

## جُستاری تطبیقی در تأثیر «نقض عامدانه» قرارداد بر امکان فسخ قرارداد (بررسی نظام‌های حقوقی کامن‌لا، رومی-ژرمنی و حقوق ایران)

ابراهیم عبدی پور فرد\*  
روح الله رضایی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۴

### چکیده

فسخ قرارداد، شیوه جبرانی شدیدی است که به حیات حقوقی قرارداد خاتمه می‌دهد. از این رو، در اغلب نظام‌های حقوقی به‌عنوان آخرین عکس‌العمل در قبال نقض قرارداد به‌کارگرفته می‌شود. بر همین اساس، یکی از شروط اعمال این شیوه جبرانی، شدید بودن نقض است که در نظام‌های حقوقی مختلف با عناوین مشابهی از قبیل «نقض اساسی» یا «نقض عمده» بدان اشاره شده است، اما نقض عادی قرارداد، اصولاً نمی‌تواند دلیل کافی برای فسخ قرارداد باشد. در نظام‌های حقوقی ملی و حقوق تجارت بین‌المللی، معیارهای مختلفی برای تشخیص کفایت شدت نقض برای فسخ قرارداد اندیشیده شده است. یکی از این معیارها «عامدانه بودن» نقض قرارداد است. نقض عامدانه قرارداد در حقیقت رابطه مبتنی بر اعتماد میان متعاملین را از بین برده و به‌طور متعارف باعث می‌شود متعهدله از آن پس، به اجرای قرارداد اعتماد و اطمینان نداشته باشد و بر همین اساس، نظام حقوقی حاکم بر قرارداد باید به‌عنوان یکی از شیوه‌های جبران، او را مستحق فسخ و پایان دادن به رابطه قراردادی بداند. با این حال، رویکرد نظام‌های مورد مطالعه در این رابطه مختلف است. در برخی اسناد حقوقی مثل پی‌ای‌سی‌ال، دی‌سی‌اف‌آر و پی‌ای‌سی‌سی، نقض عامدانه صراحتاً یکی از مصادیق نقض اساسی دانسته شده است. قوانین مدنی جدید فرانسه و آلمان هرچند درباره مفهوم شدت نقض لازم برای فسخ قرارداد بیانی ندارند، اما رویه قضایی این کشورها عامدانه بودن نقض را یکی از معیارهای شدت نقض می‌داند. در نظام‌های کامن‌لا بی عامدانه بودن نقض نه به‌عنوان عاملی منحصر، بلکه در کنار سایر اوضاع و احوال می‌تواند امکان فسخ قرارداد را توجیه کند. در حقوق ایران، شدید بودن نقض برای فسخ عقد ضروری نیست و در نتیجه عامدانه بودن یا نبودن نقض هم دخالتی در قضیه ندارد. با وجود این، براساس مبانی فقهی در باب مسئولیت مدنی قراردادی و غیرقراردادی امکان تمایز میان نقض عمدی و غیرعمدی قرارداد وجود دارد.

### کلیدواژگان:

نقض عامدانه، نقض شدید، نقض عمده، فسخ قرارداد، شیوه جبران.

\* استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)  
e.abdipour@qom.ac.ir

\*\* دکتری تخصصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران  
r.rezaei@stu.qom.ac.ir



Copyright: ©2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## مقدمه

عدم اجرای قرارداد یا تعهدات قراردادی<sup>۱</sup> -در مفهوم عملی نشدن مفاد قرارداد- به لحاظ منشأ بر دوگونه است. گاه حادثه‌ای خارجی و غیرقابل انتساب به متعهد، مثل قوه قاهره، باعث می‌شود که وی قادر بر اجرای مفاد 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،<sup>۲</sup> اما در مورد نخست به دلیل اینکه اجرا نشدن قرارداد قابل انتساب به متعهد نیست، هیچ‌گونه مسئولیت قراردادی نیز برای وی متصور نیست. اما شق اخیر که عملی نشدن قرارداد منتسب به خطای متعهد است، خود بر دوگونه است.<sup>۳</sup> گاه متعهد عالماً و عامداً و با سوءنیت وظایف قراردادی خود را ترک کرده و به عبارت بهتر عمداً از ایفای تعهدات خود امتناع می‌کند؛ مانند جایی که متعهد با وجود برخورداری از امکانات و توانایی‌های لازم برای اجرای بخش قراردادی خود، اما از اجرا سر باز می‌زند و در ایراد زیان و خسارت بر متعهدله، متعمد است و گاه دیگر، هرچند تعمد و سوءنیتی در عدم ایفای تعهدات خود ندارد، اجرا نشدن مفاد قرارداد در نتیجه سهل‌انگاری و بی‌مبالاتی اوست؛ برای مثال ممکن است متعهد به دلیل کوتاهی در انجام مقدمات اجرای قرارداد، ورشکستگی، در توقیف بودن و عدم دسترسی به اموال یا بیماری، قادر بر اجرای حصه قراردادی خود نباشد.

در مواردی که عدم اجرا منتسب به متعهد است (خواه به دلیل تقصیر عمدی یا غیرعمدی) درحقیقت «نقض قرارداد» اتفاق افتاده و در هر دو صورت (با جمع سایر شرائط) متعهد مسئولیت قراردادی پیدا می‌کند. بنابراین همان‌طور که مشهور حقوق دانان به‌ویژه در نظام‌های حقوق نوشته

۱. در لسان قانون مدنی جدید فرانسه L'inexécution du contrat و در لسان کامن لایی non-performance of contractual obligations.

۲. السنهوری، عبدالرزاق احمد، دوره حقوق تعهدات، ج ۱، ترجمه محمدحسین دانش کیا و سیدمهدی دادمرزی، دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ص ۴۷۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چ ۶، تهران: انتشار، ۱۳۹۰، ص ۱۳۸؛ شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، چ ۲، مجد، ۱۳۸۳، ص ۶۳.

معتقدند، یکی از شرایط تحقق مسئولیت قراردادی، وجود تقصیر متعهد است. گرچه، برخی این تقصیر را مفروض دانسته<sup>۱</sup> و برخی دیگر خود نقض را تقصیر دانسته‌اند.<sup>۲</sup> از سوی دیگر، در نظام‌های کامن‌لایی اصولاً برای تحقق مسئولیت وجود تقصیر لازم نیست و مسئولیت قراردادی مسئولیتی محض است.<sup>۳</sup> باین‌حال، در آنجا نیز درجه و نوع تقصیر طرف ناقض در امکان فسخ قرارداد دخیل و مؤثر است.

پس، مسلم است که نقض قرارداد ممکن است عامدانه یا غیرعمدی باشد.<sup>۴</sup> در پیشینه این تحقیق در ادبیات حقوقی فارسی مباحث مفیدی در خصوص مفهوم نقض عامدانه قرارداد و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده آن به تفصیل ارائه شده است،<sup>۵</sup> بنابراین در اینجا نیازی به تکرار نیست، جز تأکید بر این نکته مهم که نقض عامدانه قرارداد در مواردی اتفاق می‌افتد که متعهد به قصد نیل به نفع بیشتر یا اجتناب از تحمل زبانی که در صورت اجرای صحیح و کامل قرارداد از آن نفع

۱. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، صص ۶۶ و ۲۳۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۶۵؛ صفایی، سیدحسین، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، ۳۳، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۲۰؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق تعهدات**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۸۹. باین‌حال برخی نویسندگان وجود تقصیر برای تحقق مسئولیت قراردادی را با دیده انکار و تردید نگریسته‌اند: بهرامی‌احمدی، حمید، **حقوق تعهدات و قراردادها**، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص ۳۶۲؛ وحدتی‌شیرینی، سیدحسن، **مبانی مسئولیت مدنی قراردادی**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۱.

3. Edwin Peel & G.H. Treitel, **The Law of Contract**, London: Sweet & Maxwell, 14<sup>th</sup> ed. 2015, p. 834 .

با این‌حال، اظهارات کلی از این قبیل در خصوص حقوق انگلستان، بسیار خطرناک است، به دلیل اینکه ساختار پرونده‌محور حقوق قراردادهای انگلستان به ندرت اجازه تممیم راه‌حل‌ها و رویکردهای برگزیده در پرونده‌های خاص را می‌دهد (کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، ج ۳، ۳، تهران: انتشار، ۱۳۸۵، ص ۳۸۶). برای مثال هرچند در نظام کامن‌لا به‌طور کلی مسئولیت قراردادی یک مسئولیت محض است، اما در عین‌حال قانون تأمین و عرضه کالاها و خدمات مصوب ۱۹۸۲، مسئولیت ناشی از برخی تخلفات قراردادی را تقصیرمحور می‌داند.

۴. در حقوق خارجی برای اشاره به عامدانه بودن نقض قرارداد از اوصافی چون **willful**، **opportunistic**، **deliberate**، **intentional**، **bad faith** و **premeditated** استفاده شده است. برای عدم اجرای غیرعمدی نیز عمدتاً اصطلاح **inadvertent** به کار می‌رود.

۵. رضایی، روح‌الله، ابراهیم عبدی‌پورفرد و اسماعیل نعمت‌اللهی، «نقض عامدانه قرارداد و تأثیر آن بر جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸، صص ۱۳۵-۱۶۰.

محروم یا متحمل آن زیان می‌شد یا صرفاً برای ایراد ضرر به متعهدله، از اجرای تعهدات قراردادی خود امتناع می‌ورزد.<sup>۱</sup>

در نظام‌های حقوقی مختلف، برای نقض عامدانه قرارداد، به دلیل شدت تقصیر و خطاکاری متعهد ناقص، آثار متعددی به رسمیت شناخته شده است؛ آثار منحصر به فردی که در موقعیت‌های نقض غیرعمدی، مانند عدمی ندارد.<sup>۲</sup> یکی از مهم‌ترین این آثار، که فرضیه پژوهش حاضر است، اساسی تلقی شدن نقض عامدانه و به دنبال آن امکان تمسک متعهدله ناکام به شیوه جبرانی فسخ قرارداد است. در هر نظام حقوقی، شیوه‌های جبرانی متفاوتی از قبیل الزام به اجرای عین تعهد، اجرای مورد تعهد توسط شخص ثالث یا متعهدله و به هزینه متعهد، پرداخت خسارات پولی توسط طرف ناقص و نهایتاً فسخ قرارداد، در واکنش به نقض قرارداد اندیشیده شده است. با وجود اینکه شیوه اصلی جبران نقض در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است - در حقوق نوشته، نخستین شیوه جبران الزام متعهد به انجام عین تعهد و در نظام‌های کامن لایی، پرداخت خسارت پولی<sup>۳</sup> به زیان دیده، شیوه جبران اصلی است -<sup>۴</sup> اما نقطه اشتراک هر دو نظام این است که فسخ قرارداد به عنوان یک شیوه جبران، مؤخر از سایر شیوه‌های جبران است.

در اغلب نظام‌های حقوقی، به‌ویژه نظام‌های رومی-ژرمنی، یکی از اصول مسلم - هرچند نانوشته - در حقوق قراردادها این است که تا حد امکان، قرارداد زنده و برقرار نگه داشته شود؛<sup>۵</sup> بر

۱. همان منبع، ص ۱۳۷.

۲. عمده این آثار در بستر شیوه‌های جبران نقض مطرح شده‌اند که این امر به معنای تشدید مسئولیت متعهد در موارد نقض عامدانه قرارداد است.

۳. Damages؛ باید توجه داشت که در لسان حقوقی دو اصطلاح Damage و Damages بار معنایی متفاوتی دارند (Geoffrey Samuel, *Law of Obligations and Legal Remedies*, Cavendish; 2nd ed., (2001), p175). این واژه در شکل مفرد خود (Damage) به معنای خسارت یا زیان است، اما در شکل جمع (Damages) به مفهوم مبلغی است که برای جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد یا ضمان قهری به زیان دیده پرداخت می‌شود.

Bryan A. Garner, **Black's Law Dictionary**, Thomson Reuters, 11th ed., 2019, Damages.

۴. نعمت‌اللهی، اسماعیل و روح‌الله رضایی، «تبیین جایگاه منفعت اعتماد در حقوق غربی و شناسایی مصادیق آن در فقه»، *دانش حقوق مدنی*، دوره ۱۰، شماره ۲، اسفند ۱۴۰۰.

5. Markesinis, Unberath and Johnston, **The German Law of Contract. A Comparative Treatise**, Oxford: Hart Publishing, 2<sup>nd</sup> ed., 2006, p 388.

همین اساس، طبیعی است که شیوه جبرانی فسخ که به حیات قرارداد خاتمه می‌دهد، صرفاً در صورت کارگر نیفتادن و عدم کفایت سایر شیوه‌های جبران و به عنوان آخرین علاج و چاره،<sup>۱</sup> در دسترس زیان‌دیده قرارگیرد؛<sup>۲</sup> لذا صرف یک نقض عادی برای اعمال این شیوه جبرانی کفایت نمی‌کند و طرف بی‌گناه باید این واقعیت را اثبات کند که نقض مورد نظر، به‌نوعی شدیدتر از یک نقض عادی و ساده است.<sup>۳</sup> این آستانه برای ورود به شیوه جبرانی فسخ، عموماً تحت عنوان «نقض اساسی» یا سایر مترادف‌های آن در نظام‌های حقوقی مختلف مورد اشاره قرار گرفته است.<sup>۴</sup>

پرسشی که این پژوهش درصدد یافتن پاسخی درخور برای آن است، این که آیا نقض عامدانه قرارداد به‌نوعی یک نقض شدید به حساب می‌آید؟ به عبارت دیگر، آیا عامدانه بودن نقض می‌تواند عاملی مؤثر و دخیل در اساسی و شدید تلقی شدن نقض قرارداد و در پی آن امکان فسخ قرارداد باشد؟ در ادامه به بررسی این مسئله در اسناد حقوقی راجع به حقوق قراردادهای، حقوق فرانسه و آلمان به عنوان نمایندگان خانواده رومی-ژرمنی، حقوق انگلستان و ایالات متحده به عنوان نمایندگان اصلی خانواده کامن‌لا و نهایتاً حقوق ایران و و فقه امامیه خواهیم پرداخت.

۱. در لاتین تحت عنوان «ultima ratio» به معنای آخرین مستمسک.

۲. صفایی، سیدحسین، **حقوق بیع بین‌المللی**، چ ۴، تهران: انتشارات دانشگاه، ۱۳۹۷، ص ۱۷۹.

3. GH Treitel, **Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account**, Clarendon Press: Oxford, 1988, p. 259; Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, p. 67.

۴. برای مثال در حقوق انگلستان و ایالات متحده اصطلاح "fundamental breach" و "material breach" و "substantial breach"؛ در حقوق فرانسه اصطلاح "suffisament grave"؛ در کنوانسیون وین، پی‌ای‌سی‌ال، پی‌ای‌سی‌سی، دی‌سی‌اف‌آر و سی‌ای‌اس‌ال اصطلاح "fundamental breach" به کاررفته است. برخی نظام‌های اروپای شرقی مانند استونی و کشورهای آسیایی مثل چین، اساسی بودن نقض را پیش‌شرطی برای امکان اعمال فسخ قرارداد تلقی می‌کنند. برخی دیگر نیز وجود سطحی از شدت نقض را شرط امکان فسخ قرارداد می‌دانند. نظام حقوقی آلمان نیز در اصلاحات سال ۲۰۰۲ در قانون مدنی، به تبعیت از کنوانسیون وین، اساسی بودن نقض را شرط فسخ قرارداد دانسته است.

Peter, Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds.), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Oxford University Press, 4<sup>th</sup> ed., 2016, p. 418.

## ۱. اسناد حقوقی بین‌المللی

در اغلب اسناد حقوقی بین‌المللی راجع به حقوق خصوصی به‌طور کلی و حقوق قراردادهای به‌طور خاص، برای فسخ قرارداد، اساسی بودن نقض، شرط است.<sup>۱</sup> فحواى کلی این مقررات این است که خاتمه دادن به قرارداد به‌عنوان یک شیوه جبران، نباید بدون یک دلیل موجه در دسترس باشد. فسخ قرارداد شیوه جبرانی شدیدی است که از یک سو باعث الغای تعهدات قراردادی طرفین می‌شود و از سوی دیگر متعاملین را مجبور می‌کند آنچه را براساس قرارداد سابق انجام داده‌اند، به حالت اولیه بازگردانند. بر همین اساس، یک نقض جزئی یا عادی بدین منظور کفایت نمی‌کند. حال باید دید آیا از نظر مقررات موجود در این اسناد، عامدانه بودن نقض قرارداد در اساسی تلقی شدن نقض و به دنبال آن در دسترسی متعهدله ناکام به فسخ قرارداد، نقشی ایفا می‌کند یا خیر؟

در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، به عامدانه بودن نقض به‌عنوان عاملی دخیل در امکان خاتمه قرارداد، اشاره‌ای نشده است. نه در ماده ۲۵ که به بیان مفهوم و معیار نقض اساسی پرداخته و نه در مواد ۴۹ و ۶۴ که به فسخ قرارداد به‌عنوان شیوه جبرانی برای بایع و مشتری می‌پردازد، از عامدانه بودن نقض بیانی دیده نمی‌شود. از این رو، برخی شارحان کنوانسیون معتقدند نوع نقض - عامدانه یا غیر عمدی بودن - در اساسی محسوب شدن نقض قرارداد و امکان فسخ قرارداد، تاثیری ندارد.<sup>۲</sup> اینان معتقدند معیار تشخیص اساسی بودن نقض در ماده ۲۵ یک معیار عینی است که باید فارغ از قصد و انگیزه طرف ناقض در نظر گرفته شود.<sup>۳</sup>

در مقابل، برخی دیگر از شارحان معتقدند که نقض‌های عامدانه باید همواره اساسی تلقی شوند.<sup>۴</sup> از منظر اینان، نقض قراردادی که همراه با تقصیر عامدانه یا تقصیر سنگین ارتکاب می‌یابد، از اساسی بودن آن نقض حکایت دارد.<sup>۵</sup> درحقیقت، عامدانه بودن نقض باعث از بین رفتن

۱. برای نمونه نک: کنوانسیون وین (مواد ۴۹، ۵۱، ۶۴ و ۷۲)؛ پی‌ای‌سی‌ال (مواد ۹:۳۰۱ و ۹:۳۰۴)؛ اصول یونیدغوا (مواد ۷، ۳، ۱ و ۷، ۳، ۳)؛ دی‌سی‌اف‌آر (مواد ۳:۵۰۳ و ۳:۵۰۴) و سی‌ای‌اس‌ال (مواد ۱۱۴، ۱۳۴).

2. Peter, Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *op.cit.*, p. 427; Chengwei, Liu, **Remedies for Non Performance, Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL**, NY, Juris Publishing, 2007, para 645.

3. Peter, Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *Ibid.*

4. M. Karollus, 'Judicial interpretation and application of the CISG in Germany', *Cornell Review*, no 1, 1995, p. 51.

5. Christoph Brunner, **UN Sales Convention—CISG: Commentary on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980**, Bern, 2nd ed., 2014, Art 25, para 8.

رابطه اعتمادی طرفین است که زیربنای رابطه قراردادی را تشکیل می‌دهد. پس از نقض عامدانه، دیگر متعهدله نخواهد توانست به اجرای تعهد از سوی شریک قراردادی خود اعتماد کند و همین امر او را مستحق پایان دادن به رابطه قراردادی می‌کند.

برخلاف کنوانسیون وین، سایر اسناد حقوقی مورد بحث (پی‌ای‌سی‌ال بند (ج) ماده ۸:۳۰۱)؛ دی‌سی‌اف‌آر بند (ب) از بخش ۲ ماده ۳:۵۰۲ از کتاب سوم؛ پی‌ای‌سی‌سی بند (ج) بخش ۲ از ماده ۷:۳۰۱) بر تأثیر نقض عامدانه و دخالت آن در امکان دسترسی متعهدله به شیوه جبرانی فسخ، تصریح دارند.<sup>۱</sup> درحقیقت در این اسناد حقوقی، نقض عامدانه قرارداد یکی از مصادیق نقض اساسی تلقی شده است. به همین دلیل می‌توان گفت قلمرو شیوه جبرانی فسخ در این سه سند موسع‌تر از کنوانسیون است. زیرا مقررات این اسناد، برخلاف کنوانسیون، عامدانه بودن نقض را نیز یکی از اسباب خاتمه دادن به قرارداد به حساب آورده‌اند.<sup>۲</sup>

اما در میان این اسناد، دی‌سی‌اف‌آر از اهمیت بیشتری برخوردار است. به دو دلیل: یکی اینکه این سند حقوقی به لحاظ زمانی از سایر اسناد مورد بحث مؤخر بوده و همین امر بیانگر کامل‌تر بودن مقررات آن و بهره بردن از تجربیات اسلاف خود و تکمیل نواقص آنهاست. از سوی دیگر دی‌سی‌اف‌آر، محور مشترک مقررات کشورهای اروپایی در خصوص حقوق خصوصی و نه فقط حقوق قراردادهاست. بنابراین، شایسته است با نگاه دقیق‌تری به رویکرد این سند به نقض عامدانه قرارداد و تأثیر آن بر امکان فسخ قرارداد بنگریم.

در این سند حقوقی برای بیان عامدانه بودن نقض قرارداد از اصطلاح "Intentional Breach" استفاده شده است. مطابق بند (۱) ماده ۳:۵۰۲ اگر نقض قرارداد اساسی باشد، متعهدله می‌تواند به قرارداد خاتمه دهد. در ادامه، بند (۲) یکی از موارد نقض اساسی را جایی می‌داند که: «نقض قرارداد عامدانه باشد و به متعهدله دلیلی بدهد برای اعتقاد به اینکه اجرای آتی متعهد قابل اتکا نیست».<sup>۳</sup>

۱. این سه سند حقوقی در مقایسه با کنوانسیون حاوی معیارهای روشن‌تری برای تعیین اساسی بودن یا نبودن نقض قرارداد هستند، از جمله به این دلیل که علاوه بر ضابطه کلی مذکور در کنوانسیون، در بندهای متعددی به بیان معیارهای دیگری، از جمله عامدانه بودن نقض، نیز پرداخته‌اند که باید در ارزیابی اساسی بودن نقض مورد توجه قرار گیرند.

۲. شعاریان، ابراهیم، **حقوق بیع بین‌المللی، شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی**، چ ۳، تهران: شهردانش، ۱۴۰۰، ص ۳۵۱.

۳. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، **اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی**، چ ۵، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵، ص ۳۲۲.

شروع و اظهارنظرهای مربوط به این ماده با ارائه برخی مثال‌ها، به تبیین معنای عامدانه بودن مورد نظر این ماده پرداخته‌اند.<sup>۱</sup> برای نمونه وقتی «الف» به‌عنوان عامل فروش انحصاری، با «ب» برای فروش محصولاتش قرارداد می‌بندد، اما متقابلاً محصولات تولیدی «ج» را نیز به‌فروش می‌رساند و بدین وسیله قرارداد خود با «ب» را نقض می‌کند، چنین موقعیتی برای فسخ قرارداد توسط «ب» بر مبنای عدم اجرای اساسی قرارداد، کفایت می‌کند. در چنین موقعیتی، اینکه «الف» از فروش محصولات «ج» هیچ سود اضافی به دست نیاورده است، دخالتی در قضیه ندارد. نقض عامدانه قرارداد توسط «الف»، به‌طور متعارف باعث می‌شود «ب» به این اعتقاد برسد که پایبندی آتی «الف» نمی‌تواند قابل اتکا و اعتماد باشد و همین امر برای اعمال این مقرر و فسخ قرارداد توسط «ب» کافی است.

با این حال به نظر می‌رسد روش اصول یونیدگوا که عامدانه بودن نقض قرارداد و غیرقابل اعتماد بودن اجرای آتی را به‌طور مجزا و در دو بند آورده و وجود هر یک را برای اساسی تلقی شدن نقض کافی دانسته، از روش پی‌ای‌سی‌ال و دی‌سی‌اف‌آر منطقی‌تر باشد. زیرا وقتی متعهد می‌بیند که متعهد عمداً از اجرای تعهد طرفه می‌رود، به‌طور متعارف این اعتقاد در وی ایجاد می‌شود که دیگر نمی‌توان اعتماد کرد که چنین شخصی در آینده به تعهد خود عمل کند. علاوه بر آن، در موقعیت‌های عینی، صرف نقض عامدانه عملاً همواره منجر به نقض اساسی قرارداد می‌شود. برای مثال یک امتناع عامدانه آشکار از ایفای تعهد قراردادی پیش یا هم‌زمان با موعد اجرای تعهد، تشکیل‌دهندگی یک نقض اساسی است، مگر اینکه چنین امتناعی موجه باشد.<sup>۲</sup> با توجه به مقررات فوق، تردید نباید کرد که عامدانه بودن نقض قرارداد یکی از عواملی است که به‌تنهایی می‌تواند تشکیل‌دهنده نقض اساسی باشد و در نتیجه امکان دسترسی متعهدله ناکام به شیوه جبرانی فسخ را فراهم کند. بر این اساس، حتی در مواردی که نقض قرارداد جزئی و کم‌اهمیت بوده و متعهدله را به‌طور اساسی از آنچه تحت قرارداد انتظار و استحقاق داشته، محروم نکند، اما چنین نقضی عامدانه باشد، باز هم زیان‌دیده می‌تواند آن را اساسی تلقی کند و به حیات قرارداد خاتمه دهد.<sup>۳</sup>

1. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)**, Study Group on a European Civil Code, 2009, p. 855.

۲. همانند موارد قانونی حق حبس. نک: Schlechtriem & Schwenger, *op.cit.*, p. 293.

3. Robert Koch, **Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG**, Cambridge, 2007, p. 34.



## ۲. حقوق فرانسه

مقررات مربوط به تعهدات قراردادی در قانون مدنی فرانسه، از رهگذر اصلاحات سال ۲۰۱۶ دستخوش تغییرات قابل توجهی شده است. یکی از مهم‌ترین تغییرات<sup>۱</sup> صورت گرفته از قبیل این اصلاحات در حوزه شیوه‌های جبران نقض، به رسمیت شناختن فسخ یک‌جانبه<sup>۲</sup> قرارداد است.<sup>۳</sup> تا پیش از آن، براساس ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی سابق، متعهدله ناکام، برای خاتمه‌دادن به قرارداد، ناچار بود از دادگاه بخواهد که حکم فسخ قرارداد را صادر کند.<sup>۴</sup> اما در حال حاضر، ماده ۱۲۲۶ قانون مدنی به متعهدله اجازه می‌دهد تا با شرایطی به‌طور یک‌جانبه اقدام به فسخ قرارداد کند.<sup>۵</sup> مهم‌ترین شرط برای امکان تمسک متعهدله به شیوه جبرانی فسخ یک‌جانبه قرارداد در حقوق فرانسه این است که عدم اجرای قرارداد از سوی متعهد ناقض، از شدت کافی برخوردار باشد.<sup>۶</sup> شایان ذکر است که هرچند فسخ یک‌جانبه تا پیش از اصلاحات اخیر از مبنای قانونی برخوردار نبود، اما سابقاً دیوان عالی فرانسه - چه شعب مدنی و چه شعب تجاری آن - به کرات در مواردی که نقض قرارداد از شدت کافی برای توجیه فسخ یک‌جانبه برخوردار بوده، چنین فسخی را مورد تأیید قرار داده‌اند؛<sup>۷</sup> تا جایی که برخی حقوق دانان آن را به‌عنوان مبنای جدیدی - در کنار فسخ

۱. بیشترین نوآوری‌های قانون جدید به شیوه‌های جبران نقض قرارداد مربوط می‌شود. تا پیش از این، مقررات مربوط به شیوه‌های جبران به‌طور پراکنده و غیرمنسجم در سرتاسر قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ بیان شده بودند، اما در حال حاضر تمامی شیوه‌های جبران در یک بخش گردآوری شده‌اند. ماده ۱۲۱۷ قانون جدید تمامی آنها را به ترتیب برشمرده است.

2. La résolution unilatérale

۳. در حقوق فرانسه از واژه‌های resolution و résiliation برای بیان فسخ قرارداد استفاده می‌شود. فسخ یک‌جانبه قرارداد در هر دو طرح اصلاحی کاتالا (ماده ۱۱۵۸) و طرح اصلاحی وزارت دادگستری (ماده ۱۶۸) نیز پیشنهاد شده بود.

4. Solen Rowan, "The new French law of contract", *International & Comparative Law Quarterly*, 66 no 4, 2017, p. 823; John Cartwright, *Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Hart Publishing, 2009, p. 171.

۵. اکنون مقررات مربوط به فسخ یک‌جانبه در مواد ۱۲۲۴ تا ۱۲۳۰ آمده است.

۶. مئی ابوبکر الصدیق، «فسخ العقد بالأرادة المنفردة، دراسة تحليلية فی ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل ۲۰۱۶»، *روح القوانين*، شماره ۸۵، ژانویه ۲۰۱۹، صص ۸۱-۸۲.

7. Terré.F, Simler.P, & Lequette.Y, *Droit civil—Les obligations*, Dalloz, Paris, 12th ed., 2019, p. 863.

قضایی و شرط فاسخ- برای فسخ قرارداد تلقی کرده بودند.<sup>۱</sup> رویه قضایی مزبور درصدد آن بود تا به متعهدلهی که با یک نقض شدید و جدی قرارداد مواجه می‌شود، اجازه دهد که منتظر فرایند طولانی رسیدگی قضایی که به لحاظ اقتصادی برای وی هزینه‌بر است، نشده و با فسخ یک‌جانبه قرارداد، منافع تجاری خود را درجای دیگر و با شخصی دیگر پی بگیرد.<sup>۲</sup> بی‌تردید، نقطه عطف حقوق فرانسه در تثبیت فسخ یک‌جانبه قرارداد تا پیش از اصلاحات قانون مدنی، رأی شعبه یکم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در پرونده معروف تاویل (Tocqueville)<sup>۳</sup> در سال ۱۹۹۸ است.<sup>۴</sup> این رأی بی‌سابقه دیوان و عموم و اطلاق آن به‌روشنی بیانگر تثبیت یک مبنای جدید برای فسخ یک‌جانبه در موارد نقض شدید قرارداد بود. پس از آن نیز مفاد رأی مذکور، در پرونده‌های متعدد دیگر مطروحه نزد دیوان عالی کشور مورد ابرام و تأیید قرار گرفت.<sup>۵</sup>

بی‌تردید، آرای از این قبیل، نقش مؤثری در به‌رسمیت شناختن فسخ یک‌جانبه در موارد نقض شدید قرارداد در اصلاحات قانون مدنی فرانسه ایفا کرده‌اند. اما اینکه شدید بودن نقض قرارداد به چه معناست و مؤلفه‌های آن کدام‌اند؟ آیا عامدانه بودن نقض برای تحقق این شرط کافی است؟ یا دست‌کم می‌تواند یکی از فاکتورها باشد؟ پاسخ چندان روشن نیست. قانون‌گذار فرانسوی به بیان این شرط اکتفا کرده است و هیچ سرنخی درباره معیار شدید بودن به‌دست نمی‌دهد. با این حال، دقت در مفاد آرای پیش‌گفته نشان می‌دهد معیار تعیین شدت نقض کافی برای فسخ قرارداد، ارتباط وثیقی با نوع نقض و شدت و درجه تقصیر متعهد دارد. درحقیقت این

1. Christophe, Jamin, **Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique? Rapport français**, Bruylant: Bruxelles and LGDJ: Paris, 2001, p.458.

2. Terré.F, Simler.P, & Lequette.Y, *op.cit*, p. 864.

۳. ناگفته نماند تا پیش از این رأی نیز محاکم فرانسوی در برخی اوضاع و احوال خاص و به‌طوراستثنایی از قاعده فسخ قضایی عدول کرده‌اند. برای دیدن برخی از این آراء، برای مثال نک:

Hein Kötz, **European Contract Law**, translated from the German by Gill Mertens and Tony Weir, Oxford University Press, 2017, p. 219.

4. Cass civ (1) 13 October 1998, Bull civ I no 300, RTD civ 1999.

۵. برای مثال برای دیدن نمونه‌های جدیدتر نک: آرای صادره از دیوان عالی فرانسه در پرونده‌های ذیل:

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 février 2001, 99-15.170, Publié au bulletin; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 juillet 2002, 99-21.350, Publié au bulletin; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 octobre 2003, 01-03.662, Publié au bulletin; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 mars 2007, 06-10.229; Com 10 Feb 2009, pourvoi no 08-12415; Com 30 June 2009, pourvoi no 08- 14944, Civ (1) 24 Sept 2009, pourvoi no 08- 14524.

ع. نک: زیرنویس شماره ۴۸.

نحوه رفتار طرف ناقض، فارغ از آثار و تبعات چنین نقضی است که فسخ قرارداد را توجیه می‌کند؛ به‌گونه‌ای که اگر رفتار تقصیرآمیز مدیون به حد خاصی از شدت بالغ شود، به خودی‌خود برای تمسک طرف دیگر به فسخ قرارداد کفایت می‌کند. این معیار شخصی برای تعیین و تحقق شرط مذکور (کفایت شدت نقض) ریشه در رأی دیوان عالی در پروندهٔ تاویل دارد؛ چراکه در آنجا دیوان از اصطلاح «رفتار فاحش»<sup>۱</sup> برای توصیف نقض قرارداد از سوی متعهد استفاده کرده بود و پس از آن نیز در آرای دیگر از همین اصطلاح بهره گرفته شد. با این تعبیر، رفتار فاحش را می‌توان با تقصیر عمدی و تقصیرسنگین (یا فاحش) مترادف دانست؛ دو سطح شناخته‌شده از تقصیر شدید در حقوق فرانسه<sup>۲</sup> که تصمیم متعهدله به خاتمه دادن به قرارداد را توجیه می‌کند.<sup>۳</sup>

### ۳. حقوق آلمان

حقوق تعهدات آلمان در سال‌های اخیر به‌طور قابل‌توجهی دستخوش تغییر و تحول قرار گرفته است. قانون تعهدات جدید در اول ژانویه ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد و ساختار قانون مدنی در خصوص شیوه‌های جبران درحال حاضر بر رهنمود اروپایی راجع به بیع‌های مصرف‌کننده<sup>۴</sup> مبتنی است.<sup>۵</sup> هرچند محرک اصلی برای اصلاح قانون مدنی همسویی و پیاده‌سازی رهنمود فوق بود، قانون‌گذار آلمانی لازم دید تا در سایر بخش‌ها از جمله مقررات مربوط به حقوق تعهدات نیز اصلاحاتی انجام دهد. برخلاف عبارات مجمل و پیچیدهٔ قانون مدنی سابق، قانون جدید قواعد مربوط به شرایط و آثار فسخ قرارداد را با سادگی قابل‌فهمی بیان کرده است.<sup>۶</sup> براساس مادهٔ ۳۲۳ قانون مدنی،

1. comportement grave

۲. در حقوق فرانسه تقصیر عمدی و تقصیرسنگین علاوه بر اینکه معیار کفایت شدت نقض برای امکان فسخ قرارداد را برآورده می‌کند، آثار دیگری نیز دارد؛ از جمله اگر نقض قرارداد عامدانه یا همراه با تقصیر سنگین باشد، متعهدله ناکام می‌تواند خسارات غیرقابل پیش‌بینی را نیز مطالبه کند. همچنین متعهدی که عمداً یا با تقصیر سنگین قرارداد را نقض می‌کند، نمی‌تواند به شروط سلب یا تحدید مسئولیت مندرج در قرارداد تمسک کند. (رضایی، روح الله و دیگران، منبع پیشین، صص ۱۴۹-۱۵۲).

3. Sébastien Pellé, *La réception des correctifs d'équité par le droit*, Dalloz, 2011, p. 1230; Terré, F., Simler, P., & Lequette, Y., *op.cit.*, p. 866.

4. Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

5. Markesinis, Unberath and Johnston, *op.cit.*, pp 379-392.

۶. در حقوق آلمان برای اشاره به فسخ قرارداد از واژه‌های Kündigung و Rücktritt استفاده می‌شود.

متعهدله پیش از اقدام به فسخ، باید فرصت دوباره‌ای<sup>۱</sup> به متعهد برای اجرای قرارداد بدهد. مع‌هذا، مطابق بند ۲ ماده ۳۲۳ در موارد نقض شدید قرارداد، متعهدله می‌تواند بدون دادن مهلت اضافی، به‌طور یک‌جانبه به قرارداد خاتمه دهد.<sup>۲</sup> اما پرسش این است که نقض قرارداد در چه صورتی به‌قدر کافی شدید محسوب می‌شود؟ مطابق مقررات پیشین حتی سطح ناچیزی از شدت نقض بدین منظور کافی بود، اما مطابق مقررات کنونی بالا بودن شدت نقض برای فسخ قرارداد ضروری است.<sup>۳</sup> محور اصلی مشترک در موقعیت‌های تجویزکننده فسخ فوری در حقوق آلمان این است که عدم اجرا یا اجرای ناقص قرارداد آن‌چنان برای متعهدله زیان‌بار است که وی را «به‌طور اساسی از انتظارات قراردادی محروم می‌کند». چنین معیاری دقیقاً مشابه معیار «نقض اساسی» تحت کنوانسیون وین است.<sup>۴</sup>

بند ۱ از بخش ۲ ماده ۳۲۳ قانون مدنی و بخش ۴ این ماده برخی از موقعیت‌های امکان فسخ فوری را برمی‌شمارند. مقررۀ نخست بیانگر موقعیتی است که در آن متعهد به‌طور اساسی و قطعی از اجرای قرارداد امتناع می‌کند. مقررۀ دوم، موقعیتی را تصویر می‌کند که در آن پیش از موعد اجرای قرارداد، به‌خوبی روشن است که متعهد قرارداد را اجرا نخواهد کرد. بی‌تردید دو مورد از مصادیق نقض عامدانه تحت مقررۀ اخیر قرار می‌گیرند: مورد اول، جایی است که متعهد پیش از رسیدن موعد اجرا، خود را به‌نوعی از اجرای تعهد ناتوان می‌سازد و مورد دیگر جایی که متعهد از پیش اعلام می‌کند که مفاد تعهد را اجرا نخواهد کرد.<sup>۵</sup> در این موارد متعهدله می‌تواند بدون دادن مهلت دوباره برای اجرا، به قرارداد خاتمه دهد.<sup>۶</sup>

#### ۴. حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان از دیرباز نسل‌های متعددی از حقوق‌دانان با این پرسش دست‌وپنجه نرم کرده‌اند که در چه اوضاع و احوالی، نقض قرارداد، زیان‌دیده را مستحق خاتمه دادن به قرارداد

1. Nachfrist

2. Zimmerman, *op.cit.*, p. 74.

3. Markesinis, *op.cit.*, p. 427.

4. Kötz, *op.cit.*, p. 224.

۵. برای نمونه نک: رأی صادره از دیوانعالی آلمان در پرونده: BGH 25 Feb. (1971) NJW 798 که دیوان معتقد بود اگر پیش از موعد اجرای قرارداد متعهد اعلام کند یا به نوعی نشان دهد که نمی‌خواهد یا نمی‌تواند به تعهدات خود عمل کند، روشن است که شرط فسخ فوری محقق شده و دیگر نیازی به تعیین مهلت اضافی برای اجرا وجود ندارد.

6. Kötz, *Id.*, p. 228.

می‌کند؟ پاسخ کلاسیک حقوق انگلستان به این پرسش این است که به‌طور کلی در دو مورد امکان خاتمه دادن به قرارداد وجود دارد: مورد نخست جایی است که یکی از طرفین یکی از شروط مهم قراردادی<sup>۱</sup> را نقض می‌کند و مورد دوم، نقض به‌قدر کافی شدید یک شرط بی‌نام<sup>۲</sup> است.<sup>۳</sup>

مهم بودن یک شرط ممکن است به‌حکم قانون، به تشخیص دادگاه یا به وسیله خود متعاقدين در قرارداد مشخص شود. در این موارد، امکان فسخ قرارداد به‌خاطر نقض شرطی است که برای قرارداد از اهمیت اساسی برخوردار است؛ هرچند آثار نقض چنین شرطی جزئی و ناچیز باشد.<sup>۴</sup> از سوی دیگر، نقض شرط بی‌نام در صورتی منجر به دسترسی زیان‌دیده به فسخ می‌شود که آثار و تبعات نقض چنین شرطی شدید و اساسی باشند.<sup>۵</sup> به‌عبارت دیگر، نقض شرط، مشروطه را به‌طور اساسی از تمام آنچه برای آن معامله کرده است، محروم کند و درحقیقت «ریشه قرارداد را هدف قرار دهد».<sup>۶</sup> در واقع مقام اصلی بحث نقض اساسی قرارداد برای امکان فسخ در حقوق انگلستان، همین‌جاست؛ یعنی جایی که نقض شرط بی‌نام، تبعات منفی شدیدی در پی دارد.<sup>۷</sup> اما پرسش این است که برای تعیین اساسی بودن نقض قرارداد به چه عواملی باید توجه کرد؟ آیا عامدانه بودن نقض نیز می‌تواند در این میان تعیین‌کننده باشد؟ رویه قضایی انگلستان پاسخ قاطعی در این زمینه ارائه نمی‌دهد. باین‌حال، نمی‌توان انکار کرد که در حقوق انگلستان نیز عامدانه بودن نقض در کنار سایر فاکتورها در امکان تمسک به شیوه‌جبرانی فسخ، دخیل است.

در پرونده شرکت کشتیرانی هنگ‌کنگ،<sup>۸</sup> لرد دیپلاک معتقد بود در تعیین اینکه آیا نقض یک شرط بی‌نام به‌قدر کافی شدید است که توجیه‌کننده فسخ قرارداد باشد یا خیر، باید به چندین عامل توجه کرد؛ از جمله: خسارات به‌بار آمده از نقض، بهای اجرای دریافت‌شده به وسیله

1. Condition

2. Innominate Term

3. Roger Halson & David Campbell, **Research Handbook on Remedies in Private Law**, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 166.

4. Solen Rowan, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance**, Oxford University Press, 2012, p. 72.

۵. برای دیدن دشواری‌های حاکم بر تعریف و تفاوت‌های شروط مختلف قراردادی نک:

Guenter Treitel, "Conditions and Conditions Precedents", *106 LQR*, 1990, p. 185.

۶. اظهارات لرد دیپلاک (Lord Diplock) در پرونده:

Hong Kong Fir Shipping Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd 1962.

7. McKendrick, **Contract Law: Text, Cases and Materials**, Oxford: Oxford University Press, 12th ed., 2017, n. 10-4; Markesinis, *op.cit.*, p. 424.

8. Hong Kong Fir Shipping Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd ,1962.

متعهدله زیان دیده، تمایل طرف ناقض به جبران نقض، احتمال وقوع نقض‌های آتی، کفایت یا عدم کفایت پرداخت خسارت متوقع و عامدانه بودن رفتار متعهد.<sup>۱</sup> فحوای کلام وی این است که در برخی اوضاع و احوال، صرف عامدانه بودن نقض می‌تواند فسخ قرارداد را توجیه کند. علاوه بر آن، در مواردی که متعهد در زمان اجرای قرارداد یا پیش از آن، عمداً خود را از اجرای تعهدات قراردادی ناتوان می‌کند، که این خود یکی از مصادیق نقض عامدانه قرارداد است؛ متعهدله حتی پیش از فرا رسیدن زمان اجرای قرارداد می‌تواند به حیات قرارداد خاتمه داده و آن را فسخ کند. چنین مواردی را در واقع می‌توان مصادیقی از «نقض پیشاپیش قرارداد» دانست که به متعهدله حق فسخ قرارداد را می‌دهند.<sup>۲</sup>

در پرونده اخیر والیلاس<sup>۳</sup> دو دندان‌پزشک قراردادی را منعقد می‌کنند که براساس آن خواهان می‌توانست از تجهیزات و خدمات ارائه‌شده به وسیله خواننده استفاده کند و در مقابل، ماهیانه ۵۰ درصد از حق ویزیت‌های دریافتی خود را به خواننده پرداخت کند. پس از مدتی رابطه این دو تیره‌وتار می‌شود و خواهان، پرداخت مبالغ را متوقف می‌کند. سه ماه بعد خواننده قرارداد را فسخ و در پی آن خواهان اقامه دعوی خسارت می‌کند. دادگاه بدوی و تجدیدنظر معتقد بودند که عدم پرداخت خواهان یک نقض به قدر کافی شدید نبوده که بتواند خواننده را مستحق فسخ قرارداد کند. اما در مجلس لردان، لرد آندرهیل<sup>۴</sup> بر این نکته تأکید می‌کند که خواهان با اتخاذ یک «انتخاب عامدانه» از ترتیبات قراردادی عدول کرده و این امر خواننده را از دریافت آنچه به صورت مستمر و روشن مستحق آن بوده، محروم کرده است.<sup>۵</sup> بر همین اساس، وی معتقد بود که فسخ قرارداد در این پرونده یک شیوه جبرانی مناسب است.

## ۵. حقوق ایالات متحده: عامدانه بودن نقض و نقض عمدی

مطابق بخش ۱۰۶-۲ از قانون تجاری متحدالشکل (یو سی سی) - «خاتمه دادن»<sup>۶</sup> به قرارداد یک دعوی قابل دسترس برای طرفی است که با عدم اجرایی که نقض قرارداد محسوب

1. Guenter Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*; *op.cit.*; McKendrick, *Ibid*, p. 783.

2. Solen Rowan, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, p. 75.

3. Ioannis Valilas v Valdet Januzaj [2015] EWCA Civ 436.

4 Underhill

5. *Ibid*, p. 64.

6. Termination

نمی‌شود، مواجه می‌گردد؛ درحالی‌که «الغا»ی قرارداد<sup>۱</sup> اصطلاحی است که به دعوی خاتمه‌دادن به قرارداد پس از وقوع نقض اختصاص دارد.<sup>۲</sup> «الغا»ی قرارداد تحت حقوق ایالات متحده یک شیوه جبرانی دفاعی تلقی می‌شود. این شیوه جبران صرفاً وقتی فعال می‌شود که نقض قرارداد «عمده»<sup>۳</sup> باشد. علی‌الظاهر، در این نظام حقوقی هر نقضی منجر به مسئولیت قراردادی می‌شود، اما این‌گونه نیست که هر نقضی برای دسترسی به شیوه جبرانی فسخ قرارداد کافی باشد. به تعبیری نقض قرارداد شرط لازم است اما شرط کافی نیست.

در حقوق ایالات متحده وجود ارتباط بین نقض عامدانه و شیوه جبرانی فسخ به نحوی صریح‌تر و روشن‌تر از حقوق انگلستان قابل اثبات است. اشاره به این نمود حقوقی به‌خصوص تحت عنوان فسخ قرارداد، کمی رندانه و همراه با تسامح است؛ چراکه برخورد کامن‌لای آمریکایی با این موضوع کمی متفاوت است؛ یعنی آن را مسئله‌ای از حقوق استرداد می‌داند. در حقوق ایالات متحده مطابق دکترین اجرای عمده<sup>۴</sup> وقتی اجرای قرارداد توسط یکی از متعاقدين اساسی اما ناتمام تلقی شود، وی می‌تواند با وجود ناقص بودن اجرای خود، اجرای طرف دیگر را مطالبه کند یا استرداد آنچه به طرف مقابل پرداخته است، بخواهد. اما اگر یکی از طرفین به طور اساسی قرارداد را اجرا نکند و درحقیقت مرتکب نقض عمده آن شود، وی به‌طور کلی مجاز به استرداد منافی که از رهگذر اجرای جزئی خود به طرف دیگر منتقل کرده، نخواهد بود.

توجه به این پیش‌زمینه، برای طرح مسئله تأثیر و دخالت عامدانه بودن نقض بر امکان فسخ قرارداد در حقوق ایالات متحده ضروری بود. حال پرسش این است که آیا طرف ناقض پس از اینکه به‌طور عامدانه مرتکب نقض قرارداد می‌شود، از حقی بر نوعی از استرداد برخوردار است یا خیر؟ در این‌گونه مواقع، نقض عامدانه با اجرای عمدی تعهد به شیوه‌ای نادرست، اتفاق می‌افتد.

#### 1. Cancellation

۲. نک:

Gregory Klass, **Contract Law in the USA**, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> ed., 2012, p. 180;

با این حال، به نظر می‌رسد چنین تفکیکی از انسجام لازم برخوردار نیست؛ چراکه اصطلاح «خاتمه دادن» به قرارداد برای بیان دعوی طرف غیر ناقض برای پایان دادن به قرارداد پس از وقوع نقض نیز به کار رفته است.

#### 3. Substantial Breach

#### 4. Substantial Performance

در حقوق ایالات متحده، این مسئله موجب بروز مشکلات و اختلافاتی شده است. برخی محاکم از حکم به استرداد به نفع طرف ناقض امتناع کرده‌اند؛ به این دلیل که نقض ارتكابی توسط وی یک نقض عامدانه بوده، نه یک نقض اتفاقی یا از روی غفلت و سهل‌انگاری.<sup>۱</sup> برخی دیگر کیفیت و نحوه نقض قرارداد را به‌عنوان فاکتوری دخیل در تصمیم‌گیری راجع به اینکه آیا استرداد باید اجازه داده شود یا نه، مورد توجه قرار نداده‌اند.<sup>۲</sup> چنان‌که یکی از نویسندگان معتقد است، وقتی که دعوا برای مطالبه بهای کار و منافع منتقل شده به وسیله طرف ناقض اقامه شده، استدلال به نفع مدنظر قرارداد کیفیت و نوع نقض قوی‌تر است از جایی که موضوع دعوا بازپس‌گیری ثمن پرداختی است. علت این است که مجاز دانستن استرداد در مورد نخست هم تعهدی متفاوت از آنچه زیان‌دیده برای آن قرارداد منعقد کرده و هم بار اثبات ورود خسارات ناشی از نقض را بر وی تحمیل می‌کند.<sup>۳</sup> علاوه بر این، ماده ۳۴۷ از ری‌استیتمنت دوم راجع به حقوق قراردادهای<sup>۴</sup> بیانگر این است که یک انحراف عامدانه از مفاد قرارداد می‌تواند موجب رد دعوی استرداد طرف ناقض شود. به عبارت روشن‌تر، طرفی که عمداً از اجرای عمده بخش قراردادی خود امتناع کرده، نمی‌تواند مدعی استرداد شود.<sup>۵</sup>

مفهوم نقض عمده که در حقوق ایالت متحده مورد اشاره قرار گرفت، ممکن است خواننده را به یاد مفهوم نقض اساسی در اسنادی مانند DCFR، PECL، PICC و CISG بیندازد.

بی‌درنگ این پرسش به ذهن می‌رسد که «عمده بودن» نقض دقیقاً معادل چیست؟

تاحدود زیادی، همانطور که در تعیین مفهوم اجرای عمده نیز قضیه از همین قرار بود، خود متعاقدين می‌توانند تصمیم بگیرند که چه نوع نقضی عمده است و کدام نیست. اما وقتی متعاقدين توافقی در این رابطه ندارند، پرسش فوق به‌قوت خود باقی است. پریلو معتقد است عمده بودن نقض به چندین عامل بالقوه بستگی دارد، اما «نقض عامدانه قرارداد احتمال بیشتری دارد که یک نقض عمده تلقی شود در مقایسه با نقضی که به‌خاطر غفلت یا به سبب اوضاع و احوال تصادفی اتفاق افتاده است».<sup>۶</sup>

1. Harris v. The Cecil N. Bean 197 F.2d 919 (1952).

2. Begovich v Murphy, 101 N.W. (1960).

3. Farnsworth, E. Allen, **Contracts**, New York: Aspen, 4th Ed, 2004.

4. Restatement Second of Contracts (1981).

5. Joseph M. Perillo, "Restitution in the Second Restatement of Contracts", *Columbia Law Review*, Vol. 81, No. 1, Jan., 1981, p. 37.

6. Joseph M, Perillo, **Contracts**, West Academic Publishing, 7th ed., 2014, p.397.



یک نمونه خوب در این رابطه پرونده‌ای از ایالت ویسکانسین است که در آن یک شرکت حمل‌ونقل عمومی عمداً به قرارداد خود با یک شرکت ساختمانی با موضوع بازسازی یک پایانه اتوبوس شهری خاتمه می‌دهد. دادگاه معتقد بود که: شرکت حمل‌ونقل که در سال ۱۹۸۲ «تصمیم به نادیده گرفتن و پایان دادن به معامله» گرفته، در واقع با این کار با سوءنیت عمل کرده و مرتکب نقض عمده توافقی شده است.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد عنصر عامدانه بودن در تصمیم دادگاه در عمده تلقی کردن نقض، دخیل بوده، به‌ویژه به این دلیل که دادگاه به خود قرارداد نیز اشاره کرده است و می‌گوید: شرکت حمل‌ونقل می‌توانست مطابق قرارداد برای عدم موافقت خود با طرح مورد نظر شرکت ساختمانی، به دلایل مختلفی تکیه کند. با این حال، در هیچ جای قرارداد به وی اجازه داده نشده که بتواند قرارداد را خاتمه دهد، به صرف اینکه چنین اقدامی را به لحاظ مالی به‌صرفه می‌داند.<sup>۲</sup>

نمونه دیگری از ارتباط بین عامدانه بودن نقض و خاتمه قرارداد پرونده امریکن ساینترفیک<sup>۳</sup> است. واسربرگر<sup>۴</sup> به عنوان بازاریاب برای شرکت امریکن ساینترفیک<sup>۵</sup> کار می‌کرد و محصولات آن را به شرکت یونایتدمدیکال<sup>۶</sup> می‌فروخت. براساس یک توافق شفاهی بین واسربرگر و امریکن ساینترفیک، مقرر شده بود شرکت در قبال هر سفارشی مبلغ معینی از باب کمیسیون به او بپردازد. به‌مرور زمان دو مشکل در این بین بروز کرد: نخست اینکه امریکن ساینترفیک مدعی شد بخشی از مفاد قرارداد عبارت از وظیفه واسربرگر در یافتن مشتریان بیشتر برای محصولات شرکت بود. واسربرگر کمابیش قبول داشت که برخلاف تعهد قراردادی خود تلاش چندانی برای جذب مشتریان جدید به خرج نداده است. مشکل دوم مربوط به تأخیر در پرداخت کمیسیون‌ها بود. واسربرگر معتقد بود که پرداختی‌های شرکت با تأخیر زیاد همراه بود؛ در نتیجه وی شروع به کار کردن برای یک کارفرمای دیگر کرده و یونایتدمدیکال را متقاعد کرد تا همان محصولات قبلی را از کارفرمای جدید خریداری کند. متعاقباً یونایتدمدیکال، امریکن ساینترفیک را از قرارداد

1. Greyhound Lines Inc. v. Morton, Wis. 19, 1984, p. 63.

2. *Ibid.*

3. Wasserburger v. American Scientific Chemical, Inc. (1973).

4. Wasserburger

5. American Scientific

6. United Medical

جدید خود و نقش واسربرگر در آن مطلع کرد. بر همین اساس، امریکن سایننتیفیک اقدام به فسخ قرارداد خود با واسربرگر می‌کند.

مسئله پرونده این بود که یونایتدمدیکال برای مدت مشخصی پس از فسخ قرارداد بین واسربرگر و امریکن سایننتیفیک و پیش از اینکه یونایتدمدیکال وارد قرارداد با تأمین‌کننده جدید شود، همچنان به خرید محصولات از امریکن سایننتیفیک ادامه داده بود. اما امریکن سایننتیفیک برای سفارش‌های این دوره زمانی، هیچ کمیسیونی به واسربرگر پرداخت نکرده بود. واسربرگر اقدام به اقامه دعوا و ادعا می‌کند وی پس از خاتمه قرارداد هم حقی بر دریافت کمیسیون داشته است؛ چراکه فروش‌های این مدت بدون تلاش‌های پیشین وی امکان‌پذیر نبوده و به عبارت دیگر وی به‌طور اساسی تعهدات خود را انجام داده است. دادگاه عالی ایالت آرگان معتقد بود نقض قرارداد توسط واسربرگر در هر دو مورد عامدانه و عمدۀ بوده است. اولاً وی آن‌گونه که مطابق قرارداد می‌بایست درصد یافتن مشتریان جدید برنیامده و ثانیاً تلاش برای متقاعد کردن یونایتدمدیکال به انعقاد قرارداد با کارفرمای جدید نیز نشانه روشنی از نقض عامدانه قرارداد است. در تحلیل این رأی باید گفت: اگرچه عامدانه بودن نقض تنها معیار دادگاه‌ها برای عمده تلقی کردن نقض نبوده، اما به‌نظر می‌رسد در این پرونده دادگاه عمدۀ بودن نقض را به‌طور ویژه از عامدانه بودن رفتار واسربرگر استنباط کرده است.

در نتیجه، روشن است که حقوق ایالات متحده عامدانه بودن نقض قرارداد را به‌عنوان یک عنصر دخیل و مؤثر در تحقق نقض عمدۀ قرارداد به حساب می‌آورد. مسئله عمدۀ بودن یا نبودن نقض در ارزیابی دسترسی طرف زیان‌دیده به شیوه جبرانی فسخ قرارداد از اهمیت بسیار برخوردار است و در رویه قضایی ایالات متحده شواهد و نشانه‌های جدی وجود دارد که بر تأثیر و دخالت عامدانه بودن نقض در ارتباط با شرط «عمده بودن نقض» برای امکان فسخ قرارداد، صحه می‌گذارد.

## ۶. حقوق ایران و فقه امامیه

در رابطه با این مسئله که آیا در صورت عدم ایفای تعهد از سوی متعهد، متعهدله ناکام بدو امکان تمسک به فسخ عقد را دارد یا اینکه درخواست اجبار متعهد به انجام تعهد بر فسخ مقدم است، بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. این بحث در منابع فقهی عمدتاً تحت مبحث شروط ضمن عقد و به‌طور خاص شرط فعل مطرح می‌شود؛ باین حال چنان‌که برخی فقها

به‌درستی اشاره کرده‌اند، اختصاصی به شروط ضمن عقد نداشته و در حوزه عدم ایفای تعهدات اصلی عقد نیز قابل طرح است.<sup>۱</sup>

بررسی ادله موافقان و مخالفان تقدم اجبار به انجام تعهد بر فسخ عقد یا اختیار ابتدایی متعهدله بر فسخ عقد، از حوصله این پژوهش خارج است و ما را از مقصود اصلی دور می‌کند. فقط به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که عقیده غالب و مشهور<sup>۲</sup> این است که در موارد نقض قرارداد، اجبار متعهد به ایفای مورد تعهد بر فسخ عقد مقدم است و متعهدله صرفاً پس از تعذر یا تعسر اجبار، به‌عنوان آخرین راه چاره می‌تواند با فسخ به حیات حقوقی عقد پایان دهد.<sup>۳</sup> قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه، همین شیوه را درپیش گرفته است.<sup>۴</sup> بر این اساس، خواه در موارد نقض تعهدات اصلی از سوی متعهد (مواد ۴۷۶ و ۵۳۴ ق.م.) و خواه در موارد عدم انجام شرط ضمن عقد از سوی مشروط‌علیه (ماده ۲۳۹ ق.م.)، به‌عنوان یک قاعده کلی، زیان‌دیده ابتدا باید اجبار طرف ناقض به اجرای عین تعهد را بخواهد.<sup>۵</sup>

بنابراین، تردیدی نیست که در حقوق کنونی ایران نیز فسخ قرارداد در اغلب موقعیت‌های نقض قرارداد،<sup>۶</sup> به‌عنوان یک شیوه جبران استثنایی و مؤخر از اجرای عین تعهد ایفای نقش

۱. حسینی مراغی، عبدالفتاح، **العناوین**، ج ۲، چ ۳، قم: النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ هـ. ق، ص ۲۸۳. ایشان می‌فرماید: «وقد عرفت أن الشرط ليس ألاً كنفس المعاوضه فی الإنشاء و الإلزام، و تسميته شرطاً باعتبار كونه أمراً خارجاً مرتبطاً، فحكمه حكم اصل المعاوضه فی الإلزام و الإجبار».

۲. برای دیدن استدلالی که متعهدله را در اجبار متعهد یا فسخ قرارداد مختار می‌داند نک: صفایی، سیدحسین، و نعمت‌الله الفت، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، شماره ۷۹، (۱۳۸۹)، صص ۵۳ به بعد؛ صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، د ۳۹، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸، ص ۳۱۱.

۳. برای نمونه نک: کرکی، علی‌بن‌حسین، **جامع المقاصد**، ج ۴، قم: آل‌البیت، ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۴۲۲؛ شیخ انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، مکاسب، ج ۶، چ ۱۸، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۴۳۲ هـ. ق، ص ۷۰؛ نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م، ص ۲۱۸؛ موسوی‌خمینی، سیدروح‌الله، **البیع**، ج ۵، چ ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ. ق، ص ۲۱۹؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ. ق، ص ۱۲۷.

۴. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۳۴، تهران: اسلامیه، ۱۳۹۲، ص ۳۴۴.

۵. صفایی، سیدحسین، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، ص ۲۱۶.

۶. البته این‌گونه نیست که لزوماً تمامی افراد فسخ مبتنی بر وقوع نقض باشند، برای نمونه خیار مجلس، حیوان و شرط وابسته به نقض عقد نیستند، بلکه مبتنی بر تحقق خیار هستند؛ اما در اغلب مواقع حق فسخ قرارداد به‌دنبال وقوع نقض پدید می‌آید.

می‌کند،<sup>۱</sup> لذا از این جهت با مقررات موجود در سایر نظام‌های داخلی و اسناد حقوقی مورد بحث مشابه است.<sup>۲</sup> باین‌حال، برخلاف نظام‌های حقوقی دیگر، قانون‌گذار ایران برای امکان تمسک متعهدله ناکام به فسخ قرارداد هیچ‌گونه شرط اضافی در نظر نگرفته است. به عبارت دیگر، چنان‌که در حقوق دیگر کشورها و حقوق تجارت بین‌الملل دیدیم، یک نقض عادی قرارداد نمی‌تواند تمسک به فسخ قرارداد را توجیه کند، بلکه برای این منظور لازم است نقض ارتكابی از شدت کافی برخوردار باشد یا به سطح یک نقض اساسی و عمده بالغ شود؛ اما در حقوق ایران تفکیکی بین نقض اساسی و غیراساسی و توجه به نوع و شدت نقض دیده نمی‌شود.<sup>۳</sup> درحقیقت قانون‌گذار ایران با بی‌اعتنایی به عنصر شدت نقض، دچار یک افراط و تفریط شده است. درحالی‌که برای مثال در بیع عین معین کوچک‌ترین نقض عهدی سبب ایجاد حق فسخ قرارداد برای متعهدله می‌شود،<sup>۴</sup> اما برای مثال در بیع کلی، هر اندازه هم که نقض قرارداد شدید و اساسی باشد، موجب ایجاد چنین حقی نمی‌شود.

بنا به مطالب پیش‌گفته، به نظر می‌رسد از دیدگاه فقهی و حقوق ایران، عامدانه بودن نقض قرارداد دخالتی در امکان تمسک زیان‌دیده به شیوه جبرانی فسخ قرارداد ندارد. به عبارت دیگر، وقتی سبب حق فسخ تحقق پیدا کند، دیگر عامدانه بودن یا نبودن و جزئی یا عمده بودن نقض دخالتی در قضیه ندارد. بی‌تردید این یک خلأ قانونی جدی است که سزاوار است قانون‌گذار برای آن تمهیدی ببیند. حفظ بقای حقوقی قرارداد تا حد ممکن و اختصاص فسخ قرارداد به موقعیت‌های نقض شدید و عامدانه قرارداد نه تنها با مبانی فقهی و حقوقی در تعارض نیست، بلکه حکم به شیوه‌های جبرانی شدیدتر - از قبیل فسخ قرارداد که به هستی قرارداد پایان می‌دهد - در قبال خطاهای عمدی و فاحش و نه تخلفات غیرعمدی، امری است که اخلاق، عرف و بنای خردمندان نیز بر آن صحه می‌گذارد.

۱. با این‌حال در برخی موارد استثنایی، پس از وقوع نقض، متعهدله می‌تواند مستقیماً عقد را فسخ کند، مانند ماده ۴۰۲ قانون مدنی در رابطه با خیار تأخیر ثمن.

۲. صفایی، سیدحسین، **حقوق بیع بین‌المللی**، منبع پیشین، صص ۱۸۰-۱۸۱.

۳. شعاریان، ابراهیم، **حقوق بیع بین‌المللی**، منبع پیشین، ص ۳۵۱.

۴. برای مثال نک: مواد ۲۳۵، ۴۱۰، ۴۱۱ و ۴۲۲ قانون مدنی.

گذشته از آن، اگر هدف قانون‌گذار از تقدم اجرای عین تعهد بر فسخ، حمایت از زیان‌دیده باشد، در موقعیت‌های نقض عامدانه، قائل شدن به این تقدم به نوعی نقض غرض خواهد بود؛ زیرا از یک سوی الزام متعهدی که نمی‌خواهد به تعهد خود عمل کند، چندان معقول و آسان به نظر نمی‌رسد و از سوی دیگر، مشکلات آیینی و اجرایی اجبار چنین شخصی که فاقد حسن نیت است وقت و هزینه معتناهی بر زیان‌دیده و سیستم قضایی تحمیل خواهد کرد.<sup>۱</sup> بنابراین، به نظر می‌رسد «ممکن نبودن اجبار» مورد نظر قانون‌گذار در ماده ۲۳۹ قانون مدنی، موارد نقض عامدانه را هم دربر می‌گیرد؛ زیرا این مورد هم می‌تواند مصداق امتناع عرفی باشد.

علاوه بر این‌ها، گذشته از ابواب فقهی عبادات و مجازات‌ها که در آنها رفتار ناهنجار عمدی موجب تشدید عقاب و کیفر متخلف است، در ابواب معاملات نیز برخی فروع و نهادهای فقهی وجود دارند که در آنها ضمانت اجراهای شدیدی در قبال خطای عامدانه و با سوءنیت اختصاص یافته است. برای نمونه در باب غصب که بارزترین مصداق خطای عمدی است، فقها معتقدند باید با شدیدترین ضمانت اجرا با غاصب رفتار شود. جوهره غصب را عنصر عدوان تشکیل می‌دهد و عدوان هنگامی صدق می‌کند که مرتکب دارای عمد و سوءنیت باشد.<sup>۲</sup> در واقع غاصب با علم به تعلق مال به دیگری، عمداً بر آن مسلط می‌شود.<sup>۳</sup> لزوم اتخاذ شدت عمل در قبال غاصب با عبارات مختلفی در کتب فقهی بیان شده از قبیل: «إنَّ الغاصب یؤخذ بأشقِّ الإحوال»،<sup>۴</sup> «الغاصب علی أشقِّ الأحوال»،<sup>۵</sup> و «الغاصب بأخسِّ الاطوار».<sup>۶</sup> این شدت ضمانت اجرا، در تشدید مسئولیت غاصب متجلی می‌شود.

۱. شعاریان، ابراهیم، حقوق تعهدات، مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، چ ۲، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵، ص ۷۷۸.
۲. شهیددانی، مسالک‌الافهام، ج ۱۲، قم: معارف اسلامی، ۱۴۲۵ هـ.ق، صص ۱۴۸ و ۱۴۹.
۳. امامی، سیدحسن، منبع پیشین، ص ۴۲۴.
۴. کاظمی‌تستری، شیخ اسدالله، مقابسات الانوار و نفائس الاسرار، تبریز: مطبعه ماکینه، ۱۳۲۲ هـ.ق، ص ۱۳۱؛ نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۳۷، چ ۳، تهران: دارالکتب‌الاسلامیه، ۱۳۶۷، ص ۱۰.
۵. آملی، میرزاهاشم، مجمع‌الافکار و مطرح‌الانظار، چ ۱، قم: المطبعة العلمیه، ۱۳۹۵ هـ.ق، ص ۱۶۱.
۶. گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، ج ۲، چ ۱، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ هـ.ق، ص ۲۶۰ و ۲۹۸.

به عبارت دیگر، مسئولیت غاصب برخلاف مسئولیت مدنی به معنای خاص، از نوع مسئولیت مطلق است و نیازی به احراز تقصیر و رابطه سببیت ندارد.<sup>۱</sup> به همین دلیل، هرگونه خسارتی که در مدت غصب بر مال مغضوب وارد شود، حتی اگر منتسب به فعل غاصب نباشد، مسئولیت آن برعهده شخص غاصب است.<sup>۲</sup> مثال دیگر، ضمان غاصب نسبت به منافع مستوفات و غیرمستوفات مال مغضوب است.<sup>۳</sup> علاوه بر غصب، فروع فقہی دیگری از قبیل غش، تدلیس، نجش، غرور و غیره، وجود دارند که جوهره آنها را تعمد و سوءنیت تشکیل می‌دهد و در واقع وجود این عناصر در عناوین مذکور موجب ایجاد یا تشدید ضمان مرتکب می‌شود.<sup>۴</sup> از سوی دیگر با توجه به اینکه در فقه مرز مشخصی بین مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد وجود ندارد، بلکه تمرکز فقہا به طور کلی بر ضمان و جبران زیان است، بنابراین 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».<sup>۵</sup>

علاوه بر آن، در حوزه نقض تعهدات قراردادی هم مواردی وجود دارد که عامدانه بودن نقض تعهد، ضمانت اجرای شدیدتری به دنبال دارد و موجب تشدید مسئولیت طرف ناقض می‌شود. برای مثال، از تعهدات امین این است که با مطالبه مورد امانت از سوی مالک، آن را به وی مسترد کند. حال اگر پس از مطالبه مالک امکان رد وجود داشته باشد، اما امین از استرداد آن امتناع کند، در این صورت ید امانی وی تبدیل به ید ضمانی می‌شود و از آن پس در حکم غاصب خواهد بود. در اینجا امتناع عمدی از ایفای تعهد به رد مال امانی که در حقیقت نقض تعهد است، سبب تشدید مسئولیت امین می‌شود و وی در قبال هر نقص و عیبی در مال ضامن است؛ حتی اگر تلف یا عیب منتسب به فعل وی نباشد.<sup>۶</sup> بنابراین، اتخاذ ضمانت اجرای مشدد در قبال نقض عامدانه تعهد، در فقه و قانون مدنی سابقه دارد و بر این اساس اختصاص دادن ضمانت اجرای

۱. صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی**، ج ۵، تهران: سمت، ۱۳۹۲، ص ۳۷.

۲. ماده ۳۱۵ قانون مدنی.

۳. ماده ۳۲۰ قانون مدنی.

۴. دیلمی، احمد، **حسن نیت در مسئولیت مدنی**، تهران: مجد، ۱۳۸۹، صص ۲۸۲-۲۸۴.

۵. رازی، فخرالدین، **الأربعین فی أصول الدین**، ج ۲، قاهره: مکتبه الکلیات الأزهریه، ۱۹۸۶ م، ص ۳۲۳.

۶. مفاد مواد ۶۳۱ و ۳۱۰ قانون مدنی.

فسخ قرارداد به موارد نقض شدید از جمله نقض عامدانه، مسئله‌ای غریب و نامتجانس با نظام حقوقی ما نخواهد بود.

بی‌تردید، مذاق شریعت بر این است که برای حفظ نظام اجتماعی، در قبال خطاکاری عامدانه شدت عمل بیشتری به‌کارگرفته شود؛ زیرا مباح بودن ایراد ضرر و زیان عمدی و عدم واکنش متناسب در قبال آن، نظم عمومی جامعه را مختل می‌کند و لذا باید مورد پیشگیری و بازدارندگی قرار گیرد.<sup>۱</sup> واکنش متناسب با یک تخلف عامدانه باید در مقایسه با واکنش قانونی به همان تخلف در حالت غیرعمدی، از شدت بیشتری برخوردار باشد تا بتواند اهداف مذکور (پیشگیری و بازدارندگی) را محقق کند. تحقق این اهداف، درحوزه مسئولیت مدنی، چه قهری و چه قراردادی، با اتخاذ ضمانت اجرای شدید در مقابل خطاکاری عامدانه، از جمله نقض قرارداد، امکان‌پذیر خواهد بود. بنابراین، بهتر آن است که شیوه جبرانی فسخ قرارداد که یک عکس‌العمل شدید به نقض قرارداد است، صرفاً در موقعیت‌های نقض شدید و از جمله نقض عامدانه قرارداد قابل دسترسی باشد.

### نتیجه‌گیری

گرچه در تمامی نظام‌های حقوقی «اساسی بودن» نقض قرارداد برای تمسک به شیوه جبرانی شدید فسخ که به هستی حقوقی قرارداد پایان می‌دهد، شرط نیست، اما به‌هرروی در اغلب این نظام‌ها پذیرفته شده که بدین منظور نقض قرارداد باید از یک سطح بالاتر و شدیدتری نسبت به یک نقض عادی برخوردار باشد. به عبارت دیگر، برای تمسک به این شیوه جبرانی، متعهدله ناکام باید آستانه معینی از شدت نقض را اثبات کند. برای تحقق این شرط در نظام‌های حقوقی ملی و اسناد حقوقی بین‌المللی ضوابط مختلفی مشخص شده و چنان‌که دیدیم، عامدانه بودن نقض قرارداد یکی از امارات و معیارهای شدید بودن نقض تلقی شده است. درحقیقت، عامدانه بودن نقض قرارداد رابطه اعتمادی بین طرفین را که متعاقدين براساس آن اقدام به انعقاد قرارداد کرده بودند، از بین می‌برد. بر همین اساس، وقتی یکی از طرفین به‌طور عامدانه از اجرای بخش قراردادی خود امتناع می‌کند، دیگر نمی‌توان اعتماد کرد که وی در آینده تعهد خود را

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۱۶۰؛ سیدحسین، امامی، منبع پیشین، ص ۴۲۸.

به‌درستی ایفا خواهد کرد. چنین وضعیت عدم اعتمادی، متعهدله ناکام را سزاوار پایان دادن به رابطه قرارداد می‌کند تا بتواند منافع اقتصادی خود را درجای دیگر و با شخصی دیگر پی بگیرد. در فقه و حقوق ایران، هرچند عامدانه بودن نقض تأثیر صریحی در امکان دسترسی متعهدله ناکام به فسخ قرارداد ندارد، برخی عناوین فقهی و فروعاً قانونی چه در حوزه ضمان قهری و چه مسئولیت قراردادی، هستند که در آنها درقبال خطاکاری عمدی، ضمانت اجرایی شدیدیتر از خطای غیرعمد اندیشیده شده است. با توجه به روح کلی این قواعد که در واقع بیانگر شدت عمل درقبال خطاکاری عمدی هستند و با اتخاذ ملاک از آنها می‌توان گفت هرجا خطای عامدانه‌ای رخ دهد، چه درحوزه قرارداد چه خارج از قرارداد، لازم است برای پیشگیری از اباحه خطاکاری عمدی که باعث ایجاد اختلال در نظم عمومی اجتماعی می‌شود، با شدت عمل بیشتری در مقایسه با خطاکاری غیرعمدی برخورد کرد. بر همین مبنا، بهتر آن است که شیوه جبرانی فسخ قرارداد که یک عکس‌العمل شدید به نقض قرارداد است، صرفاً در موقعیت‌های نقض شدید و از جمله نقض عامدانه قرارداد قابل دسترسی باشد.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ج ۵، ویرایش ۲۰۱۰، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵.
۲. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۱، ج ۳۴، تهران: اسلامیه، ۱۳۹۲.
۳. بهرامی‌احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادها، با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظامهای حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰.
۴. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۵. دیلمی، احمد، حسن نیت در مسئولیت مدنی، تهران: مجد، ۱۳۸۹.



۶. السنهوری، عبدالرزاق احمد، **دوره حقوق تعهدات**، ج ۱، ترجمه محمدحسین دانش‌کیا و سیدمهدی دادمرزی، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲.
۷. شعاریان، ابراهیم، **حقوق بیع بین‌المللی، شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی**، ج ۳، تهران: شهردانش، ۱۴۰۰.
۸. شعاریان، ابراهیم، **حقوق تعهدات، مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی**، ج ۲، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵.
۹. شهیدی، مهدی، **آثار قراردادها و تعهدات**، ج ۲، تهران: مجد، ۱۳۸۳.
۱۰. صفایی، سیدحسین، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، ج ۳۳، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۱۱. صفایی، سیدحسین، **حقوق بیع بین‌المللی**، ج ۴، تهران: انتشارات دانشگاه، ۱۳۹۷.
۱۲. صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، ج ۵، تهران: سمت، ۱۳۹۲.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، ج ۶، تهران: انتشار، ۱۳۹۰.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، ج ۳، ج ۳، تهران: انتشار، ۱۳۸۵.
۱۵. گیلانی، ابوالقاسم‌بن محمدحسن (میرزای قمی)، **جامع الشتات فی اجوبه السؤالات**، ج ۲، تهران: کیهان، ۱۴۱۳هـ.ق.
۱۶. وحدتی‌شیرینی، سیدحسین، **مبانی مسئولیت مدنی قراردادی**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

## مقاله

۱۷. رضایی، روح‌الله، ابراهیم عبدی‌پورفرد و اسماعیل نعمت‌اللهی، «نقض عامدانه قرارداد و تأثیر آن بر جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸، صص ۱۶۰-۱۳۵.
۱۸. صادقی‌نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، د ۳۹، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸، صص ۳۱۴-۲۹۷.

۱۹. صفایی، سیدحسین و نعمت‌الله الفت، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، شماره ۷۹، شهریور ۱۳۸۹، صص ۶۲-۴۳.
۲۰. نعمت‌اللهی، اسماعیل و روح‌الله رضایی، «تبيين جایگاه منفعت اعتماد در حقوق غربی و شناسایی مصادیق آن در فقه»، دانش حقوق مدنی، د ۱۰، شماره ۲، اسفند ۱۴۰۰، صص ۹۲-۷۹.

## ب) منابع عربی

### کتاب

۲۱. آملی، میرزهاشم، **مجمع الافکار و مطرح الانظار**، قم: المطبعة العلمیه، ۱۳۹۵ هـ.ق.
۲۲. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، **العناوین**، ج ۲، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۲۳. رازی، فخرالدین، **الأربعین فی أصول الدین**، ج ۲، قاهره: مکتبه الکلیات الأزهریه، ۱۹۸۶ م.
۲۴. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، **مکاسب**، ج ۶، چ ۱۸، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۳۲ هـ.ق.
۲۵. شهید ثانی، **مسالك الإفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ج ۱۲، قم: معارف اسلامی، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۲۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ.ق.
۲۷. کاظمی تستری، شیخ اسدالله، **مقابس الانوار و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار**، تبریز: مطبعه ماکنیه، ۱۳۲۲ هـ.ق.
۲۸. کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، ج ۴، قم: انتشارات آل البيت (ع)، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۲۹. موسوی خمینی، سید روح الله، **البیع**، ج ۵، چ ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۰. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۲۳ و ۳۷، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

### مقاله

۳۱. أبوبکر الصدیق محمدحسان، مئی، «فسخ العقد بالأرادة المنفردة، دراسة تحليلية فی ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل ۲۰۱۶»، **مجلة روح القوانين**، د ۸۵، شماره ۸۵، ژانویه ۲۰۱۹.

## ج) منابع انگلیسی

## Books

32. Cartwright, John, **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')**, Hart Publishing, 2009.
33. Chengwei, Liu and Marie Stefanini Newman, **Remedies for Non Performance, Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL**, N.Y, Juris Publishing, 2007.
34. Christoph, Brunner, **UN Sales Convention—CISG: Commentary on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980**, Bern, 2<sup>nd</sup> Ed, 2014.
35. Farnsworth, E.Allen, **Contracts**, New York: Aspen, 4<sup>th</sup> Ed, 2004.
36. Garner, Bryan A. **Black's Law Dictionary**, Thomson Reuters, 11<sup>th</sup> Ed, 2019.
37. Halson, Roger & David Campbell, **Research Handbook on Remedies in Private Law**, Edward Elgar Publishing, 2019.
38. Klass, Gregory, **Contract Law in the USA**, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> Ed, 2012.
39. Kötz, Hein, **European Contract Law**, translated from the German by Gill Mertens and Tony Weir, Oxford University Press, 2017.
40. Koch, Robert, **Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG**, Cambridge, 2007.
41. Markesinis, Basil S, Unberath, Hannes, Johnston, Angus C, **The German Law of Contract. A Comparative Treatise**, Oxford: Hart Publishing, 2<sup>nd</sup> Ed, 2006.
42. McKendrick, Ewan, **Contract Law: Text, Cases and Materials**, Oxford: Oxford University Press, 12<sup>th</sup> Ed, 2017.
43. Peel, Edwin and G.H. Treitel, **The Law of Contract**, London: Sweet & Maxwell, 14<sup>th</sup> Ed, 2015.
44. Perillo, Joseph M, **Contracts**, West Academic Publishing, 7<sup>th</sup> Ed, 2014.
45. Rowan, Solen, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance**, Oxford University Press, 2012.

46. Samuel, Geoffrey, **Law of Obligations and Legal Remedies**, Routledge-Cavendish, 2<sup>nd</sup> Ed, 2001.
47. Schlechtriem, Peter, and Ingeborg Schwenzer (eds.), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Oxford: Oxford University Press, 4<sup>th</sup> Ed, 2016.
48. Treitel, Guenter, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account**, Clarendon Press: Oxford, 1989.
49. Von Bar, Christian, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)**, Study Group on a European Civil Code, 2009.
50. Zimmermann, Reinhard, **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**, Oxford University Press, 2005.

#### Articles

51. Perillo, Joseph M. "Restitution in the Second Restatement of Contracts", *Columbia Law Review*, Vol. 81, No. 1, Jan., 1981, pp 37-51.
52. Rowan, Solene, "The New French Law of Contract", *International & Comparative Law Quarterly*, 66, No 4, 2017, pp 805-831.
53. Treitel, Guenter, "Conditions and Conditions Precedents" *106 LQR*, 1990, pp 185-197.

(د) منابع فرانسوی

#### Books

54. Jamin, Christophe, 'Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique? Rapport français' Bruylant: Bruxelles and LGDJ: Paris, 2001.
55. Pelle, Sébastien, **La réception des correctifs d'équité par le droit**, Dalloz, 2011.
56. Terré, F., Simler, P., & Lequette, Y., **Droit civil—Les obligations**, Dalloz, Paris, 12<sup>th</sup> Ed, 2019.

## **A Comparative Study on the Effect of "Intentional Breach" of Contract on the Possibility of Contract Termination (Reviewing Common Law, Civil Law and Iran's Law)**

**Ebrahim Abdipour Fard\***  
**Ruhollah Rezaei\*\***

### **Abstract**

Contract termination is a severe remedy that terminates the legal life of the contract. Therefore, in most legal systems, it is used as the last resort against breach of contract. Accordingly, one of the conditions for application of this remedy is the severity of breach, which is referred to in different legal systems with similar titles such as "fundamental" or "material" breach, but a normal breach of contract can't be a sufficient reason to terminate it. In order to terminate the contract, in national legal systems and international trade law, various criteria have been devised to determine the severity of the breach. One of these criteria is "intentionality" of breach. In fact, intentional breach destroys the trust relationship between the parties and normally deprives the obligee from relying on contract performance. Therefore, contract governing law should entitle him to terminate the contractual relationship as one of the remedies.

However, studied legal systems' approaches are different in this regard. In some legal documents such as PECL, DCFR and PICC, deliberate breach has been explicitly considered as fundamental breach. In new France and Germany civil code, the concept of breach severity is not explained but these countries judicial precedent requires intentionality as one of the criteria. In common law, intentionality of the breach is a component in addition to other circumstances which may justify contract termination. In Iran's law severity of breach is not necessary for contract termination and as a result it doesn't matter whether the breach was intentional or not. Nevertheless, according to jurisprudential principles regarding contractual and non-contractual civil liability, it is possible to distinguish between intentional and unintentional breach of contract.

### **Keywords:**

Intentional Breach, Sever Breach, Material Breach, Termination of Contract, Remedies.

---

\* Professor of Law, Private Law Dept, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran (Corresponding Author) e.abdipour@qom.ac.ir

\*\* PhD, Private Law Dept, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran r.rezaei@stu.qom.ac.ir

**Persian Resources in English****Books**

1. Akhlaghi, Behrouz, Farhad, Emam, **Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010**, 5<sup>th</sup> edition, Version 2010, Tehran, SHAHR-E-DANESH Publication, 1395
2. Emami, Seyed Hasan, **Civil Law**, Vol.1, 34<sup>th</sup> edition, Tehran, ESLAMIYE Publication, 1392
3. Bahrami Ahmadi, Hamid, **The Law of Obligations and Contracts with a Comparative Study in the Jurisprudence of Islamic Religion and Legal Systems**, Tehran, IMAM SADIQ UNIVERSITY Publication, 1390
4. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, **Obligation Law**, 3<sup>rd</sup> edition, Tehran, GANJ-E-DANESH, 1378
5. Deylami, Ahmad, **Goof Faith in Tort Law**, Tehran, MIZAN Publication, 1389
6. Al-Sanhouri, Abdolrazaq Ahmad, **Obligation Law Course**, Vol. 1, Translated by Mohammad Hossein Danesh Kia, Seyed Mahdi Dadmarzi, Qom, QOM UNIVERSITY Publication, 1382
7. Shoarian, Ebrahim, **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Light of Doctrine and Jurisprudence**, 3<sup>rd</sup> edition, Tehran, SHAHR-E-DANESH Publication, 1400
8. Shoarian, Ebrahim, **The Law of Obligations: A Comparative Study of French Law of Obligations Reform Plan with Iranian Law and International Documents**, 2<sup>nd</sup> edition, Tehran, SHAHR-E-DANESH Publication, 1395
9. Shahidi, Mahdi, **Contracts and Obligations Effects**, 2<sup>nd</sup> edition, Tehran, MAJD Publication, 1383
10. Safaei, Seyed Hossein, **General Rules of Contracts**, Vol.2, 33<sup>rd</sup> edition, Tehran, MIZAN Publication, 1399
11. Safaei, Seyed Hossein, **The Law of International Sale of Goods**, 4<sup>th</sup> edition, Tehran, UNIVERSITY OF TEHRAN Publication, 1397
12. Safaei, Seyed Hossein, Habibollah, Rahimi, **Civil Liability: Non Contractual Obligations**, 5<sup>th</sup> edition, Tehran, SAMT Publication, 1392
13. Katouzian, Naser, **General Rules of Contracts**, Vol.4, 6<sup>th</sup> edition, Tehran, SHERKAT SAHAMI ENTESHAR Publication, 1390
14. Katouzian, Naser, **Philosophy of Law**, Vol.3, 3<sup>rd</sup> edition, Tehran, SHERKAT SAHAMI ENTESHAR Publication, 1385

15. Gilani, Abolghasem Ebn Mohammad Hassan (Mirzaye Qomi), **Jam'e Al Shetat fi Ojbat Alsoalat**, Tehran, KEYHAN Publication, 1413 Qamari
16. Vahdati Shobeiri, Seyed Hasan, **The Essentials of Conventional Civil Responsibility**, Qom, ISLAMIC SCIENCE AND CULTURE ASSOCIATION Publication, 1385

#### Article

17. Rezaei, Rouhollah, Ebrahim, Abdipour Fard, Esmail Nematollahi, "Intentional Breach of Contract and Its Impact on Remedies for Contract Breach", *Private Law Research*, No.26, spring 1398, pp. 135-160
18. Sadeghi Neshat, Amir, "Termination of Contracts with Possibility of Information", *Private Law Studies Quarterly*, Vol. 39, No. 4, winter 1388, pp. 297-314
19. Safaei, Seyed Hossein, Nematollah Olfat, "Specific Performance and Its Priority Over Avoidance", *Journal of Comparative Law*, No. 79, shahrivar 1389, pp. 43-62
20. Nematollahi, Esmail, Rouhollah, Rezaei, "Specification of Reliance Interest in Western Law and Recognition of Its Instances in Fiqh", *Civil Law Knowledge Review*, Vol.10, No. 2, esfsnd 1400, pp. 79-92

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی