است. چنین موقعیت‌هایی اغلب در جایی دیده می‌شود که رابطه قراردادی طرفین نامتعادل بوده و یکی از آنها درحقیقت دست بالا را دارد و عمداً از وضعیت آسیب‌پذیر طرف دیگر سوءاستفاده می‌کند. چنین رابطه‌ای، چنان‌که در ادامه خواهیم دید، به‌خصوص در قراردادهای بیمه قابل مشاهده است که در آنها شرکت بیمه حتی پس از بروز حادثه تمایل چندانی به پرداخت خسارت به بیمه‌شده از خود نشان نمی‌دهد و به لطائف‌الحیلی بیمه‌شده را نهایتاً یا از پیگیری موضوع منصرف یا وی را ناگزیر به اقامه دعوا می‌کند.

۱-۱-۱. عامدانه بودن نقض، خسارات بازدارنده و شبه جرم

در حقوق ایالات متحده در صورت وقوع هر نوعی از نقض قرارداد، اصلی‌ترین شیوه جبرانی برای زیان‌دیده پرداخت خسارت متوقع است (Scott & Kraus, 2013: p45-46). خسارت متوقع صرفاً به میزان جبران زیان‌های وارده قابل مطالبه است. به‌طورکلی عامدانه بودن نقض در میزان خسارت متوقع تأثیری ندارد. علاوه بر این، در

موارد نقض قرارداد محض، خواه نقض عامدانه باشد یا نه، طرف بی‌گناه به خسارات بازدارنده دسترسی ندارد. در پرونده *سالوینو*^۱ دادگاه وضعیت کنونی حقوق ایالات متحده را جمع به خسارات بازدارنده، به‌ویژه در موارد نقض عامدانه^۲ را این‌گونه بازگو می‌کند: «این مطلب به‌خوبی تثبیت شده که خسارات بازدارنده در دعوی نقض قرارداد قابل مطالبه نیستند، هرچند نقض ادعایی نامشروع، عامدانه و از روی سوءنیت باشد.» در پرونده دیگری دادگاه صراحتاً پیوند بین نقض عامدانه و خسارات بازدارنده را نفی می‌کند. در این پرونده ایلینویزی دادگاه معتقد بود: «به‌عنوان قاعده کلی، خسارات بازدارنده برای نقض قرارداد، حتی برای نقض عامدانه قابل مطالبه نیستند؛ زیرا تنها هدف از پرداخت غرامت، جبران خسارت زیان‌دیده است.»

باین‌حال، هرچند علی‌الظاهر حقوق ایالات متحده به لحاظ شیوه‌های جبران، نقض‌های عامدانه را از سایر نقض‌ها متفاوت تلقی نمی‌کند، اما پرسشی که ممکن است مطرح شود اینکه آیا نقض عامدانه دست‌کم در برخی موارد می‌تواند یک شبه‌جرم مستقل نیز محسوب شود؛ چراکه در حوزه مسئولیت شبه‌جرمی، خسارات بازدارنده در موارد مناسب و مقتضی قابل مطالبه‌اند. تلقی «نقض عامدانه» به‌عنوان یک شبه‌جرم به‌خصوص، جهت دستیابی به خسارات بازدارنده بدون هیچ شرط قانونی دیگری می‌تواند ترفندی برای اجتناب از محدودیت‌های دکترینی مطالبه خسارت باشد (Perillo, 2014: p513). دادگاه‌ها نیز کمابیش چنین تدبیر بالقوه‌ای را به‌کار می‌گیرند. مجموعه حقوقی ری استیتمنت دوم راجع به قراردادها^۳ یک سند آکادمیک است که هرچند از قدرت قانونی برخوردار نیست، باین‌حال در صدد است تصویری ساختارمند و منسجم از قواعد عمومی قراردادها را براساس سابقه تصمیمات قضایی به‌دست دهد. ماده ۳۵۵ این مجموعه بیانگر

1. Christopher Keith Salvino and Suzanne Mary Salvino, (2007).

۲. دادگاه‌های آمریکای برای اشاره به نقض عامدانه به‌طور معمول از اصطلاح «Willful Breach» استفاده می‌کنند.

3. Restatement (Second) of Contracts (1981).

این است که حکم به خسارات بازدارنده در قبال نقض قرارداد تنها در مواردی ممکن است که «رفتار تشکیل دهنده نقض، همچنین تشکیل دهنده شبه جرمی نیز باشد که برای آن خسارات بازدارنده قابل مطالبه است» (Restatement (Second) of Contracts, 1981: p355).^۱

براین اساس، توصیف شدن نقض قرارداد به عنوان یک تورت یا شبه جرم، از اهمیت اساسی برخوردار است؛ چراکه شیوه‌های جبران تورتی شامل خسارات بازدارنده نیز می‌شوند؛ حال آنکه شیوه‌های جبران قراردادی به‌طور کلی متضمن این نوع خسارت نیستند. بی‌شک، به‌لحاظ تاریخی و سنتی، راه‌گذار از خسارات قراردادی به خسارات شبه جرمی - به عبارت دیگر همترازی نقض قرارداد با یک شبه جرم و در نتیجه دسترسی به خسارات شبه جرمی از جمله خسارات بازدارنده برای نقض قرارداد - به‌طور کلی مسدود دانسته شده است. به گفته گیل‌مور، تئوری کلاسیک قرارداد راجع به این موضوع وقف این گزاره است که: در وضعیت مطلوب، هیچ شخصی نبایستی در مقابل شخص دیگر در قبال هیچ چیزی مسئول باشد (Alschuler, 2000: p122). واضح است که وی در مقام اغراق‌گویی بوده، اما گیل‌مور این اغراق را برای تأکید بر این مطلب به‌کار برده که به‌لحاظ تاریخی حکم به پرداخت خسارات در حوزه قرارداد از پیشینه‌ای از محدودیت و ممنوعیت شدید برخوردار بوده است. بنابراین، اگر قرار باشد خسارات شبه جرمی بتوانند به‌راحتی و از طریق تلقی کردن هر نقض قراردادی به عنوان یک تورت در دسترس قرار گیرند، در این صورت کل ایده قرارداد و مفهوم مضیق خسارات قراردادی در معرض خطر قرار خواهد گرفت.

با این حال، دادگاه‌ها در برخی موقعیت‌های نقض قرارداد مفاد ماده ۳۳۵ را قابل اعمال دانسته‌اند. با توجه به اینکه در این مقرره شرط دسترسی به خسارات بازدارنده، تورت

1. Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable.

تلقی شدن نقض قرارداد است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا عامدانه بودن نقض فی نفس و به مجرد جنبه عامدانه بودن چنان نقضی برای «بالغ شدن» نقض قرارداد به یک تورت، کفایت می‌کند؟

چنان‌که دیدیم، یکی از شرایط صدور حکم به خسارات بازدارنده در پرونده‌های شبه جرمی این است که فعل زیانبار، عامدانه یا همراه با سوءنیت ارتکاب یافته باشد. درحقیقت آنچه مجوز تنبیه طرف ناقض می‌شود نوع رفتار اوست و خواهان بایستی اثبات کند که خوانده به منظور تحصیل منفعت مرتکب آن شبه جرم شده است (Cartwright 13: p13; Koziol & Wilcox, 2009: p330; et.al). یکی از شرایطی هم که مجلس لردان انگلستان در پرونده روکس برای قابلیت مطالبه خسارات بازدارنده اعلام کرد این بود که خوانده از ارتکاب شبه جرم منتفع شده باشد؛ به نحوی که با محاسبه سود و زیان احتمالی مسئولیت ناشی از آن رفتار، مرتکب آن شده باشد. بر همین اساس، برخی نویسندگان معتقدند در نقض قرارداد هم اگر طرف ناقض با محاسبه سود و زیان نقض، اقدام به نقض قرارداد کند، دادگاه می‌تواند علاوه بر حکم به پرداخت خسارات جبرانی، به خسارات بازدارنده نیز حکم دهد (Diamond, 1981: p425; Perlstein, 1992: p877).

باین حال، یافتن نمونه‌های عینی صریح و بی‌کم‌وکاست در آرای قضایی در تأیید چنین نظراتی چندان آسان نیست. اما چنان‌که خواهیم دید، درحوزه قراردادهای بیمه، نقض عامدانه می‌تواند منجر به این شود که چنین نقضی واجد شرایط یک تورت خاص - یعنی تورت «نقض با سوءنیت قرارداد»^۱ - شود که به نوبه خود امکان دسترسی به خسارات بازدارنده را فراهم می‌کند. در قراردادهای بیمه طرفین تنها به وسیله عبارات و مفاد قرارداد ملتزم نمی‌شوند، بلکه به وسیله شرط ضمنی حسن نیت و معامله منصفانه نیز ملتزم هستند (Markovits, 2014: p275). در آرای قدیمی‌تر، دادگاه‌ها به خوبی معتقد بودند که

1. Bad Faith Breach.

رعایت وظیفه حسن نیت و معامله منصفانه هم در قرارداد و هم در شبه جرم صادق است (Jerry & Richmond, 2018: p120). پرسش این است که آیا نقض عامدانه قرارداد بیمه از لحاظ نقض این وظیفه قانونی می تواند به عنوان یک شبه جرم مورد نظر ماده ۳۵۵ نیز طبقه بندی شود. اگر چنین نتیجه ای حاصل شود، شیوه های جبران تورتی از جمله خسارات بازدارنده نیز در دسترس زیان دیده خواهند بود.

۲-۱-۱. پرونده فلچر^۱

توسعه دکترین «نقض با سوء نیت» قرارداد همواره با تردیدهایی همراه بوده است. شاید بتوان ایالت کالیفرنیا را زادگاه این ایده دانست. برخی ایالات دیگر نیز عناصری از این دکترین را در حقوق خود گنجانده اند. وقایع پرونده حاضر به خوبی بستر ابداع و توسعه این دکترین و اینکه چرا خسارات بازدارنده به گزینه ای قابل قبول تبدیل شده، ارائه می دهد.

در این پرونده کالیفرنیایی، فلچر یک کارگر تمام وقت در یک کارگاه ساختمانی بود. وی تمام روز را کار می کرد و کاری که انجام می داد به لحاظ فیزیکی بسیار طاقت فرسا بود. او مالک یک منزل مسکونی معمولی و چند قطعه زمین کوچک بود. فلچر تحت بیمه از کارافتادگی بود، که براساس آن شرکت بیمه ملزم بود در صورت از کارافتادگی کامل، برای یک دوره زمانی سی ساله مبلغ حداقلی به او پرداخت کند. پس از بروز حادثه ای ناگوار در محیط کار، وی از ناحیه کمر متحمل صدمه می شود. به عقیده چندین متخصص پزشکی او به طور کامل و برای همیشه دچار از کارافتادگی شده بود. با این همه شرکت بیمه از پذیرش خواسته وی امتناع کرد و این موضوع را که آسیب وارد بر او به سبب فعالیت کاری بود انکار می کند. شرکت بیمه حتی مدعی می شود فلچر در افشای صدمه دیدگی کمرش که در گذشته وجود داشته اهمال کرده و لذا استرداد مبالغ کمی که قبلاً به وی پرداخته بود را نیز مطالبه می کند. فلچر ناچار به اقامه دعوا می شود، اما در این بین زیان های مستقیمی را متحمل می شود. وی به دلیل گرفتاری مالی منزل و سایر املاک خود را از دست می دهد و به لحاظ مالی در مضیقه شدیدی قرار می گیرد. در این پرونده دادگاه نهایتاً

1. Fletcher v. Western National Life Ins. Co. (1970).

نه تنها در قبال نقض قرارداد توسط شرکت بیمه حکم به جبران خسارت می دهد، بلکه به دو دلیل به خسارات بازدارنده نیز حکم می دهد: اولاً شرکت بیمه مرتکب نقض شرط حسن نیت و معامله منصفانه شده؛ ثانیاً شرکت بیمه با امتناع عمدی از پرداخت بیمه از کارافتادگی به خواهان مرتکب یک تورت مستقل یعنی تورت ایراد عامدانه رنج و عذاب روحی شده است.

جهت دستیابی به تأثیر عامدانه بودن نقض، تصمیم دادگاه به حکم به خسارات بازدارنده بر مبنای نقض با سوءنیت بایستی به طور دقیق تر بررسی شود. عنصر کلیدی اندیشه نقض با سوءنیت این است که چنین نقضی یک شبه جرم خاص است. حقوق ایالات متحده اساساً برای بیمه های شخص اول، خصوصیت قراردادی قائل است. امتناع از ایفای هرگونه تعهدی طبق قرارداد بایستی اصولاً به عنوان نقض قرارداد تلقی شود. ابزارهای قابل دسترسی برای زیان دیده عبارت از شیوه های جبران معمول و عمدتاً پرداخت خسارت متوقع است. باین حال، طرفین قرارداد بیمه علاوه بر تعهدات مندرج در قرارداد به وسیله شرط ضمنی حسن نیت و معامله منصفانه نیز ملتزم هستند. در آرای قدیمی تر،^۱ نقض چنین شرطی تحت اوضاع و احوالی به عنوان یک نقض با سوءنیت قرارداد تلقی شده که منجر به تحقق نقض عامدانه قرارداد می شود. اما پرسش این است که چرا به طور خاص در قراردادهای بیمه برای تدارک یک حربه اضافی در کنار شیوه جبرانی رایج خسارت متوقع برای بیمه شده، این شرط به خصوص مورد نیاز است؟ دادگاه معتقد بود برای وجود این شرط ضمنی یک رابطه خاص بین طرفین قرارداد لازم است. به طور معمول در قراردادهای بیمه رابطه بین بیمه گر و بیمه شده یک رابطه قراردادی متعادل و متوازن نیست (Macintosh, 1994: p483). به طور طبیعی، در پرونده فلچر بیمه شده فردی با وضعیت مالی متوسط و بیمه گر شرکت بزرگی است که همواره با دعاوی و مطالبات بیمه ای چه در داخل و چه خارج از دادگاه ها سروکار داشته و در این

۱. برای دیدن برخی نمونه ها در این رابطه بنگرید به: Richmond, 1993: p42.

رابطه بازیگر فعالی است (Lass, 1999: p849). برخی نویسندگان این عدم توازن بین طرفین قرارداد بیمه را از منظر اقتصادی تحلیل می کنند. اینان معتقدند بیمه گر پس از وقوع حادثه ای که بیمه شده در قبال آن بیمه نامه تحصیل کرده است، انگیزه ذاتی برای پرداخت ندارد. بیمه شده حق بیمه را برای این پرداخت که تحت پوشش بیمه قرار گیرد، اما پس از بروز حادثه مورد بیمه، بیمه گر انگیزه ای برای پرداخت خسارت مطابق بیمه نامه ندارد، حتی اگر بیمه شده براساس بیمه نامه از تمامی حقوق مربوط به مطالبه خسارت برخوردار باشد. فقدان همسنگی لازم برای انگیزه مند کردن بیمه گر به پرداخت یا دست کم اقدام به موقع از یک سو فی نفسه با قرارداد خاص بیمه مرتبط است؛ چراکه بیمه گر چیزی برای تحصیل از التزام به رابطه خود با بیمه شده ندارد؛ زیرا بیمه شده پیشتر بخش قراردادی خود - یعنی پرداخت حق بیمه - را به انجام رسانده است. از سوی دیگر، عدم توازن متقابل را بایستی در فقدان حربه ها و مستمسک های لازم برای بیمه شده جهت استفاده در مقابل بیمه گر پس از امتناع وی از ایفای بخش قراردادی اش جستجو کرد؛ به این معنا که شیوه های جبران قراردادی سنتی بدین منظور به قدر کافی قوی و توانمند نیستند. قوی ترین حربه برای بیمه شده، مطالبه خسارت متوقع است که در عمل غالباً سقف مبلغ بیمه نامه است و نه چیز دیگر؛ زیرا خسارات متوقع بایستی جبران کننده باشند و زیان دیده بایستی در وضعیتی بهتر از آنکه در صورت پرداخت بیمه گر مطابق با قرارداد در آن وضعیت قرار می گرفت، قرار داده شود. به طور طبیعی، بیمه شده در این میان ممکن است متحمل زیان های اضافی و تبعی به دلیل عدم پرداخت بیمه گر شده باشد (Macintosh, 1994: p485). در پرونده *فلچر*، بیمه شده منزل مسکونی و قطعه زمین های کوچک خود را به خاطر فقدان درآمد از دست داده بود. به علاوه، به عقیده دادگاه، در موارد بیمه ازکارافتادگی تنها معیار میزان مسئولیت و خسارت، مبلغ یا مبالغ قابل پرداخت به همان شیوه و در همان زمانی است که در بیمه نامه تصریح شده است. به طور خلاصه، در چنین وضعیتی بیمه گر ممکن است به سادگی تصمیم بگیرد از پرداخت خسارت امتناع کند؛ چراکه بیمه شده بایستی در وصول آنچه مطابق قرارداد طلبکار است کاملاً مصمم و سمج

باشد و حتی در این صورت هم بیمه‌گر به‌خوبی از پیش می‌داند که مجبور به پرداخت تمامی هزینه‌ها و خسارات بیمه‌شده نیست. بنابراین به‌نظر می‌رسد وضعیت آسیب‌پذیر بیمه‌شده جهت شبه‌جرمی محسوب شدن رفتار بیمه‌گر حائز اهمیت است. نهایتاً دادگاه بدوی به این نتیجه می‌رسد که بیمه‌گر مرتکب نقض با سوءنیت قرارداد شده است. اگر بیمه‌گر به‌طور آگاهانه از وضعیت آسیب‌پذیر بیمه‌شده با انکار مسئولیت خود سوءاستفاده کند، درعین‌حالی که می‌داند هیچ دفاع محکمه‌پسندی در مقابل دعوای احتمالی ندارد و بااین‌حال بر روی ناآگاهی، عدم تخصص و ناتوانی بیمه‌شده در استیفای حقوق خود حساب می‌کند، در چنین موقعیتی، قابل‌پذیرش است که شیوه‌های جبران شبه‌جرمی نیز در دسترس بیمه‌شده قرار گیرند؛ چراکه این نوع رفتار از سوی بیمه‌گر بایستی از یک‌سو مورد سزادهی قرار گرفته و از سوی دیگر بایستی موضوع ممنوعیت و بازدارندگی قرار گیرد.^۱ این رأی در مرحله تجدیدنظر نیز تأیید می‌شود.

یکی از معایب حکم به خسارات بازدارنده در قبال نقض با سوءنیت قرارداد در حقوق بیمه که بایستی مورد توجه قرار گیرد افزایش بالقوه حق بیمه است؛ زیرا در این صورت شرکت‌های بیمه در تعیین حق بیمه خطر بالقوه مواجه شدن با میزان غیرقابل‌پیش‌بینی این نوع خسارات را نیز مدنظر قرار خواهند داد. بااین‌حال، این عیب باعث نشده دادگاه عالی کالیفرنیا و متعاقباً دادگاه‌های سایر ایالات از شناسایی نقض با سوءنیت به‌عنوان یک شبه‌جرم به‌خصوص یا طبقه‌بندی آن به‌عنوان یک شبه‌جرم با مفاد به‌خصوص از قبیل شبه‌جرم ایراد آسیب روانی شدید خودداری کنند؛ همان‌گونه که در پرونده فلچر قضیه از همین قرار بود (Richmond, 2010: p32; Tennyson & Werfel, 2009: p208).

1. <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/10/376.html>.

در حال حاضر بسیاری از ایالات نقض با سوءنیت در پرونده‌های بیمه را به عنوان یک شبه جرم به خصوص پذیرفته و دادگاه‌ها در قبال آن به خسارات بازدارنده حکم می‌دهند.^۱ در گرماگرم گسترش دادگاه‌های ایالات متحده در دهه ۱۹۷۰ این پرسش مطرح بود که آیا نقض با سوءنیت با دسترسی بالقوه خود به خسارات بازدارنده می‌تواند در موارد دیگری غیر از پرونده‌های بیمه نیز اعمال شود؛ زیرا به نظر می‌رسد شرط وجود رابطه خاص بین متعاقدین یک رکن نسبتاً عمومی باشد. در ادامه خواهیم دید.

۳-۱-۱. پرونده سی من (Seaman Inc)^۲

باز هم در ایالت کالیفرنیا، حدود و ثغور شبه جرم نقض با سوءنیت قرارداد به بوته آزمایش گذاشته شد. در حالی که تأثیر نقض با سوءنیت قرارداد بر امکان مطالبه خسارات بازدارنده پیشتر در پرونده‌های بیمه و کمابیش در مواردی از قراردادهای استخدامی پذیرفته شده بود،^۳ در پرونده حاضر دادگاه در تلاش بود تا یک مبنای عام را برای اعمال این اندیشه پایه‌ریزی کند.

پرونده جنجالی سی من در سال ۱۹۸۴ توسط دادگاه عالی کالیفرنیا تصمیم‌گیری شد. سی من خرده‌فروش لوازم جانبی قایق‌های تفریحی بود. مقامات شهر اورکا^۴ برای ساختن یک لنگرگاه ساحلی که داخل آن فضایی برای سوختگیری قایق‌ها تعبیه شده باشد، برنامه‌ریزی کرده بودند. سی من و اورکا قراردادی منعقد کردند که براساس آن اورکا متعهد

۱. در اغلب کشورهای اروپای قاره‌ای، تنها ضمانت اجرایی که در قبال نقض با سوءنیت قراردادهای بیمه (تأخیر یا عدم پرداخت خسارت به وسیله شرکت بیمه) در نظر گرفته شده، بهره قانونی است. باین حال، در رویه قضایی آلمان اعتقاد بر این است که اداره ناصواب مطالبات بیمه‌شدگان و طفره رفتن بلاوجه شرکت بیمه از پرداخت خسارت سبب ورود زیان غیرمادی و آزرده‌گی خاطر بیمه‌شدگان است و بر همین اساس تشدید پرداخت خسارت می‌تواند شیوه جبران مناسبی در مقابل چنین رفتار غیرمنصفانه‌ای باشد (van Boom, 2011, 93).

2. Seaman's Direct Buying Service, Inc. v. Standard Oil Co. (1984).

3. Tameny v. Atlantic Richfield Co. (1980).

۴. Eureka: شهری بندری در شمال ایالت کالیفرنیا.

به اجاره دادن فضایی در لنگرگاه به سی من برای فروش سوخت قایق‌های تفریحی شده بود؛ اما قرارداد مشروط به این بود که سی من مدارکی مبنی بر اخذ نمایندگی از یک شرکت معتبر در حوزه تأمین سوخت را به اورکا ارائه کند. بدین منظور سی من با شرکت *استاندارد/اوایل* قراردادی منعقد کرد و رو گرفت آن را به عنوان مدرک به اورکا ارائه کرد، و بر همین اساس اورکا مورد اجاره را به مدت چهل سال در اختیار سی من قرار داد.

اما در بحبوحه کمبود جهانی نفت طی سال‌های ۱۹۷۳ و ۱۹۷۴، *استاندارد/اوایل* در تصمیم خود تجدیدنظر کرده و مدعی می‌شود هیچ توافق الزام‌آوری با سی من به مرحله انعقاد نرسیده و بر همین اساس از تأمین سوخت برای او امتناع ورزید.^۱ متعاقباً سی من با ادعای نقض قرارداد، نقض شرط حسن نیت و معامله منصفانه و مداخله تورتی علیه *استاندارد/اوایل* اقامه دعوا کرد (Slawson, 1996: p106). در اینجا دعوای مداخله تورتی مورد بحث ما نیست.^۲ وقایع پرونده به خوبی نشان می‌دهد سی من در تمامی مراحل دادرسی محکوم‌له خسارات متوقع واقع شده است؛ اما او علاوه بر خسارت جبرانی، مدعی خسارات بازدارنده در قبال نقض شرط حسن نیت و معامله منصفانه نیز بود. پرسش این است که آیا وقایع پرونده به سی من امکان دسترسی به خساراتی فراتر از خسارات متوقع را می‌دهد؟ جنبه جدید پرونده سی من این بود که برخلاف پرونده سابق، این پرونده راجع به قراردادهای بیمه نبود.

بخش دشوار قضیه این است که چگونه دادگاه به میزان بالاتری از خسارت متوقع رأی داده است. دادگاه همه ادعاهای سی من از جمله خسارات بازدارنده را پذیرفت، اما در به دست دادن دلیلی برای این تصمیم با دشواری مواجه بود. دادگاه معتقد بود این رابطه

1. <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/36/752.html>

۲. شبه جرم مداخله تورتی بدین معناست که شخص ثالثی به طور غیرقانونی در روابط تجاری و قراردادی طرفین یک قرارداد اختلال ایجاد کند. در پرونده حاضر استاندارد اوایل با عدم تبعیت خود از مفاد قراردادش با سی من، موجب اختلال در رابطه قراردادی بین سی من و اورکا شده بود؛ چراکه به خاطر رفتار استاندارد اوایل، سی من از یک قرارداد سودآور با اورکا محروم شده بود.

قراردادی یک قرارداد تجاری عادی بوده و فاقد ویژگی‌های خاص قراردادهای بیمه است. در اصل، رویکرد نقض با سوءنیت که علی‌الظاهر مختص قراردادهای بیمه بود، در این مورد خاص قابل اعمال به نظر نمی‌رسید. باین حال، دادگاه معتقد بود نقض با سوءنیت قرارداد می‌تواند در موارد غیربیمه‌ای نیز محقق شود، اگر طرف ناقض: «بدون دلیل موجه و بدون اعتقاد به در دست داشتن یک دفاع محکمه‌پسند در قبال دعوای بالقوه طرف دیگر، عمداً وضعیتی کارشکنانه و عدم همکاری اتخاذ کرده باشد. چنین رفتاری از صرف یک نقض عادی فراتر می‌رود. چنین اقدامی با مفاهیم پذیرفته شده از اخلاق کسب و کار در تعارض است.» (Seaman's Direct Buying Service inc. v. Standard Oil Co 36 Cal. 3d 752, 686 P. 2d 1158, 206 Cal. Rptr, P. 354)

کلنجار رفتن با نقض با سوءنیت قرارداد در ایالات متحده با پرونده سی من پایان نیافت. رشد سریع نقض با سوءنیت به عنوان یک تورت به خصوص که می‌تواند راه را بر روی انواع متعددی از خسارات، از جمله خسارات بازدارنده، که به طور معمول در موارد نقض عادی قرارداد در دسترس نیستند باز کند، البته از روند ثابتی برخوردار نبود؛ چراکه فشارها برای ممنوعیت تلقی کردن نقض قرارداد به عنوان یک شبه جرم، بسیار زیاد بود. اغلب دادگاه‌ها به آزادی متعاقدين در وفاداری به قرارداد یا نقض آن، دست کم به مبانی کامن لایی این اصل، استناد می‌کردند (Farnsworth, 2004: p763).

بنابراین به نظر می‌رسد در حقوق ایالات متحده نمی‌توان به آسانی به تمهید قاعده‌ای کلی در رابطه با تأثیر نقض عامدانه قرارداد بر قابلیت مطالبه خسارات بازدارنده و گسترش آن دست زد. با وجود این برخی نویسندگان تلاش کرده‌اند با تمییز دادن بین انواع نقض عامدانه، قاعده‌ای عام را در این زمینه پایه‌ریزی کنند.

برای مثال پازنر، یکی از مدافعان سرسخت اندیشه «نقض کارآمد»، معتقد است بایستی بین نقض‌های عامدانه کارآمد و نقض‌های عامدانه غیرکارآمد تمایز قائل شد. نقض‌های عامدانه کارآمد که باعث افزایش ثروت عمومی می‌شوند نبایستی به صرف عامدانه بودن، موضوع خسارات بازدارنده قرار گیرند. از دیگر سو، نقض‌های عامدانه‌ای که از کارآمدی

برخوردار نیستند و طرف ناقض صرفاً دنبال تحصیل سود بیشتر به هزینه طرف بی تقصیر است، بی تردید بایستی به وسیله حکم به خسارات بازدارنده مورد منع و بازدارندگی قرار گیرند (Posner, 2014: p142). درحقیقت وی نقض کارآمد قرارداد را که بنا به تعریف ارائه شده در مقدمه مقاله، خود یکی از مصادیق روشن نقض عامدانه است، از حکم به خسارات بازدارنده مستثنی می کند.

نویسندگان دیگر بدون اینکه بین انواع نقض عامدانه به لحاظ حکم به خسارات بازدارنده تفاوتی قائل شوند، معتقدند به جز نقض های عادی، تمامی انواع نقض های عامدانه، چه کارآمد و چه غیر آن، بایستی موضوع حکم به خسارات بازدارنده قرار گیرند (Shiffrin, 2009: p708; Dodge, 1999: p634). از منظر اینان پدیده نقض عامدانه قرارداد به دو بخش قابل تحلیل است: از یک سو چنین نقضی تخلف از مفاد قرارداد است که بایستی با پرداخت خسارت متوقع جبران شود. از سوی دیگر چنین رفتاری ارتکاب عمدی یک فعل زیانبار (نقض قرارداد) است و همان طور که در حقوق تورت، ارتکاب عمدی و با سوءنیت فعل زیانبار خسارات بازدارنده را برمی انگیزد، در نقض قرارداد هم عامدانه بودن این رفتار زیانبار بایستی جدای از خود نقض موضوع ضمانت اجرا قرار گیرد. چنان که در پرونده فوق نیز دیدیم، دادگاه معتقد بود رفتار عامدانه خوانده چیزی فراتر از یک نقض صرف است. چنین گزاره ای بی تردید بر پایه های اخلاقی مبتنی است (Shiffrin, 2009: p726). اخلاق حکم می کند در مقابل شخصی که عمداً قانون طرفینی، یعنی قرارداد، را زیر پا گذاشته و بر آن جرئت می یابد، بایستی با شدت عمل برخورد کرد. اظهارات این حقوقدانان انسان را به یاد مبحث «تجری» در اصول فقه می اندازد. در آنجا، شخص متجری عامدانه و به قصد مخالفت عملی با حکم الزامی مولی اعم از واجب یا حرام، مرتکب رفتار مبعوض مولی می شود، اما کاشف به عمل می آید که قطع او با واقعیت مغایر بوده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۵: ج ۲، ص ۳۵۸). با وجود اینکه خطاکاری متجری چنان که انتظار داشته مطابق با واقع نبوده، اما به دلیل عمد و سوءنیتی که در مخالفت با امر مولی داشته، رفتار وی نبایستی بدون پاسخ بماند (صدر، ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۴۰). هرچند فقها در رابطه با

پاسخ مناسب در قبال تجری اختلاف نظر دارند - برخی متجری را مستحق عقاب دنیوی و اخروی دانسته (همان، ص ۴۱)، برخی معتقدند متجری عقلاً مستحق عقاب است اما نه شرعاً (خویی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۲۶)، و برخی تجری را نه عقلاً و نه شرعاً حرام نمی‌دانند اما به لحاظ قبح فاعلی، متجری را مستحق سرزنش می‌دانند (شیخ انصاری، ۱۴۱۹ق: ج ۱، ص ۳۹) - اما همگی متفق‌القولند که تجری قبح فاعلی داشته و متجری مستحق توبیخ و تعزیر خفیف است. در تحلیل اخیری که ارائه کردیم نیز حقوق‌دانان آمریکایی ناقض عامد را در قبال عنصر عامدانه بودن نقض که اضافه بر اصل نقض است، مستحق سرزنش دانسته و با حکم به خسارت بازدارنده بدان پاسخ داده‌اند.

باین حال، به نظر می‌رسد حقوق ایالات متحده تا پذیرش یک قاعده عام در رابطه با حکم به خسارات بازدارنده در موارد نقض عامدانه فاصله دارد. اغلب ایالات این خسارات را فقط در همان محدوده ماده ۳۵۵ ری استیتمنت دوم، یعنی مواردی که نقض قرارداد شبه جرم نیز محسوب شود، و غالباً در قراردادهای بیمه و برخی استثنائات محدود دیگر^۱ اعمال می‌کنند (Corbin, 1965: p440-3) و فقط معدودی از آنها خسارات بازدارنده در قبال سایر نقض‌های عامدانه را تجویز می‌کنند.^۲ البته این بی‌میلی به شدت عمل در قبال نقض‌های عامدانه با توجه به رویکرد اقتصادی غالب در ایالات متحده قابل فهم است. در اینجا سیاست اجتماعی بر این است که اتخاذ عکس‌العمل‌های شدید در قبال نقض قرارداد، تنها باعث نمی‌شود ارتکاب نقض کاهش یابد، بلکه سبب می‌شود تمایل

۱. برخی از این موارد به‌خوبی تثبیت شده و به‌طور گسترده‌ای مورد شناسایی قرار گرفته‌اند؛ از جمله: نقض تعهد به ازدواج، نقض قرارداد توسط شرکت‌های خدمات عمومی، نقض قراردادی که درعین حال نقض یک وظیفه امانی نیز هست و جدیدتر از همه، نقض با سوءنیت قرارداد بیمه توسط بیمه‌گر. از این میان نخستین احکام صادره متضمن خسارات بازدارنده در ایالات متحده مربوط به نقض تعهد به ازدواج بوده است.

۲. این ایالات عبارتند از: آریزونا، مونتانا، نوادا، ویومینگ، هاوایی، آیداهو، می‌سی‌سی‌پی، نیومکزیکو، رودآیلند، کارولینای جنوبی، تنسی و ورمونت.

به انعقاد و اجرای قراردادهای تجاری نیز کاهش پیدا کند. بر همین اساس شیوه‌های جبران نایستی چندان سخت باشند که باعث شود اشخاص از خیر انعقاد قراردادهای تجاری بگذرند (Perlstein, 1992: p437).

۲-۱. انگلستان: خسارات بازدارنده و نقض عامدانه قرارداد (بیمه)

چنان‌که دیدیم، دادگاه‌های انگلستان تمایل چندانی به خسارات بازدارنده در قبال نقض قرارداد، حتی نقض‌های عامدانه ندارند. باین‌حال، قانون‌گذار انگلیسی در رابطه با نقض عامدانه قراردادهای بیمه نوعی خسارت را به رسمیت شناخته که به لحاظ ماهوی شباهت زیادی با خسارات بازدارنده یا در لسان حقوقی این کشور «خسارات عبرت‌آموز» دارد.

در قراردادهای بیمه طرفین مکلفند با نهایت حسن نیت^۱ عمل کنند (Beale, 2018: No1-04). این اصل در حقوق بسیاری از کشورهای تابع نظام کامن‌لا (قانون فدرال ایالات متحده، نیوزیلند، استرالیا، هنگ‌کنگ، هند، کانادا و سنگاپور) و رومی - ژرمنی (بلژیک، فرانسه، آلمان، ترکیه، دانمارک، نروژ، هلند و یونان) پذیرفته شده است (MacDonald et.al, 2018: p2). در حقوق انگلستان نیز قانون‌گذار با تصویب قانون بیمه در سال ۲۰۱۵ بر این اصل صحه گذارده است.^۲ در بیشتر تألیفات آکادمیک تمرکز بر روی وظیفه حسن نیت بیمه‌شده است؛ زیرا وی بیشترین آگاهی را از جوانب و حدود و ثغور خطر مورد بیمه دارد. باین‌حال، تردیدی نیست که بیمه‌گر نیز بایستی در قبال بیمه‌شده با نهایت حسن نیت رفتار کند. برای مثال ماده ۱۳A قانون فوق حاوی یک شرط ضمنی در همه قراردادهای بیمه بدین مضمون است: «اگر بیمه‌شده براساس قرارداد مطالبه پرداخت کند، بیمه‌گر بایستی در مدت متعارفی مبالغ مقتضی در قبال آن مطالبه را بپردازد».^۳ این شرط به منظور اطمینان از دستیابی بیمه‌شده به شیوه جبران مناسب در موقعیت‌های تأخیر نامتعارف توسط بیمه‌گر به رسمیت شناخته شده است.

1. The principle of utmost good faith.

2. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/contents/enacted>.

3. If the insured makes a claim under the contract, the insurer must pay any sums due in respect of the claim within a reasonable time.

(MacDonald et.al, 2018: p395). یکی از حقوق بیمه‌گر در مرحله اجرای قرارداد این است که برای اطمینان از صحت ادعای بیمه‌شده، پس از بروز حادثه اقدامات لازم در راستای راستی‌آزمایی آن را انجام دهد.^۱ در این فرایند، بیمه‌گر بایستی در قبال بیمه‌شده منصفانه عمل کند و نباید دنبال جلب منفعت از رهگذر ناآگاهی و عدم مهارت بیمه‌شده باشد. برای مثال ممکن است بیمه‌گر بدون هیچ دلیل موجهی عمداً از پذیرش مسئولیت خود امتناع یا آن را به تأخیر بیندازد، یا بیمه‌شده را ناچار به اثبات چیزی کند که خود بیمه‌گر از درستی آن آگاه است.^۲ بی‌تردید چنین رویه‌هایی نقض شرط فوق و وظیفه حسن نیت است (Ibid, p391) و به لحاظ فنی نقض عامدانه تعهد قراردادی بیمه‌گر به پرداخت خسارت محسوب می‌شود. اکنون پرسش این است که در چنین مواردی بیمه‌شده از چه شیوه جبرانی برخوردار است. به‌طورکلی، مطابق حقوق انگلستان، اگر یکی از طرفین اقدام به نقض قرارداد کند، طرف دیگر می‌تواند در قبال زیان‌های وارده مطالبه خسارت (متوقع) کند. قربانی بایستی زیان‌های وارده واقعی را اثبات و اقدامات متعارف را برای به حداقل رساندن زیان انجام دهد (Burrows, 2004: p348). به‌طور سنتی این قاعده عمومی در قراردادهای بیمه نیز اعمال می‌شود و بیمه‌شده صرفاً می‌تواند سقف خسارات مندرج در بیمه‌نامه به اضافه بهره قانونی (بهره بسیط و نه مرکب) ناشی از تأخیر در پرداخت را مطالبه کند (Clarke, et.al, 2009, para 26-5b, 30-2, 30-7). اما زیان‌هایی که بیمه‌شده از رهگذر تأخیر یا عدم پرداخت بیمه‌گر متحمل شده، اصولاً قابل مطالبه نیست؛ چراکه در حقوق انگلستان خسارت از خسارت قابل مطالبه نیست (Ibid). روشن است که چنین رویه‌ای نمی‌تواند تمامی زیان‌های ناشی از نقض عامدانه بیمه‌گر را پوشش دهد.^۳

1. Yorkshire Insurance Co Ltd v Craine [1922] 2 AC 541, 545-547 (per Lord Atkinson).

۲. اظهارات لرد پنروس (Penrose) در پرونده (۱۹۹۷) Fagnoli v G A Bonus plc.

۳. برای نمونه بنگرید به پرونده: (۱۹۹۷) Sprung v Royal Insurance (UK) Ltd.

اما در سال‌های اخیر قانون‌گذار انگلیسی با تصویب قانون بیمه ۲۰۱۵ (با اصلاحات بعدی به‌وسیله بخش ۲۸ تا ۳۰ قانون بنگاه‌های اقتصادی ۲۰۱۶)^۱ به حمایت از حقوق بیمه‌شدگان برخاسته است. در این قانون شیوه‌های جبرانی برای طرفین قرارداد در قبال نقض عامدانه وظیفه حسن نیت پیش‌بینی شده است (Explanatory Notes to the Enterprise Act 2016: para 261–262). یکی از شیوه‌های جبرانی که برای بیمه‌شده در مقابل نقض عامدانه قرارداد توسط بیمه‌گر اندیشیده شده، پرداخت خسارت پولی علاوه‌بر مبلغ بیمه‌نامه و بهره قانونی است (Clarke & Soyer, 2017: p6). بنابراین، برای مثال تاجری را فرض کنید که وسایل کسب‌وکار خود را بیمه کرده، اما بر اثر حادثه‌ای آن وسایل تلف شده و تاجر قادر به تأمین جایگزین آنها برای ادامه کسب‌وکار خود نیست. شرکت بیمه نیز بدون دلیل موجهی عمداً از پرداخت خسارت امتناع می‌ورزد. در این صورت، تاجر می‌تواند به میزان درآمدی که قادر بود از رهگذر مال‌التجاره تلف‌شده طی مدت تأخیر در پرداخت توسط شرکت بیمه کسب‌کند، از بیمه‌گر مطالبه خسارت کند. این خسارات علاوه‌بر خسارت تلف مال‌التجاره مورد بیمه و بهره قانونی ناشی از تأخیر در پرداخت است. هرچند در این قانون به ماهیت این خسارات اشاره‌ای نشده، اما روشن است که قابلیت مطالبه این نوع خسارت پیوند وثیقی با امتناع عمدی بیمه‌گر از تعهد به پرداخت به‌موقع خسارت به بیمه‌شده دارد و از این جهت شباهت زیادی به خسارات بازدارنده دارد.

۱.۳. حقوق فرانسه: حرکتی ناکام به‌سوی شناسایی خسارات بازدارنده در قرارداد

در حقوق فرانسه نیز بنا به قاعده کلی، خسارات بازدارنده نه در نقض قرارداد و نه در تورت قابل مطالبه نیست (Rowan, 2012: p192). در هر دوی این حوزه‌ها مقصود اصلی از پرداخت خسارت جبران ضررهای زیان‌دیده است و برخی نویسندگان معتقدند برای این منظور عواملی از قبیل شدت نقض و میزان منافع حاصله از نقض برای طرف

1. Enterprise Act 2016.

ناقض، دخالتی در دامنه خسارات قابل مطالبه ندارد (Vieny, 2001: p266-7). با وجود این، همانند حقوق انگلستان در فرانسه نیز در سال‌های اخیر موضوع بازنگری در عدم قابلیت مطالبه خسارات بازدارنده در مسئولیت‌های قراردادی، معرکه آرای حقوقدانان بوده است. ایده خسارت بازدارنده در حوزه نقض قرارداد در فرانسه برای نخستین بار به وسیله لوتورنو^۱ مطرح شد و پس از آن نیز به وسیله نویسندگان دیگر مورد تصدیق و تأیید قرار گرفت؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت دکترین حقوقی فرانسه اشتیاق فراوانی برای پذیرش خسارات بازدارنده در قبال نقض‌های عامدانه دارد. اینان معتقدند بایستی راهکارهایی برای از بین بردن انگیزه‌های مالی و اقتصادی متعاقدين برای ارتکاب نقض عامدانه قرارداد اندیشیده شود (Rowan, 2021: p69). بازتاب این اندیشه مطرح در دکترین حقوقی را حتی می‌توان به‌روشنی در پروژه‌های اصلاحی مختلفی که پیش از تصویب مقررات اصلاحی (۲۰۱۶) انجام شده، مشاهده کرد. درمجموع تا پیش از تصویب مقررات جدید، سه طرح پیشنهادی عمده برای اصلاح مقررات حقوق تعهدات مطرح و اجرا شد.^۲ مهم‌ترین این پروژه‌ها طرح اصلاحی کاتالا است که مورد استقبال جامعه دانشگاهی و دادگاه‌های فرانسوی نیز قرار گرفت (Cartwright et.al, 2009: p16-17). یکی از نوآوری‌های مهم این طرح در حوزه حقوق جبران‌ها، پیشنهاد اصلاح و تکمیل رژیم حقوق خسارات به وسیله گنجاندن خسارات بازدارنده در قانون مدنی بود. در ماده ۱۳۷۱ این طرح امکان حکم به خسارات بازدارنده در موارد وقوع «نقض عامدانه آشکار»^۳ صراحتاً پیش‌بینی شده بود: «شخصی که مرتکب یک نقض عامدانه آشکار می‌شود، خصوصاً نقضی که به انگیزه تحصیل نفعی ارتکاب می‌یابد، علاوه بر محکومیت

1. Philippe Le Tourneau.

۲. یکی طرح اصلاحی حقوق تعهدات به سرپرستی پروفیسور پی‌یر کاتالا در سال ۲۰۰۵؛ دیگری طرح اصلاحی حقوق قراردادها به سرپرستی فرانسوا تره در سال ۲۰۰۸ و نهایتاً پروژه اصلاح حقوق قراردادها توسط وزارت دادگستری فرانسه در سال ۲۰۰۹.

3. faute manifeste deliberée.

به خسارات جبرانی می‌تواند به پرداخت خسارات بازدارنده نیز محکوم شود، و دادگاه می‌تواند بخشی از آن را به صلاحدید خود به صندوق دولت واریز کند. تصمیم دادگاه به پرداخت خساراتی از این دست بایستی مبتنی بر دلایل مشخص بوده و میزان آن باید از سایر خسارات محکوم به متمایز باشد. خسارات بازدارنده نمی‌تواند موضوع عقد بیمه قرار گیرد» (Rowan, 2009: p358).^۱

مطابق این ماده تمامی نقض‌های عامدانه آشکار - که نقض قرارداد با انگیزه نیل به نفع مالی بیشتر که تحت عنوان «faute lucrative» از آن یاد می‌شود، یکی از مصادیق آن است - می‌توانستند موضوع حکم به خسارات بازدارنده قرار گیرند. اصطلاح «تقصیر عامدانه آشکار» یک اصطلاح و مفهوم بدیع در حقوق مدنی فرانسه بود و به نظر می‌رسد نوع جدیدی از تقصیر را به انواع تقصیرهای موجود می‌افزود.^۲ ویژگی اصلی این مفهوم به نظر می‌رسد این باشد که طرف ناقض بایستی به دلخواه مرتکب فعل یا ترک فعلی شده باشد که نقض وظیفه قراردادی به شمار می‌رود و به علاوه احتمال بروز خسارت را قصد کرده یا دست کم از بروز آن آگاه باشد. به نظر می‌رسد قید «آشکار» بر لزوم احراز قطعیت نسبت به انگیزه طرف ناقض در ارتکاب نقض حکایت دارد و احتمالاً به منظور تعیین اوضاع و احوالی اضافه شده که حکم به خسارات بازدارنده را موجه می‌کند (Rowan,

1. L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, a des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part de Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts ne sont pas assurables.

۲. افزودن یک اصطلاح جدید در کنار سایر انواع تقصیر موجود در حقوق فرانسه از جمله «تقصیر ساده»، «تقصیر سنگین»، «تقصیر غیرموجه» و «تقصیر عمدی» باعث بروز انتقاداتی شد. برای مثال جهت دیدن انتقاد از به کار بردن یک اصطلاح جدید بنگرید به: گزارش دیوان عالی فرانسه در رابطه با پروژه کاتالا (قابل دسترسی در سایت دیوان عالی فرانسه):

Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (15 Jun 2007).

193 p (2012). برای این منظور برای مثال یک تقصیر ساده کفایت نمی‌کند اما یک تقصیر سنگین می‌تواند حکم به خسارات بازدارنده را توجیه کند.

معرفی این ماده اصلاحی تأییدات (Fabre-Magnan, 2009: No158) و البته انتقادهای (Koziol & Wilcox, 2009: p71) بسیاری در پی داشت. برخی از پیشنهاد ورود خسارات بازدارنده به قانون مدنی حمایت کرده و برخی دیگر با احتیاط با آن برخورد کرده‌اند. یکی از انتقادهای اصلی این بود که سزادهی کار حقوق جزا و دولت است و در حوزه حقوق خصوصی واکنش‌ها در قبال رفتار عامل زیان بایستی بر صرف جبران ضرر و نه مجازات مرتکب معطوف باشد. در پاسخ به چنین انتقاداتی برخی نویسندگان یادآور می‌شوند که در حال حاضر نیز در حقوق مسئولیت مدنی فرانسه به‌طور کلی و حتی در حوزه مسئولیت قراردادی به‌طور خاص، عناصری از سزادهی بازدارندگی وجود دارد (Rowan, 2021: p72). حتی برخی نویسندگان حدود بیست سال پیش از اصلاح قانون مدنی معتقد بودند که عنصر مجازات در بسیاری از حوزه‌های حقوق مدنی فرانسه وجود داشته و نقش حیاتی در مسئولیت مدنی ایفا می‌کند (Carval, 1995: p18). حقوق‌دانان فرانسوی عموماً متفق‌القولند که مقصود از مسئولیت مدنی صرفاً جبران زیان نیست، بازدارندگی و سزادهی نیز دو کارکرد بالقوه مسئولیت مدنی هستند و تردیدی نیست که برخی مکانیزم‌هایی که به لحاظ فنی به حقوق مسئولیت تعلق داشته یا دست‌کم به نوعی بدان مرتبطند، اصولاً در صدد جبران زیان نیستند، بلکه عمدتاً مقصود از آنها تنبیه عامل زیان است. بر این اساس مسئولیت مدنی به عنوان شکلی از مجازات خصوصی (peine privée) عمل می‌کند و نه به عنوان جبران غرامت (Koziol & Wilcox, 2009: p56). در واقع می‌توان گفت مکانیزم‌های حقوقی بازدارنده و سزادهنده که برای مثال در حقوق انگلستان غیرقابل تحمل‌اند، اما در فرانسه بخش جدایی‌ناپذیر از چارچوب حقوق جبران‌ها در حقوق خصوصی این کشور به حساب

می‌آیند. برای نمونه پذیرش شروط کیفری در حقوق فرانسه^۱ که مقصود از درج آنها در قرارداد تنبیه و بازداشتن متعهد از ارتکاب نقض است، کارکردی شبیه به خسارات بازدارنده دارد؛ زیرا میزان جریمه مندرج در این شروط می‌تواند بسیار بیش از زیان‌های واقعی باشد و حتی به‌طور معمول دادگاه نیز حق تعدیل میزان جریمه توافقی را ندارد. بنابراین در این گونه موارد هدف از درج این شروط نه جبران خسارت احتمالی وارده بر متعهدله، بلکه همانند خسارات بازدارنده تهدید متعهد در صورت نقض تعهد است. عنصر سزادهی و مجازات در شروط کیفری به‌وسیله نویسندگان قانون مدنی سابق فرانسه (۱۸۰۴) تحت عنوان «تجسمی عالی از ملاحظات اخلاقی در الزام اشخاص به ایفای تعهداتی که برعهده گرفته‌اند» توصیف شده است (Rowan, 2021: p65). بر این اساس، ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی جدید فرانسه شاهی بر این مدعاست که در حقوق فرانسه پرداخت خسارت می‌تواند به‌عنوان چیزی بیش از جبران غرامات زیان‌دیده از نقض عمل کند.

نهاد دیگری که نوعی کارکرد سزادهی در حقوق خصوصی فرانسه دارد، /سترنیت^۲ یا جریمه اجبار است که در حقیقت یک جریمه دوره‌ای است که به‌وسیله دادگاه بر متعهدی تحمیل می‌شود که به وظیفه قانونی خود عمل نمی‌کند. این جریمه که به‌طور معمول به‌صورت روزانه محاسبه می‌شود تا زمانی که مدیون دین خود را ادا کند ادامه می‌یابد. این جریمه علاوه بر مبلغ دین اصلی است. این نهاد نیز کارکردی مشابه با خسارات بازدارنده دارد؛ چراکه پول پرداخت‌شده به‌وسیله متعهد به طلبکار از میزان زیان واقعی وارده بر وی بیشتر بوده و دست‌کم به‌لحاظ تئوریک مبلغ قابل‌پرداخت از باب /سترنیت می‌تواند به مبالغی بسیار بیشتر از دین اصلی بالغ شود (Koziol & Wilcox, 2009: p57-58).

۱. ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی جدید فرانسه.

2. Astreinte.

علاوه بر اینها در حقوق فرانسه امکان مطالبه خسارات غیرقابل پیش‌بینی و نیز ممنوعیت تمسک مشروطه به شروط معافیت از مسئولیت در موارد نقض عامدانه قرارداد، از دیگر مواردی است که عنصر سزادهی در آنها وجود دارد (رضایی و دیگران، ۱۳۹۷: ص ۱۴۹). درحقیقت چنین احکامی برای تنبیه طرف ناقض در قبال رفتار ناهنجار عمدی و با سوءنیت اوست که بی‌تردید بر مبانی اخلاقی استوارند (Rowan, 2021: p64).

گذشته از استدلال‌های تئوریک فوق، درحال حاضر در عمل نیز رویه محاکم فرانسوی، آگاهانه یا ناخودآگاه، بدین سو گرایش دارد که میزان خسارات قابل پرداخت را براساس نوع و شدت رفتار طرف ناقض ازجمله عامدانه بودن نقض تعیین کنند (ژوردن، ۱۳۹۱: ص ۹۹؛ Cartwright et.al, 2009: p342). بر همین اساس و با توجه به وجود عناصری از سزادهی در حقوق خصوصی کنونی فرانسه برخی حقوق دانان تأکید می‌کنند که این اثرگذاری باید در قانون مدنی رسمیت یافته و در مواقعی که شیوه‌های جبران موجود از اثربخشی ضعیفی برخوردارند - ازجمله در تقصیرهای عامدانه در معنای موسع آن - و در آنها خسارات جبران‌کننده حمایت کافی از زیان‌دیده تدارک نمی‌بیند، به‌صراحت مقرر شوند (Vieny, 2002: p66).

به‌هررو و با وجود اشتیاق زائدالوصف دکترین حقوقی فرانسه برای رسمیت‌بخشی به خسارات بازدارنده در قبال نقض عامدانه، اما در مقررات اصلاحی این موضوع همچنان به سکوت برگزار شده است. بااین‌حال، بذل توجه به ماده ۱۳۷۱ طرح کاتالا حائز اهمیت است؛ زیرا منعکس‌کننده خط فکری موجود در دکترین حقوقی کنونی فرانسه است که کاملاً با تئوری حقوق اقتصادی نقض کارآمد رایج در ایالات متحده در تضاد است. در حقوق فرانسه مقصود از حکم به خسارات بازدارنده تنها جبران در آن مواردی که (در حقوق ایالات متحده) راجع به نقض‌های با سوءنیت در پرونده‌های بیمه‌ای توضیح داده شد، نیست؛ بلکه علاوه بر آن هدف از چنین خساراتی جبران در قبال هر نقض

منفعت طلبانه‌ای از جمله مصداق کلاسیک نقض عامدانه، یعنی فروش مجدد مبیع نیز هست (Rowan, 2009: p358-9).

۴-۱. حقوق آلمان

چنان‌که دیدیم، در نظام حقوقی آلمان، نه قانون مدنی سخنی از خسارات تنبیهی گفته (Markesinis, 2006: p443-444) و نه دادگاه‌های آلمانی میانه خوبی با حکم به این خسارات دارند (Koziol & Wilcox: 2009, 76)؛ چراکه در اینجا نیز اصل بر جبرانی بودن خسارات است (Giglio, 2001: p131). با این حال، در مقررات اصلاحی سال ۲۰۰۳ قانون مدنی (ماده ۲۸۵)، نوعی شیوه جبران در قبال نقض عامدانه قرارداد بیع به رسمیت شناخته که از ماهیت بازدارندگی و سزادهی برخوردار است.^۱ این ماده عمدتاً در مواردی اعمال می‌شود که بایع کالای معینی را با ثمن بازاری به خریدار فروخته و سپس مبیع را در قبال ثمنی بالاتر به دیگری فروخته و تحویل می‌دهد (Danneman, 2009: p16).

در چنین موقعیت‌هایی، اولاً، اجرای عین تعهد یعنی تحویل مبیع یا امکان‌پذیر نیست یا با هزینه غیرمتعارفی همراه است. ثانیاً، دعوای مطالبه خسارت نیز از کاربرد چندانی برای خریدار نخست برخوردار نیست؛ زیرا وی مبیع را به قیمت سوقیه خریداری کرده بود و می‌تواند کالای جایگزین را با همان قیمت از جای دیگر تهیه کند. بر همین اساس، ماده ۲۸۵ قانون مدنی به‌خاطر سوءنیت و تعمد بایع در نقض قرارداد، به خریدار نخست اجازه می‌دهد منافع حاصل برای فروشنده از رهگذر بیع دوم (یعنی ثمن معامله دوم) را مطالبه کند.^۲ مطابق تعریفی که در مقدمه از نقض عامدانه ارائه شد، فروش مبیع به دو خریدار و در قبال ثمنی بیشتر، مصداق بارز نقض عامدانه قرارداد به حساب می‌آید.^۳ اما

۱. ماده ۱۰۴ قانون مدنی هلند و ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی ایتالیا نیز حاوی مقرره‌ای مشابه هستند.

۲. در قانون مدنی آلمان از اصطلاح «den Gewinn abzuschöpfen» برای بیان این شیوه جبران استفاده شده است.

۳. برای نمونه بنگرید به رأی (1967) BGHZ 46, 260 صادره از دادگاه فدرال آلمان.

اینکه آیا در سایر موارد نقض عامدانه نیز متعهده می‌تواند این شیوه جبرانی را مطالبه کند، در ادبیات حقوقی کنونی آلمان محل بحث است (Rusch, 2001: p59).^۱ گرایش عمده دکترین حقوقی بر این است که اگر متعهد عمداً از اجرای تعهدات خود امتناع ورزد، متعهده مستحق هرگونه نفعی است که از رهگذر نقض قرارداد برای متعهد ناقض حاصل شده است (Kötz, 2017: p271). بی‌تردید پیشرفت‌های حقوقی نوینی از این‌دست بیانگر این است که تلاش‌هایی برای رسمیت‌بخشی به تأثیر نقض عامدانه قرارداد بر تشدید شیوه‌های جبران از طریق حکم به خسارات بازدارنده در حقوق اروپایی در حال شکل گرفتن است.

۵-۱. تشدید ضمان و بازدارندگی مسئولیت قراردادی در حقوق ایران و فقه

در رابطه با امکان پذیرش خسارات بازدارنده در حقوق ایران و مقایسه آن با نهادهای مشابه، مقالات خوبی ارائه شده است (اسدی و دیگران، ۱۳۹۹؛ داراب‌پور و سلطانی، ۱۳۹۴؛ قاسمی حامد و دیگران، ۱۳۹۲). لذا بررسی مجدد موضوع در این مقاله تکرار مکررات خواهد بود. نتیجه این پژوهش‌ها به‌درستی بیانگر این است که براساس قواعد کنونی، امکان پذیرش این خسارات در حقوق ایران وجود ندارد و نهادهای مشابه نیز تفاوت‌های اساسی با این نوع خسارت دارد.

باین‌حال، برخی حقوق‌دانان عدم امکان حکم به خسارات بازدارنده در قبال نقض عامدانه قرارداد را یک خلأ قانونی جدی دانسته و معتقدند تأیید قانون «اصلاح قانون صلاحیت محاکم دادگستری برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی» توسط شورای نگهبان بیانگر عدم مغایرت خسارات بازدارنده با مبانی فقهی است و بر همین اساس این نوع خسارت را پاسخ مناسبی به نقض عامدانه قرارداد می‌داند (شعاریان، ۱۳۹۵: ص ۷۸۸). بی‌تردید نقض عامدانه قرارداد که به معنای اضرار عمدی به طرف قرارداد است با نظم عمومی مغایر است و به همین دلیل باید مورد نهی و بازدارندگی

۱. برای دیدن بحث تطبیقی تفصیلی در حقوق انگلستان و آلمان بنگرید: Rusch, 2001: p59.

قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ص ۱۶۰). بر همین اساس، در اغلب نظام‌های حقوقی آثار کاربردی متعددی بر نقض عامدانه بار شده که همگی بیانگر لزوم تشدید ضمانت اجرا در قبال این نوع نقض‌هاست.^۱

یکی از کاستی‌های نظام حقوق جبران‌های ایران بی‌توجهی به نوع و شدت نقض قرارداد و اتخاذ ضمانت اجراهای متناسب در قبال آن است. از سوی دیگر، چنان‌که در مقدمه دیدیم، خود نقض عامدانه مفهومی مشکک است. پذیرش خسارات بازدارنده با عنایت به اینکه واکنشی شدید در قبال نقض به حساب می‌آید و از سویی از هدف جبران‌کنندگی خسارات فاصله داشته و بیشتر به اهداف حقوق شبه‌جرم و حقوق کیفری نزدیک می‌شود، برای علاج موقعیت‌هایی ضروری است که در آنها یک نقض عامدانه شدید وجود داشته باشد. به عنوان مثال، در جایی که متعهد برای دستیابی به سود بیشتر یا به منظور ایراد زیان عمدی به شریک قراردادی خود اقدام به نقض قرارداد می‌کند.

چنان‌که در ادامه خواهیم دید، به لحاظ فقهی تشدید مسئولیت و ضمانت اجرا در قبال خطاکاری‌های عامدانه نه تنها با ردع و منعی مواجه نیست، بلکه مؤیداتی نیز برای آن هست. آنچه در اغلب پژوهش‌های پیشین مغفول مانده، بررسی امکان مطالبه خسارات بازدارنده در قبال نقض عامدانه قرارداد براساس مبانی فقهی است. به‌طورکلی در فقه، ضمان ناشی از نقض قرارداد براساس قاعده تسبیب توجیه می‌شود. به عبارت روشن‌تر، متعهد با عدم اجرای مفاد قرارداد سبب ورود زیان به متعهدله شده و بر همین اساس ملزم به پرداخت غرامت است. نکته اینجاست که در تسبیب آنچه مهم است تقصیر مرتکب و انتساب عرفی ضرر به اوست، اما عامدانه یا غیرعمدی بودن آن تأثیری در افزایش دامنه ضمان طرف ناقض ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۷: ص ۱۲۰). از سوی دیگر، ضرری موجب ضمان است که در قالب تلف مال یا فوت منفعت بگنجد؛ حال آنکه در خسارات بازدارنده که طرف ناقض به پرداخت خساراتی بیش از ضررهای واقعی وارده بر متعهدله محکوم

۱. برای دیدن برخی از این آثار بنگرید: رضایی و دیگران، ۱۳۹۸.

می‌شود، در هیچ‌یک از این دو قالب نمی‌گنجد. لذا قاعده تسبیب از توجیه خسارات بازدارنده در قبال نقض عامدانه قرارداد قاصر است.

به نظر می‌رسد مسئله تأثیر نقض عامدانه در تشدید مسئولیت طرف ناقض را باید یکی از فروع بحث کلی‌تر نقش و اثرگذاری قواعد اخلاقی در حوزه حقوق خصوصی و به‌طور خاص حقوق قراردادها دانست. به عبارت دیگر شخصی که به‌طور عامدانه مرتکب یک رفتار قبیح می‌شود در مقایسه با شخص غیرعامد، سزاوار سرزنش و ملامت بیشتری است و باید به‌خاطر تعمّد در خطاکاری، با ضمانت اجرای شدیدتری مواجه شود و بار مسئولیت سنگین‌تری را بر دوش بکشد. این یک قاعده اخلاقی روشن و بدیهی است که حکم عقل، بنای خردمندان، عرف و ندای وجدان بر آن صحه می‌گذارد.

بنابراین، به نظر می‌رسد تشدید مسئولیت در قبال نقض عامدانه از باب حکم به خسارات بازدارنده چندان هم با مبانی فقهی ناسازگار نباشد. چنان‌که دیدیم، حکم به این نوع خسارت در حقوق خارجی در واقع بیانگر لزوم اتخاذ شدت عمل در قبال خطاکاری‌های عامدانه، در حوزه شبه‌جرم و نقض قرارداد با هدف بازدارندگی است. در فقه نیز هرچند نهادی همانند وجود ندارد، اما گذشته از ابواب فقهی عبادات و مجازات‌ها که در آنها رفتار ناهنجار عمدی موجب تشدید عقاب و کیفر متخلف است، در باب معاملات نیز نمونه‌هایی از شدت عمل در قبال خطاکاری عامدانه چه در ضمان قهری و چه در نقض عقد می‌توان یافت؛ به‌گونه‌ای که فی‌الجمله می‌توان گفت مذاق فقها و روح شریعت بر این است که در قبال ارتکاب رفتارهای زیانبار عامدانه و همراه با سوءنیت، ضمانت اجراهای شدیدتری در مقایسه با تخلفات غیرعمدی لحاظ کنند.

۱-۵-۱. غصب و فروعات مشابه

غصب مصداق بارز خطاکاری عامدانه است. تحلیل این نهاد نشان می‌دهد که عمدی بودن رفتار ناهنجار غاصب در اتخاذ ضمانت اجرای آن نقش مهمی دارد؛ چنان‌که فقها گفته‌اند، جوهره غصب را عدوان تشکیل می‌دهد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۱۵۱ و ۲۲۲) و از کلمات ایشان استنباط می‌شود که عدوان هنگامی صدق می‌کند که مرتکب

دارای عمد و سوءنیت باشد (کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۶، ص ۲۰۸؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵ق: ج ۱۲، ص ۱۴۸). درواقع غاصب با علم به تعلق مال به دیگری، عمداً بر آن مسلط می‌شود (امامی، ۱۳۹۲: ص ۴۲۴). قبح عقلی و اخلاقی غصب باعث شده فقها غاصب را مستحق شدیدترین عکس‌العمل بدانند. لزوم اتخاذ شدت عمل در قبال غاصب با عبارات مختلفی بیان شده؛ مثلاً: «إِنَّ الْغَاصِبَ يُوْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ» (کاظمی تستری، ۱۳۲۲: ص ۱۳۱؛ نجفی، ۱۳۶۷: ج ۳۷، ص ۱۰)، «الغاصب على أشدَّ الأحوال» (آملی، ۱۳۹۵: ص ۱۶۱)، و «الغاصب بأخسَّ الأطوار» (گیلانی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۶۰ و ۲۹۸؛ خویی، ۱۳۸۴: ص ۳۲۴). این شدت ضمانت اجرا در قبال خطای عامدانه، در تشدید مسئولیت غاصب تجلی می‌یابد. به عبارتی، مسئولیت غاصب برخلاف مسئولیت قهری به معنای خاص، از نوع مسئولیت مطلق بوده و نیازی به تحقق تقصیر و رابطه سببیت ندارد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ص ۳۷). به همین دلیل برای مثال هرگونه خسارتی که در مدت غصب بر مال مغضوب وارد شود، حتی اگر منتسب به فعل غاصب نباشد، برعهده شخص غاصب است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ص ۲۷۸).^۱ از دیگر مصادیق تشدید ضمان غاصب می‌توان به ضمان وی نسبت به منافع مستوفات و غیرمستوفات (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۱۹، ص ۱۴۶) و تحمل هزینه‌های هرچند گزاف نگهداری و بازگرداندن مال به مالک اشاره کرد (علیشاهی، ۱۳۹۱: ص ۱۴۰؛ خویی، ۱۳۸۴: ص ۴۱۱).^۲ بی‌تردید هدف از سختگیری و تشدید مسئولیت غاصب، بازدارندگی از ارتکاب غصب در آینده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ص ۳۷). علاوه بر غصب، فروع فقهای دیگری از قبیل غش، تدلیس، نجش، و غرور، وجود دارند که جوهره آنها را تعمد و سوءنیت تشکیل می‌دهد و درواقع وجود این عناصر در عناوین مذکور موجب ایجاد یا تشدید ضمان مرتکب می‌شود (دیلمی، ۱۳۸۹:

۱. ماده ۳۱۵ قانون مدنی.

۲. ماده ۳۲۰ قانون مدنی. برای دیدن سایر مصادیق این قاعده بنگرید: ابوالفضل علی‌شاهی، «نقد و تحلیل آرای فقهای در باب قاعده «الغاصب یؤخذ بأشَقِّ الْأَحْوَالِ» و قلمرو مصادیق آن»، فصل‌نامه فقه و اصول، ش ۸۹، ۱۳۹۱، ص ۱۳۶ به بعد.

ص ۲۸۲). از سوی دیگر باتوجه به اینکه در فقه مرز مشخصی بین مسئولیت قراردادی و قهری وجود نداشته (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ص ۲۲۵؛ صفایی، ۱۳۹۹: ص ۲۳۷؛ باریکلو، ۱۳۸۷: ص ۳۱) بلکه تمرکز فقها به طور کلی بر ضمان و جبران ضرر است، و با اتخاذ ملاک از فروعات مذکور، که همانا منع اباحه اضرار عمدی با هدف کلان‌تر پیشگیری از اختلال در نظم عمومی است، می‌توان گفت دلیلی وجود ندارد که تشدید مسئولیت در قبال خطاکاری عامدانه را منحصر در موقعیت‌های ضمان قهری بدانیم؛ زیرا: «حکم الأمثال فی ما یجوز و فی ما لایجوز، واحد» (رازی، ۱۹۸۶: ج ۲، ص ۳۲۳). بر این اساس، می‌توان گفت تشدید مسئولیت قراردادی ناقضِ عامد برای مثال از طریق حکم به خساراتی بیش از آنچه در قبال نقض‌های غیرعمدی قابل پرداخت است، با مبانی فقهی ناسازگار نیست.

۲-۵-۱. تبدیل ید

در حوزه نقض تعهدات قراردادی هم مواردی وجود دارد که عامدانه بودن نقض تعهد، ضمانت اجرای شدیدتری به دنبال داشته و موجب تشدید ضمان ناقض می‌شود. برای مثال یکی از تعهدات امین این است که با مطالبه مورد امانت از سوی مالک، آن را به وی مسترد کند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۷، ص ۱۲۳؛ امامی، ۱۳۹۳: ج ۲، ص ۲۷۷). حال اگر پس از مطالبه مالک امکان رد وجود داشته اما امین از استرداد امتناع کند، در این صورت ید امانی او تبدیل به ید ضمانی شده و از آن پس در حکم غاصب خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۷، ص ۱۳۷). در اینجا امتناع عمدی از ایفای تعهد به رد مال امانی که در حقیقت نقض عامدانه آن تعهد است، سبب تشدید مسئولیت امین شده و در قبال هر نقص و عیبی در مال ضامن است حتی اگر منتسب به فعل او نباشد.^۱ حال آنکه اگر عدم امکان رد مال به دلیلی غیر از امتناع امین باشد، ید وی همچنان امانی بوده و صرفاً در صورت تعدی و تفریط ضامن است.

۱. مواد ۶۳۱ و ۳۱۰ قانون مدنی.

۳-۵-۱. نظریه تکلیفی بودن عمل به شرط

در رابطه با مفاد شرط فعل ضمن عقد نظرات فقهی متعددی مطرح شده است. یکی از دیدگاههای معتبر فقهی این است که وفای به شرط یک تکلیف شرعی محض و همانند سایر واجبات شرعی، ترک آن حرام است (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۶، ص ۶۲). قائلان به این نظریه معتقدند شرط فعل صرفاً یک تکلیف شرعی با موضوع وجوب متابعت از مفاد آن شرط را برعهده مشروط علیه تحمیل می کند (همان). اگر مشروط علیه مفاد شرط را به جا نیاورد مرتکب فعل حرام شده اما بر این عدم متابعت هیچ حکم وضعی مترتب نمی شود (محقق داماد، ۱۳۹۸: ج ۱، ص ۳۰۴). هرچند این نظریه معطوف به شروط ضمن عقد است اما بی تردید در رابطه با تعهدات اصلی نیز جریان دارد (مراغی، ۱۴۲۹: ج ۲، ص ۲۸۳).^۱

از طرفی مطابق قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» حاکم می تواند برای تنبیه مرتکب و بازداشتن دیگران از ارتکاب هر فعل حرامی که برای آن حدی از سوی شارع معین نشده (شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ج ۸، ص ۶۹؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۵۳۵) تعزیر مقرر کند (حلبی، ۱۴۰۰: ص ۴۱۶). البته عمل حرام مستوجب تعزیر باید به نوعی سبب ایجاد مفسده در جامعه باشد. علاوه بر این، حاکم می تواند حتی برای اعمالی که راجع به آنها نهی صریحی از سوی شارع وارد نشده، اما ارتکاب آنها تبعات منفی در جامعه داشته باشد، تعزیر معین کند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۴، ص ۲۴۶).

از سوی دیگر، محرماتی قابل تعزیرند که شخص عمداً آنها را مرتکب می شود؛ زیرا تنها در این صورت است که اهداف سزادهی و بازدارندگی نهاد تعزیر محقق خواهد شد؛ وگرنه شخصی که سهواً عمل حرامی انجام می دهد نه مستحق عقوبت است (لیس علیکم جناح فیما أخطأتم به، و لیکن ما تعمّدت قلوبکم)^۲ و نه منع و بازدارندگی درباره وی معنی دارد.

۱. «وقد عرفت أنّ الشرط ليس إلّا كنفس المعاوضه فی الإنشاء والإلزام، و تسميته شرطاً باعتبار كونه امراً

خارجاً مرتبطاً، فحكمه حكم اصل المعاوضه فی الإلزام والإجبار».

۲. احزاب، آیه ۵.

نتیجه منطقی مقدمات فوق این است که متعاملی که عامدانه مرتکب عمل حرامی مثل نقض عقد می‌شود، می‌تواند علاوه بر جبران خسارت از باب تعزیر به پرداخت جریمه محکوم شود؛ زیرا عدم اتخاذ واکنش متناسب در قبال نقض‌های عامدانه، موجب اباحه اضرار عمدی است و اضرار عمدی سبب مفسده بزرگی مثل اخلال در نظم عمومی جامعه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۴، ص ۱۶۰). این جریمه همانند خسارات بازدارنده فاقد عنصر جبران‌کنندگی بوده و درواقع واکنشی قانونی به عامدانه بودن خطاکاری ناقض است که همان کارکردهای خسارات بازدارنده از جمله سزادهی و بازدارندگی را در خود دارد.

۴-۵-۱. قاعده ملازمه حکم عقل و شرع

یکی از منابع اجتهاد در فقه حکم مستقل عقل است (محقق داماد، ۱۳۷۲: ج ۲، ص ۱۱۵). بدین معنا که وقتی عقل از راه برهان به چیزی حکم می‌کند، بی‌تردید چنین حکمی مورد قبول شارع که جزء عقلا و رئیس آنهاست نیز هست (صدر، ۱۴۲۱: ص ۴۲۸). تردیدی نیست که به لحاظ عقلی خطای عمدی از قبح بیشتری نسبت به خطای غیرعمد برخوردار است و هرچه قبح خطایی بیشتر باشد، عقوبت و سزای آن نیز باید بیشتر باشد. نتیجه اینکه خطاکاری عمدی بایستی از عقوبت بیشتری نسبت به خطای غیرعمدی برخوردار باشد و به حکم عقل برخورد یکسان با خطاکاری عمدی و غیرعمدی، نادرست است. شکی نیست که اخلاق، عرف خردمندان و ندای وجدان نیز چنین حکمی را تأیید می‌کند. پس، براساس قاعده «کَلَّمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ، حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ»، باید گفت شرع نیز این نتیجه عقلی را می‌پذیرد. بنابراین، به لحاظ شرعی نیز اتخاذ عکس‌العمل شدید در قبال خطاکاری‌های عامدانه از جمله نقض عامدانه قرارداد، با منع و ردعی مواجه نیست.

نتیجه

حکم به خسارات بازدارنده در قبال نقض قرارداد شیوه جبرانی شدیدی است که هدف غایی آن توبیخ طرف ناقض و بازداشتن وی و دیگران از ارتکاب نقض قرارداد در موقعیت‌های مشابه در آینده است. چنین اهدافی با اصل جبران‌کنندگی شیوه‌های جبران

که در نظام‌های حقوق خصوصی به‌عنوان قاعده عمومی پذیرفته‌شده، ناسازگار است. به همین دلیل، پذیرش این‌گونه خسارات در موقعیت‌های نقض عادی با اقبال قانون‌گذاران و محاکم مواجه نشده است. با این حال به‌نظر می‌رسد این وضعیت کلی در موقعیت‌های نقض عامدانه قرارداد تغییر می‌کند. برای نمونه در انگلستان و ایالات متحده وقتی نقض عامدانه قرارداد به شبه‌جرم «نقض با سوءنیت قرارداد» بالغ می‌شود - به‌ویژه در قراردادهای بیمه - دادگاه‌ها به‌طور معمول به خسارات بازدارنده حکم می‌دهند. علاوه‌بر اینکه در منابع حقوقی نیمه‌رسمی (ماده ۳۵۵ ری استیتمنت دوم) نیز که نماینده خط فکری دکترینی حقوق ایالات متحده است این امکان پذیرفته شده است. در حقوق آلمان نیز ماده ۲۵۴ قانون مدنی امکان حکم به خسارات بازدارنده را در قبال مصداق بارز نقض عامدانه - فروش مبیع به شخص ثالث - پذیرفته است. علاوه‌بر این، به‌طور معمول رویه قضایی در موارد نقض عامدانه قراردادهای بیمه، از باب جبران زیان‌های غیرمادی، به این خسارات حکم می‌دهد. در حقوق فرانسه نیز رویکرد دکترینی به‌سوی مقبولیت خسارات بازدارنده در موارد نقض عامدانه، به‌ویژه در موقعیت‌هایی است که طرف ناقض به قصد نیل به سود بیشتر، آگاهانه مرتکب نقض قرارداد می‌شود.

در حقوق ایران بی‌تردید نهاد خسارات بازدارنده نه در حوزه ضمان قهری و نه در نقض قرارداد پذیرفته نشده است. با این حال، تأیید قانون «اصلاح قانون صلاحیت محاکم دادگستری برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی» از سوی شورای نگهبان، حاکی از این است که این نوع خسارات با مبانی قانونی و فقهی ما ناسازگار نیست. از طرفی، هم در حقوق ایران و هم در فقه در فروعات مختلف، عناصری از تنبیه و سزادهی در قبال خطاکاری عامدانه وجود دارد که بیانگر لزوم تشدید ضمانت اجرا در مقابل خطاکار عامد هستند. بی‌تردید این شدت عمل بر پایه‌های اخلاقی مبتنی است: اخلاق نمی‌پسندد با شخصی که عمداً مرتکب خطایی می‌شود همان‌سان برخورد شود که با شخص ساهی و غیرعامد رفتار می‌شود. بنابراین، پذیرش خسارات با ماهیت بازدارنده،

در قبال نقض‌های عامدانه، نه‌تنها با مبانی حقوقی و فقهی نامتجانس نیست، بلکه مؤیداتی نیز در برخی قواعد و نظریات فقهی بر این گزاره وجود دارد.

منابع

الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۹۲). حقوق مدنی. چاپ سی و چهارم، تهران: اسلامیه.
۲. آملی، میرزاهاشم (۱۳۹۵ق). مجمع الافکار. قم: المطبعة العلمية.
۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادها. تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۴. تقی‌زاده، ابراهیم و دیگران (۱۳۹۱). «ماهیت و آثار خسارت تنبیهی در حقوق کامن‌لا»، دانش حقوق مدنی، ش ۱.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). حقوق تعهدات. تهران: گنج دانش.
۶. حلبی، ابوالصلاح (۱۴۰۰ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام.
۷. حلی، ابن‌ادریس (۱۴۱۰ق). السرائر. چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۴). مصباح الفقاهة. مؤسسه احیاء آثار امام خویی.
۹. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الأصول. چاپ پنجم، قم: داوری.
۱۰. داراب‌پور، مهرباب و سلطانی، سعید (۱۳۹۴). «فلسفه و ماهیت خسارت تنبیهی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۵۲.
۱۱. دیلمی، احمد (۱۳۸۹). حسن نیت در مسئولیت مدنی. تهران: مجد.
۱۲. رازی، فخرالدین (۱۹۸۶م). الأربعین فی أصول الدین. قاهره: مکتبه الکلیات الأزهرية.
۱۳. رضایی، روح‌الله؛ عبدی‌پورفرد، ابراهیم و نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۸). «نقض عامدانه قرارداد و تأثیر آن بر جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۲۶.
۱۴. ژوردن، پاتریس (۱۳۹۱). اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید/ادیب. چاپ سوم، تهران: میزان.

۱۵. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مَهْدَبُ الْأَحْكَام*. چاپ چهارم، قم: دار التفسیر.
۱۶. سنه‌وری، عبدالرزاق (۱۳۸۲). *حقوق تعهدات*، ترجمه محمدحسین دانش‌کیا و سید مهدی دادمرزی قم: دانشگاه قم.
۱۷. شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۵). *حقوق تعهدات*. تهران: شهر دانش.
۱۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی جَبَعی (۱۴۲۵ق). *مسالك الإِفتِهام*. قم: معارف اسلامی.
۱۹. شهید صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۵ق). *بحوث فی علم الأصول*. قم: مجمع علمی شهید صدر.
۲۰. شهید صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۳ق). *دروس فی علم الأصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). *آثار قراردادها و تعهدات*. چاپ دوم، تهران: مجد.
۲۲. شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق). *فرائد الأصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۳. انصاری، مرتضی (۱۴۲۲ق). *مکاسب*. چاپ دهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲۴. شیخ طوسی، محمدبن حسن (۱۳۵۱). *مبسوط*. تهران: المكتبة المرتضوية.
۲۵. صفایی، سید حسین (۱۳۹۹). *قواعد عمومی قراردادها*. چاپ سی و سوم. تهران: میزان.
۲۶. صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۲). *مسئولیت مدنی*. چاپ پنجم، تهران: سمت.
۲۷. عبداللہی، محسن (۱۳۸۳). «خسارات تنبیہی در حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳۰.
۲۸. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲۹. علی‌شاهی، ابوالفضل (۱۳۹۱). «نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال» و قلمرو مصداقی آن»، فصل‌نامه فقه و اصول، ش ۸۹.
۳۰. قاسمی حامد، عباس و دیگران (بهار ۱۳۹۲). «خسارات تنبیهی در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۸۱.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). مسئولیت ناشی از عیب تولید. چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). قواعد عمومی قراردادها. چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۳. کاظمی تستری، شیخ‌اسدالله (۱۳۲۲ق). مقابیس‌الانوار. تبریز: مطبعه ماکنیه.
۳۴. گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳ق). جامع‌الشتات. تهران: کیهان.
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۲). مباحثی از اصول فقه. چاپ هفتم، تهران: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۸). نظریه عمومی شروط و التزامات. چاپ پنجم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۸. محقق کرکی (۱۴۱۴ق). جامع‌المقاصد. چاپ دوم، قم: آل‌البیت.
۳۹. مراغی، عبدالفتاح (۱۴۲۹ق). العناوین. چاپ سوم، قم: النشر الإسلامی.
۴۰. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷). جواهر‌الکلام. چاپ سوم، تهران: دار‌الکتب‌الإسلامیه.
۴۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل و روح‌الله رضایی (۱۴۰۱). «تبیین جایگاه منفعت اعتماد در حقوق غربی و شناسایی مصادیق آن در فقه»، دانش حقوق مدنی، ش ۲.
۴۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۵). فرهنگ فقه فارسی. چاپ دوم، قم: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی.

(ب) لاتین

43. Alschuler, Albert W., (2000), *Law without Values, The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*, University of Chicago Press.
44. Beale, Hugh, (ed.) et.al., (2018), *Chitty on Contracts*, 33rd ed., London: Sweet & Maxwell.
45. Burrows, A., (2004), *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed., Oxford University Press.
46. Cartwright, John, Stefan Vogenauer & Simon Whittaker, (2009), *Reforming the French Law of Obligations*, Hart Publishing.
47. Carval, S., (1995), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ: Paris.
48. Clarke, Malcolm A. Julian M. Burling, Robert L. Purves, (2009), *The Law of Insurance Contracts*, 6th ed., Routledge.
49. Clarke, Malcolm A. & Baris Soyer, (2017), *The Insurance Act 2015 A New Regime for Commercial and Marine Insurance Law*, Routledge.
50. Diamond, Thomas A., (1981), “*The Tort of Bad Faith Breach of Contract: When, If at All, Should It Be Extended Beyond Insurance Transactions?*” MARQ. L. REV, 64.
51. Dodge, William S., (1999), “*The Case for Punitive Damages in Contracts*”, 48 Duke L.J. 629.
52. Fabre-Magnan, M. *Les obligations*, (2004), Paris: Presses Universitaires de France.
53. Farnsworth, E. Allen, (2004), *Contracts*, New York: Aspen, 4th ed.
54. Jerry, Robert H. & Douglas Richmond, (2018), II, *Understanding Insurance Law*, 6th ed., Carolina Academic Press.
55. Koziol, Helmut & Vanessa Wilcox, (2009), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer.

56. Lass, Christina M., (1992) “*The Injured Third Party in California: Extending Bad Faith for Full Compensation*”, 26 Val. U. L. Rev. 843.
57. MacDonald, Peter Eggers, Simon Picken & Patrick Foss, (2018), *Good Faith and Insurance Contracts*, 4th ed., Routledge.
58. Macintosh, K.L., (1994), “*Gilmore Spoke Too Soon: Contract Rises from the Ashes of The Bad Faith Tort*”, 27 Loy. L. A. L. Rev. 495.
59. Markesinis, Basil S, Unberath, Hannes, Johnston, Angus C., (2006), *The German Law of Contract*, Oxford: Hart Publishing, 2nd ed.
60. Markovits, Daniel, (2014), *Good Faith as Contract’s Core Value*, Oxford University Press.
61. Peel, Edwin & G.H Treitel, (2016), *The Law of Contract*, 14th ed., London: Sweet & Maxwell.
62. Perillo, Joseph M., (2014), *Contracts*, 7th ed, West Pub.
63. Perlstein, Barry, (1992), “*Crossing the Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extra compensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract*” Brook. L. Rev, 58.
64. Posner, Richard A., (2014), *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 9th ed.
65. Richmond, Douglas R., (2010), “*Defining and Confining Institutional Bad Faith in Insurance*”, 46 Tort Trial Insur. Pract. Law J.
66. Richmond, Douglas R., (1993), “*Insured’s Bad Faith as Shield or Sword Litigation Relief for Insurers?*” 77 Marq. L. Rev. 41.
67. Rowan, Solen, (2009), ‘*L’introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français: étude comparative*’, Paris.
68. Rowan, Solene, (2021), *Comparative Observations on Punishment in Private Law* in E Bant, J Goudkamp, (ed) Punishment and Private Law, Hart Publishing.

69. Rowan, Solene, (2012), *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford University Press.
70. Scott, R.E. & Kraus, J.S., (2013), *Contract Law and Theory*, 5th ed., LexisNexis.
71. Shiffrin, Seana V., (2007), "The Divergence of Contract and Promise", *Harvard Law Rev*, Vol.120.
72. Slawson, W. D., (1996), *Binding Promises*, Princeton University Press.
73. Tennyson, Sharon & Werfel, William J., (2009), "The Law and Economics of First-Party Insurance Bad Faith Liability", *Conn Law Rev*. 16:1.
74. Van Boom, Willem, (2011), "Do insurers have to pay for bad behaviour in settling claims?" *JETL* 1.
75. Viney G., (2001), *Les sanctions de l' inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit compare*, LGDJ: Paris
76. Youngs, Raymond, (2014), *English, French & German Comparative Law*, 3rd ed., Routledge.