

نظریه نقض کارآمد قرارداد

محمدهادی رستمی^۱

چکیده: نقض قرارداد زمانی از نظر اقتصادی کارآمد محسوب می‌شود که هزینه اجرای قرارداد برای متعهد بیش از سود آن باشد و متعهد با پرداخت خسارات متعهدله و قراردادن او در وضعیتی که قرارداد، قرار بود اجرا شود، از ورود خسارات بیش‌تر به خود جلوگیری می‌کند. مقتضای کارآمدی آن است که تمام انواع خسارات قابل جبران باشد. نقد اقتصادی این نظریه آن است که ممکن است مبلغ خسارت کم‌تر از میزان واقعی خسارات وارد شده باشد و در ارزیابی خسارات به صورت پولی، ارزش شخصی تعهد برای طلبکار محاسبه نمی‌شود و به معیار نوعی بسنده می‌شود. برخی نقدهای حقوقی نیز عبارتند از: زیرپاگذاردن ارزش‌های اخلاقی، کاهش قدرت برنامه‌ریزی، حذف سود برای فروشنده در کالاهای قیمی و تعارض با اصل آزادی.

تعریف حقوقی و اقتصادی نقض کارآمد قرارداد، بیان نقدهای وارد بر آن و مطالعه تطبیقی با حقوق غرب از دستاوردهای این مقاله است.

به نظر می‌رسد علی‌رغم تمامی مشکلاتی که حقوق ایران برای قبول این نظریه دارد، به دلیل مزایای فراوان این نظریه نباید از تلاش برای ارائه راه‌حلی به جهت بسترسازی این نظریه در حقوق ایران، دست کشید. برخی از این راه‌حل‌ها عبارتند از: تقویت نظام حقوقی در جبران کامل خسارات، پذیرش مفهوم بهینه پرتو، حاکمیت رویکرد ترجیح منافع اجتماعی بر منافع فردی، لحاظ برخی انواع کارایی اقتصادی به عنوان جزئی از عدالت اقتصادی، پذیرش نظریه به لحاظ اخلاقی، اثبات عدم تناقض نظریه با اجرای عین تعهد.

کلیدواژه‌ها: قرارداد، نقض کارآمد، فسخ قرارداد، کارایی اقتصادی، جبران خسارت.

۱. دانش آموخته مقطع دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

مقدمه

از مهم‌ترین نوآوری‌های مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، نظریه نقض کارآمد قرارداد است که مبنای اساسی آن، کارآیی اقتصادی است. گاهی هزینه‌های اجرای قرارداد برای طرفین بیش از سود آن است. در این موارد اگر نقض قرارداد، شرایط حداقل یکی از طرفین قرارداد را بدون اینکه وضعیت دیگری بدتر شود، بهتر کند، نقض چنین قراردادی از نظر اجتماعی کارآمد است. تعهد قراردادی از دیدگاه اقتصادی به این معناست که متعهد می‌تواند قرارداد را نقض کند و خسارت آن را بپردازد. هلمز، استاد دانشگاه هاروارد و رئیس دیوان عالی ایالت ماساچوست و عضو دیوان عالی فدرال، از حقوق‌دانان می‌خواهد این اصل را بپذیرند که بدهکار می‌تواند بین اجرای تعهدات قراردادی و عدم انجام آن و پرداخت خسارات پولی، یکی را انتخاب کند. بیرمنگام، حقوق‌دان معروف امریکایی، نیز بر این نظریه تأکید دارد، زیرا بدهکار با سود بردن از نقض قرارداد، پس از جبران خسارت طلبکار، یک گام به سوی توزیع اقتصادی و اجتماعی مطلوب منابع، برمی‌دارد (Birmingham, 1969: 273).

نظریه نقض کارآمد قرارداد علی‌رغم اینکه در حقوق کامن‌لا، مورد قبول واقع شده و در عمل نیز از آن استفاده می‌شود، در حقوق ایران با مشکلاتی جدی روبه‌رو است. مهم‌ترین آنها، تغیر آن با اصل لزوم قراردادها و اصل تملیکی بودن در عقود است. مطابق اصل لزوم در قراردادها نمی‌توان قرارداد را بدون رضایت هر دو طرف و بدون داشتن حق خیار، فسخ کرد، و مطابق اصل تملیکی بودن عقود، به محض انعقاد عقد، مشتری مالک مثنی و فروشنده مالک ثمن خواهد شد، و حقوق سنتی نخواهد پذیرفت که هر یک از بایع و مشتری به بهانه کارآمد نبودن اجرای معامله، حق نقض قرارداد را داشته باشد. این مطلب باید به صورت تفصیلی بحث و بررسی شود و راه‌حلی برای کارآمد و قابل استفاده به قانون‌گذاران ارائه شود. با این وجود، تمامی مشکلات مذکور باعث نمی‌شود در اصل کارآمدی نقض قرارداد در مواقعی که فواید نقض بیش از فواید اجرای آن است، تردید نمود و از تلاش برای بسترسازی جهت قبول این نظریه در حقوق ایران دست کشید.

در ادامه به تعریف نقض کارآمد قرارداد، اقسام نقض کارآمد، خسارات قابل جبران در نقض کارآمد، نقدهای حقوقی، فقهی و اقتصادی وارد بر نقض کارآمد، و مطالعه تطبیقی نقض کارآمد در حقوق ایران، فقه امامیه، حقوق امریکا و انگلستان، پرداخته می‌شود.

۱. تعریف نقض کارآمد قرارداد

نقض قرارداد به عمدی و غیرعمدی تقسیم می‌شود: نقض غیرعمدی آن است که پیمان‌شکن دارای حسن‌نیت به اشتباه تصور کند به دلیل وقوع حادثه‌ای از انجام تعهد معاف شده است، اما دادگاه اعلام کند که شرایط معافیت وجود ندارد. نقض عمدی آن است که طرف قرارداد در اثر بالارفتن هزینه انجام تعهد، عمداً آن را انجام ندهد. نقض عمدی به کارآمد و فرصت‌طلبانه تقسیم می‌شود: در نقض فرصت‌طلبانه پیمان‌شکن تلاش می‌کند، مبلغ بیش‌تری نسبت به آنچه در قرارداد ذکر شده را از طرف مقابلش به صورت فرصت‌طلبانه و بر خلاف عرف قراردادی و اخلاق مرسوم تجاری دریافت کند. یک مثال، متعهدی است که پس از دریافت عوض، از انجام تعهد خودداری کند، به این امید که قیمت کالایی که باید تهیه کند و در اختیار طرف مقابلش قرار دهد، کاهش یابد. در این حالت، وی به صورت فرصت‌طلبانه قراردادش را نقض کرده است.

هنگامی نقض کارآمد است که شرایط پیمان‌شکن با وجود خساراتی که به طلبکار می‌پردازد از قبل بهتر شود و طلبکار نیز با دریافت خسارات، ضرری متحمل نشود. در رفتار فرصت‌طلبانه، سود اقتصادی افزایش نمی‌یابد و پیمان‌شکن با نقض قرارداد و به هزینه طرف مقابل سهم اقتصادی بیش‌تری می‌برد، در حالی که در نقض کارآمد، پیمان‌شکن بدون اینکه از دریافتی طرف مقابل بکاهد، سهم خود را افزایش می‌دهد (Cohen, 1991: 941).

افزایش هزینه‌های اجرای قرارداد ناشی از دو عامل است: حادثه احتمالی مطلوب و حادثه احتمالی نامطلوب.^۱ حادثه احتمالی نامطلوب مانند اعتصاب کارگران است که هزینه بالایی را برای تکمیل به‌موقع پروژه وارد می‌کند و برای پیمان‌کار به‌صرفه‌تر است که زیان‌های ناشی از پیمان‌شکنی را پرداخت کند به‌جای اینکه متحمل آن هزینه شود. حادثه احتمالی مطلوب مانند آن است که فروشنده‌ای تعهد بر فروش کالایی به خریدار کرده است، اما شخص ثالثی، پیشنهاد بهتری می‌دهد (Cooter & Ulen, 1997: 238). در هر دو حالت، نقض قرارداد، کارآمد است.

زیان‌دیده در اثر نقض قرارداد، می‌تواند مورد تعهد را با تعهد دیگری جایگزین کند و هزینه جایگزینی را از نقض‌کننده مطالبه نماید. به این قاعده، قاعده قیمت جایگزین^۲ گفته می‌شود. به عنوان مثال، مسافری بلیط پرواز به مشهد را از شرکتی می‌خرد و در صورت لغو پرواز، مجبور است بلیط را با قیمتی بالاتر، از شرکتی دیگر خریداری کند. این تفاوت قیمت که زیان‌دیده برای جایگزین کردن تعهدش پرداخت می‌کند، براساس قاعده قیمت جایگزین، قابل مطالبه است.

گاهی دو کالایی که با یکدیگر جایگزین می‌شوند، همجنس نیستند مانند آنکه بعد از لغو پرواز، زیان‌دیده مجبور به تهیه بلیط قطار شود. در این صورت، قیمت جایگزین باید برحسب معاملات قابل قیاس، محاسبه گردد. مثلاً اگر او می‌دانست هواپیما پرواز ندارد می‌توانست بلیط قطار را با قیمت ارزان‌تر تهیه کند. در اینگونه موارد، زیان‌دیده با انعقاد قراردادی که توسط متعهد، نقض می‌شود شانس انعقاد برخی قراردادهای جایگزین را از دست می‌دهد، و بنابراین می‌تواند خسارت ناشی از ازدست‌دادن بهترین قرارداد جایگزین را مطالبه نماید (Cooter & Eisenberg, 1985: 439).

برخی حقوق‌دانان امریکایی به دلیل ایرادهای وارد بر نظریه نقض کارآمد، نظریه اصل پیمان‌شکنی مباح^۳ را جایگزین کرده‌اند که با جمع نظریه حاکمیت اراده و فایده‌گرایی با رعایت دو شرط زیر، پیمان‌شکنی را جایز می‌داند: الف) مزایای پیمان‌شکنی، بیش‌تر از مزایای پایبندی به قرارداد باشد. ب) متعهدله به طور صریح یا ضمنی به این کار رضایت داشته باشد و یا پایبندی به قرارداد از نظر اخلاقی، براساس اوضاع و احوال حاکم، غیرمعقول باشد (Lahav, 2000: 171).

۲. اقسام نقض قرارداد

نقض کارآمد در قراردادهای ناظر بر اموال موجود: فروشنده کالایی را به خریدار می‌فروشد و سپس شخص ثالث قیمت بهتری پیشنهاد می‌دهد. اگر سود خالص فروش کالا به شخص ثالث، پس از پرداخت خسارت نقض به خریدار اول، بیش از سود قرارداد اول باشد فروشنده ترجیح می‌دهد آن را نقض کند (Cooter & Ulen, 1997: 238).

نقض کارآمد در قراردادهای ناظر بر اموال آینده یا اجاره: شخصی تعهد می‌کند کالایی را در قبال مبلغی معین برای دیگری تولید کند؛ اما پس از سپری شدن مراحل از تولید کالا، شخص ثالثی، مبلغ بیش‌تری پیشنهاد می‌کند. متعهد ترجیح می‌دهد قرارداد اول را نقض کند و خسارات آن را پردازد و کالا را به ثالث بدهد. در مورد اجاره، مسافری برای رفتن به مقصد معینی سوار ماشین می‌شود و پس از طی مسافتی کوتاه، مسافری دیگر پیشنهاد اجرت بیش‌تری به راننده برای رفتن به مسیری دیگر می‌دهد. آیا راننده ترجیح می‌دهد قرارداد اجاره نخستین را نقض کند و خسارت مسافر را پردازد (Cooter & Ulen, 1997: 241).

نقض کارآمد قرارداد به منظور پیش‌گیری از خسارات بیش‌تر: فروشنده‌ای که تعهد تولید

کالایی را کرده قبل از نهایی شدن تولید، متوجه می‌شود هزینه‌های تولید، بیش‌تر از قیمت کالا است و تصمیم می‌گیرد قرارداد را نقض کند و خسارت آن را پردازد. در این فرض، هدف، پیش‌گیری از ضرر است، نه سود بیش‌تر (انصاری، ۱۳۹۰: ۵۵۳).

نقض ناکارآمد قرارداد: در نقض ناکارآمد، بدهکار با نقض تعهدات خود و با هزینه طرف قرارداد، سودی را دارا می‌شود و جبران خسارت نمی‌تواند وضعیت طلبکار را همانند سابق گرداند. در واقع، بخشی از سود ناشی از نقض ناکارآمد ناشی از ضرری است که به طلبکار وارد شده است. این رفتار را باید با ضمانت اجراهای تنبیهی جبران کرد؛ زیرا امکان جمع خسارات تنبیهی با سایر تضمینات حقوقی وجود دارد (Laitier, 2005: 545). هم‌چنین نقض قرارداد برای کسب سود بیش‌تر، در قراردادی که تعهد طرفین هم‌زمان اجرا نمی‌شود، توجیه اقتصادی ندارد و نمی‌توان آن را پذیرفت؛ مانند اینکه مشتری پول کالای مورد معامله را به فروشنده پرداخت می‌کند، اما فروشنده به جای تحویل کالا، پول را در جای دیگری سرمایه‌گذاری می‌کند و بعد از مدتی که سود مناسبی دریافت کرد، قرارداد را نقض می‌کند و پول را پس می‌دهد. بهترین شیوه جبران خسارت در این مثال، استرداد سود کسب‌شده توسط فروشنده است (Posner, 2014: 145).

۳. خسارات قابل جبران در نقض کارآمد قرارداد

مقتضای اصل جبران کامل خسارات این است که تمام انواع خسارات ناشی از نقض قرارداد قابل جبران باشد.

خسارت به اجزاء موجود دارایی: خساراتی که به اجزاء موجود دارایی وارد می‌شوند، ساده‌ترین انواع خساراتند و جبران آنها زودتر از جبران دیگر خسارات به رسمیت شناخته شده است. برای مثال، هنگامی که نقض قرارداد تعمیر کارخانه سبب خسارت به تعدادی از قطعات کارخانه می‌شود، اثبات این خسارات به دلیل آنکه به اجزاء موجود دارایی وارد می‌شوند آسان‌تر است. خسارت به اموال مادی، چه عین و چه منفعت، و خسارت به اموال معنوی مانند حق تألیف، علامت تجاری، اسم تجاری حق اختراع، حق کسب و پیشه و تجارت، خسارت به اجزاء موجود دارایی به حساب می‌آیند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۵۴).

خسارت عدم‌النفع:^۴ خسارت عدم‌النفع، خسارت به سود و مالی است که در آینده به دست می‌آید. برای مثال، ایران خودرو قرار است ۱۰۰ دستگاه خودرو به یکی از نمایندگی‌هایش بفروشد

تا هر یک را با سود ۱۰۰ هزار تومان به مردم بفروشد. اگر ایران خودرو قرارداد را نقض کند نمایندگی از ده میلیون تومان سود، محروم می‌شود و به این ضرر، ضرر عدم‌النفع می‌گویند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۶۰).

خسارت تلف فرصت: در تلف فرصت^۵ نفع مسلمی در آینده وجود ندارد. آنچه وجود دارد شانس تحصیل سود است. هنگامی که فردی قصد شرکت در مناقصه‌ای را دارد که شرط آن، داشتن ماشین‌آلات خاصی است، قراردادی با تولیدکننده آن ماشین‌آلات می‌بندد. به دلیل نقض قرارداد توسط فروشنده و تحویل‌نشدن دستگاه‌ها، امکان شرکت در مناقصه از بین می‌رود. برنده‌شدن در مناقصه و تحصیل سود آن، امری احتمالی است اما یک فرصت است و ازدست‌دادن فرصت، یک ضرر است. اگر این فرصت‌ها مورد حمایت قانون‌گذار باشد، کسی که به فرصت‌های دیگری خسارت بزند، باید خسارت را جبران کند. نحوه محاسبه خسارت ناشی از تلف فرصت دشوار است. گاهی فرصت‌ها دارای قیمت مشخصی در بازار هستند، مانند فرم‌های شرکت در مناقصه که در مدت محدود و به افراد محدودی داده می‌شوند و با قیمت مشخصی در بازار خرید و فروش می‌شوند. در هر حال، درجه احتمال تحصیل سود می‌باید در نظر گرفته شود (Eiselen, 2005: 32-46).

خسارت به اعتبار تجاری: شهرت تجاری که در قالب علامت تجاری یا اسم تجاری درآمده باشد در کسب سود نقش بسیار زیادی دارد و لطمه به آن، لطمه به یک جزء نامرئی از دارایی است که با ضرر مادی همراه است؛ اما چون اعتبار تجاری قیمت مشخصی ندارد، سنجش خسارت دشوار است (رنجبر، ۱۳۷۷: ۶۳). یک راه تعیین خسارت ناشی از نقض عهد، سنجش مقدار نفع آتی است که تاجر به واسطه لطمه به اعتبار تجاری خود از دست داده است.

خسارت‌های معنوی: ضررهای وارد بر آبرو و روح و روان، ضرر معنوی نامیده می‌شوند. آبرو به معنای حسن شهرت است. اصل جبران کامل خسارات ایجاب می‌کند هنگام نقض قرارداد این ضررها نیز جبران شوند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۶۴).

خسارات ناشی از تصمیم‌گیری بر پایه اعتماد، هنگام نقض قرارداد: اقداماتی را که طرفین قرارداد انجام می‌دهند و در اثر آن، ارزش قرارداد افزایش می‌یابد، اقدامات مبتنی بر اعتماد می‌نامند زیرا بر پایه اعتماد برای اجرای تعهد صورت می‌گیرند. برای مثال، شخصی خواننده مشهوری را برای جشنی عمومی دعوت و بعد از پذیرش او، درباره حضور او تبلیغ می‌کند. اگر

خواننده قرارداد را نقض کند، مکلف است هزینه‌هایی را که زیان‌دیده بر پایه اعتماد به او انجام داده بپردازد (Shavell, 2009: 349).

۴. شرایط قابل مطالبه بودن خسارات ناشی از نقض قرارداد

ماده ۵۲۰ آ.د.م. مقرر می‌دارد: در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید ثابت نماید زیان وارده ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است، و در غیر این صورت، دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد می‌کند. بنابراین، شرایط مطالبه خسارت عبارتند از: مستقیم بودن خسارت، وجود رابطه سببیت میان عدم انجام تعهد و ورود خسارت، و مسلم بودن خسارت (رنجبر، ۱۳۷۷: ۸۰).

۴-۱. احراز رابطه سببیت میان نقض عهد و خسارت

اصل جبران کامل خسارت ایجاب می‌کند که در محاسبه خسارت، مزایایی که نقض عهد برای متعهدانه ایجاد کرده و نیز رابطه سببیت میان منافع مکتسبه و نقض قرارداد احراز شود. احراز این رابطه گاهی آسان نیست. اگر ۱۰۰ تن مواد اولیه به قیمت ۱۰۰ میلیون تومان فروخته شود و فروشنده قرارداد را فسخ و کالاها را به قیمت ۱۱۰ میلیون تومان به مشتری دوم بفروشد، بر فرض اینکه خسارت ناشی از نقض قرارداد اول ۱۵ میلیون تومان و نفع خالص حاصل از انعقاد معامله دوم برای فروشنده، ۱۵ میلیون تومان باشد، آیا باید منافع حاصله از معامله دوم را از خسارات وارده بر فروشنده در اثر معامله اول کم کرد؟

اگر فروشنده تنها قدرت تأمین مواد اولیه موضوع یکی از بیع‌ها را داشته باشد، سود حاصله از معامله دوم در اثر نقض قرارداد اول بوده و باید از خسارات وارده بر فروشنده کسر شود. اما اگر فروشنده، صرف نظر از نقض یا عدم نقض عهد، می‌توانست مواد اولیه موضوع قرارداد دوم را تهیه کند، نمی‌توان منافع قرارداد دوم را ناشی از نقض معامله اول محسوب کرد؛ زیرا فروشنده در هر حال، قدرت به‌دست آوردن منافع، در معامله دوم را داشت و تحصیل آن به سبب نقض قرارداد نبوده است (Sutton, 1989: 737).

۲-۴. مستقیم و قابل پیش‌بینی بودن ضرر در نقض قرارداد

اگر به خاطر نقض قرارداد، برای مثال، مواد اولیه تسلیم نشود، کارخانه تعطیل می‌شود، سود آن از دست می‌رود، کارگرها بیکار می‌شوند درحالی‌که کارخانه‌دار می‌باید حقوق آنها را بپردازد. در این صورت، کارخانه‌دار نمی‌تواند به تعهدات خود در قبال دیگران عمل کند و مجبور به پرداخت غرامت می‌شود. برخی از این خسارات مستقیم و قابل پیش‌بینی و برخی غیرمستقیم و غیرقابل پیش‌بینی است. خسارات مستقیم و قابل پیش‌بینی به استناد اصل جبران کامل خسارات باید پرداخت شود، اما درباره خسارات غیرمستقیم و غیرقابل پیش‌بینی، زمانی اختلاف است که طرفین درباره آن مذاکره نکرده باشند والا قرارداد تابع توافق طرفین خواهد بود. اما خسارات غیرمستقیم و غیرقابل پیش‌بینی که به استناد مسئولیت قراردادی قابل جبران نمی‌باشند، آیا از باب ضمان قهری و مسئولیت غیرقراردادی قابل مطالبه هستند؟ خساراتی که به استناد مسئولیت قراردادی به دلیل قابل پیش‌بینی نبودن جبران نمی‌شود، اگر شرایط مسئولیت مدنی در آنها موجود باشد، از باب مسئولیت مدنی قابل جبران است (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۱۰).

در ماده ۱۱۵ ق.م. فرانسه آمده است: متعهد تنها مسئول خساراتی است که در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی می‌کرده یا می‌توانسته پیش‌بینی کند، مشروط بر آنکه خسارت، ناشی از نقض عمدی نباشد. اگر خریدار کالای خریداری شده را به ۲ برابر قیمت بفروشد و فروشنده هنگام تحویل کالا از این امر آگاهی یابد و به عمد از تحویل کالا خودداری کند تا خودش با خریدار دوم وارد معامله شود؛ در این فرض، اگر جبران خسارت را محدود به مسئولیت قراردادی بدانیم، نباید چنین خسارتی را قابل جبران دانست؛ زیرا چنین نفع فوق‌العاده‌ای قابل پیش‌بینی نبوده است، اما مانع ندارد که این خسارت‌ها بر اساس ضمان قهری مطالبه شوند. اگر در قراردادی تصریح شود که هر نوع نقض عهد، نمی‌تواند مسئولیتی بیش از آنچه در قرارداد توافق شده، داشته باشد چنین توافقاتی مشروط بر آنکه مخالف مقررات آمره نباشند، معتبر هستند، اما اگر قرارداد درباره این مسائل ساکت باشد، استنباط چنین امری ممکن نمی‌باشد. بنابراین، نقض قرارداد علاوه بر مسئولیت قراردادی، می‌تواند سبب ایجاد مسئولیت غیرقراردادی شود، مشروط بر آنکه در نقض قرارداد، تقصیری وجود داشته باشد و شرایط ضمان قهری فراهم باشد (رنجبر، ۱۳۷۷: ۷۷).

۳-۴. مسلم بودن ضرر ناشی از نقض قرارداد

مسلم بودن خسارات وارد بر اجزاء دارایی به این معناست که اثبات شود، اولاً آن جزء از دارایی وجود داشته؛ ثانیاً به آن خسارت وارد شده؛ ثالثاً میزان خسارت اثبات شود. هنگامی که از نقض کارآمد قرارداد، ضرری متوجه متعهدله می‌شود برای جبران، ضرر وارده باید به وسیله ادله معتبر اثبات شود هرچند ایجاد یقین نکند و میزان خسارت، ۱۰۰٪ مسلم نباشد. برای مثال، تعیین میزان خسارت معنوی و اثبات میزان خسارات ناشی از تلف فرصت یا صدمه به اعتبار تجاری دشوار است، اما موجب نمی‌شود که زیان دیده از دریافت خسارت محروم بماند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۲۱). اگر اصل ورود ضرر مسلم نباشد، و مثلاً معلوم نباشد که آیا از تقصیری که متصدی حمل و نقل در حمل کالا انجام داده خسارتی به کالاها وارد شده یا نه، خسارات قابل مطالبه نمی‌باشند، اما اگر اصل ورود خسارات مسلم باشد و میزان دقیق خسارات قابل اثبات نباشد می‌توان به اندازه قدر متیقن، خسارات را جبران کرد. اگر این راه حل با بی‌انصافی همراه باشد دادگاه باید راه حل معقولی برای تخمین میزان خسارت پیدا کند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۲۲).

مسلم بودن در عدم النفع به این معناست که اثبات شود جریان عادی امور، تحقق نفع مشخصی را به همراه داشته که با نقض قرارداد از بین رفته است. در این صورت، آنچه باید اثبات شود وجود نفعی در آینده و میزان آن است. در عدم النفع، همیشه این احتمال وجود دارد که سیر عادی امور، دستخوش اتفاقاتی شود و مانع تحقق نفع در آینده شود و به این دلیل، هیچ گاه وجود نفع در آینده قطعی نیست و تنها می‌توان مسلم بودن عرفی آن را اثبات کرد؛ زیرا عرف احتمالات بعید را نادیده می‌گیرد و وجود نفع را مسلم می‌پندارد (Eiselen, 2005: 32-46).

۵. تعیین خسارات ناشی از نقض قرارداد

به منظور تعیین خسارت، هم باید به ضررهای مختلفی که از نقض عهد برای متعهدله به وجود می‌آید توجه کرد و هم به منافعی که برای وی به وجود می‌آید. جبران خسارت باید به گونه‌ای باشد که وضعیت متعهدله را به قبل از نقض قرارداد برگرداند. بنابراین، غرامتی که به متعهدله تعلق می‌گیرد حاصل تفریق ضررهای ناشی از نقض عهد و منافع حاصل از آن است که فرمول زیر به دست می‌آید:

خسارت = (خسارت اصلی + خسارت تبعی + خسارت فرعی)

ناشی از نقض قرارداد - مزایای ناشی از نقض قرارداد

برخی نکات در تعیین خسارت نقش دارند، از جمله اینکه اگر میزان خسارت در طول زمان تغییر کند، چه زمانی ملاک تعیین خسارت قرار می‌گیرد و اگر زیان‌دیده در کنار جبران خسارت، تقاضای ارجح و یا فسخ قرارداد نماید، چه تأثیری بر جبران خسارت دارد (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۳۲).

در کنار جبران خسارت، ضمانت اجراهای دیگری، همچون الزام به انجام عین تعهد، حق فسخ، حق حبس و حق تقلیل ثمن علیه نقض‌کننده قرارداد وجود دارد، اما مجموعه ضمانت اجراها نباید به گونه‌ای باشد که موقعیت متعهدله را بهتر از حالتی که تعهد انجام می‌شد، قرار دهد. برای مثال، خریداری مقداری کالا به قیمت ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان خریده و فروشنده از تسلیم کالا خودداری و خریدار قرارداد را فسخ می‌کند. در زمان فسخ ارزش کالا ۱۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. به دلیل عدم تسلیم کالاها، یک ماه کارخانه خریدار تعطیل شده و خسارت ناشی از آن ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. خریدار با انعقاد یک قرارداد جدید، مواد اولیه مورد نیاز را از محل دیگری تأمین کرده است که هزینه‌های حقوقی و دفتری قرارداد جدید ۵/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. به دلیل فسخ قرارداد، هزینه حمل و نقل و بیمه و انبارداری از دوش خریدار برداشته شده که این مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. بر اساس متغیرهای فوق، نحوه محاسبه خسارت بر این اساس است:

$$۳۵/۰۰۰/۰۰۰ = ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ - (۱۲۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۵/۰۰۰/۰۰۰)$$

در مثال دیگر، مقداری مواد اولیه به قیمت ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان فروخته می‌شود. به دلیل نقض عهد خریدار، فروشنده قرارداد را فسخ می‌کند. ارزش کالاها در زمان فسخ ۸۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. میزان تولید فروشنده به مراتب از تقاضای خریدار بیش تر بوده است و به واسطه فسخ، حجم معاملاتی فروشنده کاهش می‌یابد و به این دلیل ۱۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان، سود خالص ناشی از تولید را از دست می‌دهد. با رعایت به واسطه فسخ از هزینه انعقاد قرارداد حمل و نقل به مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان، معاف می‌گردد. حال خسارت به شکل زیر محاسبه می‌شود:

$$۱۰/۰۰۰/۰۰۰ = ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۸۰/۰۰۰/۰۰۰ - (۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۱۰/۰۰۰/۰۰۰)$$

در محاسبه خسارات تبعی و فرعی باید به این نکته توجه داشت که هدف اساسی، قراردادن متعهدله، در وضعیتی است که در صورت عدم انجام تعهد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. بنابراین، وقتی خریدار، با فسخ قرارداد، کالای جایگزینی را خریداری می‌کند، هزینه‌های انعقاد این معامله

جایگزین باید به عنوان خسارت فرعی برای او منظور شود؛ زیرا اگر به قرارداد سابق عمل می‌شد، خریدار مجبور نبود این هزینه‌ها را متحمل شود و بازگرداندن خریدار به حالت قبل از نقض عهد، مستلزم جبران این هزینه‌ها است.

نتیجه فرمول ذکر شده می‌تواند یک عدد منفی باشد، یعنی با فسخ قرارداد، خسارت متعهدله جبران شده و علاوه بر آن، نفعی هم به او رسیده است. برای مثال، خریداری کالایی را به ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان می‌خرد و بعد از معامله قیمت آن به ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان کاهش می‌یابد. به دلیل معیوب بودن کالاها، مشتری عقد را فسخ می‌کند. هزینه استرداد کالاها به بائع ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان است. خسارت بر اساس متغیرهای فوق چنین است:

$$(۵۰/۰۰۰/۰۰۰ + ۲۰/۰۰۰/۰۰۰) - ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ = - ۳۰/۰۰۰/۰۰۰$$

در این حالت متعهدله به مقدار ۳۰/۰۰۰/۰۰۰ تومان در موقعیتی بهتر قرار گرفته است که مشخص می‌کند خسارات تبعی ناشی از فسخ قرارداد خودبه‌خود جبران شده و لازم نیست بابت آن غرامتی پرداخت شود (رنجبر، ۱۳۷۷: ۱۶۲).

متغیرهای مختلفی در تعیین خسارت نقش دارند. یک عامل، زمان است. قیمت کالا یا هزینه انجام تعهد، در طول زمان تغییر می‌کند. برای مثال، اگر موضوع تعهد، یک تن پنبه باشد، این مقدار ممکن است در زمان انعقاد قرارداد، ۱ میلیون تومان و در موعد انجام تعهد ۱/۵ میلیون تومان و در زمان محاسبه خسارت ۲ میلیون تومان و سال بعد ۳ میلیون تومان ارزش داشته باشد. اگر متعهد به تعهد خود عمل کرده بود و قرارداد را نقض نمی‌کرد، تمامی افزایش قیمت‌ها در دارایی متعهدله صورت می‌گرفت. حال، متعهدله باید در شرایطی قرار گیرد که تمام افزایش ارزش‌ها در دارایی او قرار گیرد.

خساراتی که در طول زمان به وجود می‌آیند تا جایی بر عهده متعهد قرار می‌گیرند که رابطه سببیت آنها با متعهد و نقض قرارداد قطع نشود. برای مثال، اگر قیمت یک تن پنبه چند سال بعد از موعد انجام تعهد به شدت افزایش یابد، نقصان این افزایش قیمت در دارایی متعهدله را نمی‌توان به نقض عهد نسبت داد؛ زیرا اگر هم به تعهد عمل می‌شد و پنبه‌ها تحویل داده می‌شد، متعهدله تا آن زمان پنبه‌ها را می‌فروخت و از افزایش قیمت‌ها سودی نصیبش نمی‌شد. گذر زمان به خودی خود، می‌تواند رابطه علیت را قطع کند (رنجبر، ۱۳۷۷: ۲۰۲).

درباره مکان در تعیین میزان خسارت باید گفت: ارزش مورد تعهد را باید در مکانی تعیین کرد

که تعهد باید در آنجا انجام شود.

دیگر متغیرهای مؤثر در تعیین خسارت عبارتند از: ارزش مورد تعهد، نرخ بهره، اجرت‌المثل منافع، خسارات تبعی، خسارات فرعی؛ اما مهم‌ترین عامل خود قرارداد است که می‌تواند وسیله‌ای برای تعیین خسارت یا مشخص‌کننده شیوه‌های تعیین خسارت باشد. مراجعه به هزینه‌های واقعی نیز منبع دیگری برای چگونگی تعیین خسارت است. عامل دیگر، عرف و بازار است که با مشاهده قیمت‌ها و هزینه‌ها در بازار، خسارت تخمین زده می‌شود.

۶. نقدهای نظریه نقض کارآمد قرارداد

نقدهایی بر نظریه نقض کارآمد قرارداد وارد شده است که به مهم‌ترین آنها و به پاسخ‌های ممکن اشاره می‌شود.

۶-۱. نقدهای اقتصادی بر نظریه نقض کارآمد قرارداد

از نظر اقتصادی زمانی نقض قرارداد، کارآمد محسوب می‌شود که وضعیت نقض‌کننده بعد از نقض قرارداد بهتر شود؛ یعنی حتی بعد از پرداخت خسارات، سود بیش‌تری از فرض اجرای قرارداد، برده باشد، مشروط بر آنکه به گونه‌ای خسارات زیان‌دیده را جبران کند که وضعیت او بدتر از قبل نشود. اما همواره این امکان وجود دارد که مبلغی که به عنوان خسارت به زیان‌دیده پرداخت می‌شود کم‌تر از میزان واقعی خسارات وارد شده به وی باشد. از آنجا که خسارات وارد بر زیان‌دیده همواره به صورت مادی و یا معادل پولی ارزیابی می‌شود، این عیب وجود دارد که در ارزیابی خسارات به صورت پولی، ارزش شخصی تعهد برای طلبکار محاسبه نمی‌شود و به معیار نوعی بسنده می‌شود. برای مثال، ممکن است با نقض قرارداد خسارات معنوی‌ای به زیان‌دیده وارد شود که یا جبران نمی‌شود و یا بد جبران می‌شود. مطالبه خسارت نیز برای زیان‌دیده هزینه‌هایی مانند هزینه دادرسی، هزینه انتخاب و کیل، هزینه‌های رفت و آمد تا دادگاه و زمانی که برای این کار صرف می‌شود به همراه دارد که در صورت اجرای اصل قرارداد، این هزینه‌ها وارد نمی‌شد. شرط مسلم بودن خسارات برای قابلیت مطالبه و دشواری اثبات آن برای زیان‌دیده، در اکثر مواقع زیان‌دیده را از دریافت خسارت عدم‌النتفع محروم می‌کند. اصل قابلیت پیش‌بینی خسارات در زمان انعقاد قرارداد به این بیان که زیان‌دیده تنها می‌تواند خساراتی را از نقض‌کننده قرارداد، مطالبه کند

که نقض کننده آنها را عرفاً پیش‌بینی می‌کرده است، خود عاملی است که باعث ناکارآمدی نقض قرارداد می‌شود (Epstein, 1999: 11).

در جواب می‌توان بیان داشت: اصل این مسأله مورد قبول است که در مواردی، محاسبه دقیق خسارات وارده دشوار است، اما این دشواری در محاسبه خسارات نباید موجب شود از اجرا و گسترش اصل نظریه نقض کارآمد جلوگیری کرد. می‌توان کارگروه‌هایی اقتصادی در این خصوص تشکیل داد و از متخصصان برتر اقتصادی دعوت به عمل آورد و بهترین راه‌حل را به قانون‌گذاران ارائه داد.

۲-۶. نقدهای حقوقی بر نقض کارآمد قرارداد

علی‌رغم محبوبیت نقض کارآمد قرارداد میان طرفداران تحلیل اقتصادی حقوق، بسیاری از حقوق‌دانان نقض کارآمد را با حقوق قراردادی و اخلاق در تعارض دانسته‌اند.^۶

در تحلیل اقتصادی، تنها اعمالی عادلانه‌اند که از نظر اقتصادی کارآمد باشند و هر چیزی که کارآمد باشد، عادلانه هم هست و اینگونه نیست که تمامی اعمال غیرمشروع غیرعادلانه هم محسوب شوند. برای مثال در نقض کارآمد قرارداد که عامل افزایش قیمت اجرای قرارداد و کارآمدتر بودن نقض قرارداد نسبت به اجرای آن، یک حادثه محتمل الوقوع مطلوب است، مانند یافتن مشتری بهتر، چرا باید با فروشنده‌ای که به صورت غیرقانونی قراردادش را نقض می‌کند، مخالفت شود و به صرف غیرمشروع بودن عملش، ناعادلانه هم تلقی شود؟ نقض تعهدات قراردادی با اهداف سودجویانه، اگر از نظر اقتصادی کارآمد باشد، کاملاً عادلانه هم هست؛ زیرا عدالت چیزی جز کارآمدی اقتصادی نیست (Posner, 1979: 119)، اما حقوق‌دانان با این امر مخالفند. حقوق‌دانان مخالف با نظریه نقض کارآمد، چنین استدلال کرده‌اند که از شیوه‌های شناسایی کارآمدی یک قاعده، مقبولیت آن قاعده در نزد مردم است و حال اگر فروشنده در هنگام انعقاد قرارداد به مشتری بگوید که در حال حاضر، قصد نقض قرارداد را ندارم، اما اگر در آینده پیشنهاد بهتری شود، قرارداد را نقض و خسارات وارده را می‌پردازم، فروشنده مرتکب کلاهبرداری شده، زیرا در واقع مراد ضمنی‌اش این است که قصد فروش و اجرای تعهد را ندارد. در سال ۱۹۹۰ در ایالت کارولینای شمالی از ۱۱۹ شرکت ۱۰۵ شرکت به این سؤال که اگر شریک تجاری در مقابل پیشنهاد بهتر، به طور عمدی قرارداد را نقض کند، آیا عمل غیر اخلاقی انجام داده

است، پاسخ مثبت دادند.

این دسته از حقوق‌دانان معتقدند نظریه نقض کارآمد، ارزش‌های اخلاقی را زیر پا می‌گذارد، زیرا وفاداری یک دستور اخلاقی است و باید مورد احترام قرار گیرد. با حذف نیروی اخلاق در التزام به قراردادها، کارآمدی نظام قراردادی کاهش می‌یابد، زیرا باعث افزایش دعاوی و هزینه‌های اجتماعی می‌شود؛ حال آنکه گسترش وفاداری به عهد بر مبنای اخلاق، هزینه‌ای ندارد. ایراد دوم این است که دلیل اصلی قراردادهایی که طبق آن، تحویل کالا در آینده انجام می‌گیرد این است که خریدار می‌خواهد خطر افزایش قیمت را به فروشنده منتقل سازد. به ویژه اگر خریدار خطرگریز^۷ باشد؛ اما با جواز نقض کارآمد، تمام پیش‌بینی‌ها و معادلات مشتری به هم می‌ریزد و نمی‌تواند برای آینده خود برنامه‌ریزی دقیقی داشته باشد و این امر، آمار معاملات کارآمد را کاهش می‌دهد (Craswell, 1996: 488).

ایراد سوم حقوق‌دانان این است که تنها زمانی نقض قرارداد به صورت کاملاً حقوقی جبران می‌شود که خسارات وارده بر اساس انتظارات متعهدله ارزیابی شده باشند و برای او تفاوتی بین انجام قرارداد یا نقض قرارداد باقی نماند؛ درحالی‌که در کالاهای قیمی، ارزیابی میزان خسارت، بر اساس قیمت کالای جایگزین صورت می‌گیرد؛ یعنی تنها زمانی خسارات مشتری از نقض قرارداد جبران می‌شود که قیمت کالای قیمی به او پرداخته شود و اگر اینگونه باشد، دیگر سودی برای فروشنده از نقض قرارداد باقی نخواهد ماند (Friedman, 1989: 8).

ایراد چهارم تعارض با اصل آزادی است. بر اساس اصل آزادی قراردادهای طرفین قرارداد می‌توانند به صراحت در قرارداد پیش‌بینی نمایند که یکی از طرفین قرارداد می‌تواند با پرداخت خسارت به طرف مقابلش، قرارداد را نقض کند؛ درحالی‌که بر اساس نظریه نقض کارآمد یکی از طرفین بدون رضایت دیگری اقدام به نقض قرارداد و پرداخت خسارت می‌کند (Friedman, 1989: 23).

به ایراد اول می‌توان پاسخ داد که گرچه نقض قرارداد در مواردی برخلاف اخلاق است، اما در مباحث حقوق اقتصادی به کارآمدی هر قاعده حقوقی و حداکثرسازی ثروت توسط آن، بیش‌تر توجه می‌شود. در دنیای پیشرفته کنونی که کشورهای توسعه‌یافته همواره در حال گسترش امور تجاری خود هستند، توجه صرف به مسائل اخلاقی، به ویژه در مواردی که برخلاف مصالح عمومی جامعه است، به پیشرفت اقتصادی لطامات جبران ناپذیری می‌زند. بنابراین با احترام به

اخلاقیات و لزوم توجه به امور معنوی در جامعه، در امور اقتصادی، باید به کارایی هر قاعده توجه ویژه‌تری صورت گیرد.

به اشکال دوم می‌توان پاسخ داد که نظریه نقض کارآمد یک قاعده تکمیلی محسوب می‌شود و در مواردی که هر یک از طرفین بیم آن را دارد که در آینده طرف مقابلش به استناد نقض کارآمد قرارداد از اجرای قرارداد سرباز زند، می‌تواند این مورد را در قرارداد تصریح کند و امکان نقض کارآمد را از متعهد بگیرد. این مطلب علی‌رغم این موضوع است که در نقض کارآمد، فرض بر این است که متعهد به گونه‌ای ضررهای متعهدانه را جبران کند که گویی قرارداد، انجام شده و متعهدانه خسارتی را متحمل نگردیده است. بنابراین متعهدانه نباید از این بابت دچار نگرانی باشد.

درباره ایراد سوم می‌توان محدوده نقض کارآمد را محدود به مواردی کرد که مورد معامله، قیمی نباشد و از نقض قرارداد، سودی عاید متعهد شود.

اما درباره ایراد چهارم، اولاً، نقض کارآمد یک قاعده تکمیلی است که می‌توان برخلافش شرط کرد؛ ثانیاً، در مواردی که اجرای یک قاعده به صورت کلی به نفع عموم جامعه است و منافع حداکثری دارد، می‌توان آن را بر منافع شخصی مقدم دانست.

۳-۶. نقدهای فقهی بر نقض کارآمد قرارداد

فروشنده‌ای متعهد می‌شود ۱۰ اتومبیل هر کدام به قیمت ۵۰ میلیون تومان را به دیگری بفروشد. بعد از انعقاد قرارداد، ثالثی پیشنهاد خرید خودروها را به قیمت ۷۰ میلیون تومان می‌دهد. آیا فروشنده مکلف است به قراردادش متعهد باشد یا می‌تواند با پرداخت خسارات مشتری، قرارداد را نقض و اتومبیل‌هایش را به ثالث بفروشد؟

در منابع فقهی لزوم وفای به شرط به عنوان تکلیف شرعی پذیرفته شده، اما درباره امکان الزام مشروطاً علیه ممتنع، اقوال متعارضی وجود دارد؛ مانند جواز اجبار، عدم جواز اجبار، عدم جواز اجبار در انجام شرطی که حق بایع است و جواز اجبار در انجام شرطی که حق غیر است. هم‌چنین از نظر علامه حلی، اگر شرط از متعلقات معامله باشد نظیر شرط رهن، اجبار جایز است و اگر شرط مربوط به امر دیگری باشد اجبار جایز نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۶). گاهی شرط مرتبط با عقد به منزله عوضین دانسته می‌شود و اینکه حق بایع بر اجبار، از باب ملکیت است نه التزام

مشروطاً علیه. در نتیجه، هنگامی که شرط به نفع شخصی غیر از بایع است وی امکان اجبار ندارد (امامی خوانساری، بی تا: ۴۸۹). گاهی گفته می شود اگر شرط، حق الله باشد اجبار، جایز و اگر حق بایع باشد جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۳۸). گاهی گفته می شود اختلاف راجع به امکان یا عدم امکان اجبار ناشی از اختلاف در این امر است که عمل به شرط واجب است یا نه (نجفی ایروانی، ۱۴۰۶: ۶۷). شیخ انصاری پس از بیان دیدگاه های مختلف می گوید با توجه به ادله و وجوب وفای به عقد و شرط، امکان اجبار مشروطاً علیه وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۴۰)، اما از نظر محمدحسین اصفهانی، ملازمه ای میان وجوب وفا و اجبار مشروطاً علیه وجود ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۰). در مجموع بررسی های فقهی نشان می دهد امکان احراز اجماع راجع به اجبار مشروطاً علیه میسر نیست (محمدی و کدیور، ۱۳۹۵: ۲۸۴).

البته بر اساس این نظریه که مبنای الزام فروشنده بر اجرای معامله و تسلیم مورد معامله به مشتری و ممنوعیت نقض قرارداد و انعقاد معامله جدید با شخص ثالث، بنای عقلا است، شاید بتوان گفت که اگر عقلای عالم با گذشت زمان، درباره مسائل تجاری و شرایط انعقاد عقود، نظریات جدید و متفاوتی داشته باشند باید از آن پیروی کرد. بنابراین، اگر عقلا به دلیل مزایای اقتصادی نقض کارآمد قرارداد، حکم بر سودمندی نقض کارآمد بدهند، دیگر برای حکم بر الزام فروشنده بر اجرای قرارداد، مبنایی باقی نمی ماند و فروشنده می تواند با پرداخت خسارت مناسب به مشتری قرارداد را نقض کند. چنانکه اگر در اثر تحولات اقتصادی، تغییر در سیاست های اقتصادی، جنگ، تحولات سیاسی و هر علت دیگر، اوضاع و احوال و شرایط زمان قرارداد به طور اساسی تغییر کند و توازن مالی قرارداد به شدت برهم خورد، طرفین می توانند شروط قراردادی را تغییر دهند (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۳: ۸۷).^۸

شارع مقدس در برخورد با معاملات، رویکرد امضایی دارد و نوآوری های عرفی و عقلایی را که با افزایش کارایی، منفعت و رضایت همراه است، تشویق می کند.

۷. مطالعه تطبیقی

۷-۱. حقوق امریکا و انگلستان

سازگاری بسیاری بین این نظریه و نظام واقعی ضمانت اجرای عدم انجام تعهد در کامن لا وجود

دارد، زیرا در کامن‌لا اجرای اجباری تعهد، هدف نهایی نیست و مطالعه ابزارهای دریافت خسارات، نشان می‌دهد بدهکار می‌تواند قرارداد را نقض کند و خسارت بپردازد. در کامن‌لا تقصیرهای سودآور، آزادی بیش‌تری دارند. کامن‌لا با محدود کردن خسارات قابل مطالبه به خسارات قطعی، مستقیم، قابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب، قدم بزرگی برای پذیرش نظریه نقض کارآمد برداشته است. تمایز کامن‌لا با حقوق فرانسه این است که در کامن‌لا عمومی بودن عدم اجرای قرارداد، اثر حقوقی ندارد اما در فرانسه، تقصیر عمدی بدهکار، مسئولیتش را تشدید می‌کند (Carbonnier, 2000: 537).

در کامن‌لا اصل کاستن از خسارت رابطه نزدیکی با نقض کارآمد دارد و بر اساس آن در مواردی که مدیون، قرارداد را اجرا نمی‌کند، اگر بتوان موضوع تعهد قراردادی را از بازار تهیه نمود، طلبکار به دلیل رعایت تکلیف کاستن از خسارت، وظیفه دارد مورد معامله را از بازار تهیه کند. هدف این تکلیف این است که زیان‌دیده نتواند با تکیه بر اجرای اصل تعهد، از انجام آن تکلیف رها شود، زیرا تکلیف طلبکار به تهیه جایگزین مورد معامله از بازار، بسیار کارآمد است و چون طلبکار چنین تکلیفی دارد اجرای اجباری تعهد قابل مطالبه نیست. با اجرای این اصل، قلمرو اجرای اجباری اصل تعهد کاهش پیدا می‌کند (Treitel, 2003: 927).

در حقوق آمریکا و انگلیس، تکلیف به کاستن از خسارت وجود دارد و طلبکار حتی اگر سوءنیت مدیون را هم اثبات کند از این تکلیف رها نمی‌شود. با وجود قاعده کاستن از خسارت، قلمرو اجرای اجباری اصل تعهد، به صورت قابل ملاحظه‌ای کاهش می‌یابد و در اغلب موارد تعهد قراردادی، تبدیل به خسارت می‌شود و نقض قرارداد را آسان می‌کند و احتمال سودآور بودن آن را بالا می‌برد؛ چرا که مبلغ جبران خسارت نسبت به حقوق فرانسه کم‌تر می‌شود؛ زیرا جبران خسارت محدود به خسارت‌هایی می‌شود که غیر قابل اجتناب هستند. این در حالی است که در زمان عدم اجرای قرارداد، ارزیابی خسارت صورت می‌گیرد و باعث می‌شود مدیون هزینه تقصیر خود را به صورت دقیق پیش‌بینی کند. البته در برخی ایالت‌های آمریکا، نقض همراه با سوءنیت را موجب مسئولیت مدنی می‌دانند و به خسارت‌هایی تنبیهی حکم می‌دهند (Curtis, 1986: 163).

۲-۷. حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه اجرای الزامی اصل تعهد، مانع اجرای نقض کارآمد قرارداد است؛ زیرا در حقوق

فرانسه صرف اینکه مورد تعهد را می‌توان از بازار تهیه کرد، مانع از این نمی‌شود که طلبکاری که از نقض سودآور قرارداد توسط متعهد، زیان می‌بیند نتواند اجرای اصل تعهد را، اگر ترجیح دهد، از بدهکار مطالبه کند. البته برخی حقوق‌دانان فرانسوی مدعی هستند رویه قضایی فرانسه تمایل دارد اگر تقصیر قراردادی ناشی از نقض قرارداد، سودآور باشد، حکم به اجرای اصل تعهد توسط بدهکار ندهد (Laithier, 2005: 501).

در حقوق فرانسه، قرارداد بیع از عقود رضایی و موجب انتقال مالکیت می‌شود. بنابراین، در اثر عقد بیع مبیع به ملکیت خریدار در می‌آید و فروشنده ملزم می‌شود آن را به مشتری تسلیم کند. بنابراین، اگر فروشنده یک کالا را در دو زمان متفاوت به دو نفر بفروشد، قرارداد دوم باطل است؛ زیرا با انعقاد معامله، مالکیت منتقل شده است و معامله دوم فضولی خواهد بود (ماده ۱۵۹۹ ق.م. فرانسه) و خریدار اول می‌تواند علیه فروشنده و شخص یا اشخاص ثالث، دعوی خلع ید اقامه کند. دعوی خلع ید، ناشی از حق عینی مالک است که مانع ورود نظریه نقض کارآمد به حقوق فرانسه می‌شود.

رویه قضائی فرانسه به دلیل وجود اصل جبران کامل خسارت، میزان خسارت را در زمان صدور حکم قطعی ارزیابی می‌کند که منجر به سنگینی جبران خسارت می‌شود و احتمال اینکه عدم اجرای قرارداد برای متعهد سودآور باشد بسیار کم است.

در حقوق فرانسه عمدی بودن نقض قرارداد آثار حقوقی خاصی دارد که موجب تشدید مسئولیت می‌گردد. به استناد رأی دیوان عالی فرانسه اگر مدیون تقصیری ناشی از تدلیس انجام دهد و به صورت عمدی تعهدات قراردادی‌اش را نقض کند، هر چند قصد ضرر رساندن به طرف مقابل را نداشته باشد، تقصیر قراردادی محقق می‌شود که آثار خاص خودش را به همراه دارد (Terré & et.al, 2013: 566).

به نظر می‌رسد حقوق فرانسه در ماده ۱۱۸۴ ق.م. تکلیف نظریه نقض کارآمد را مشخص کرده است. در این ماده تصریح شده است که نقض قرارداد، تنها با دخالت قضایی امکان دارد، مگر در صورتی که طرفین به صراحت شرط فاسخ را در قرارداد پیش‌بینی کرده باشند. بنابراین، بر اساس این ماده نمی‌توان به صورت یک‌طرفه قرارداد را فسخ کرد؛ اما برخی از حقوق‌دانان فرانسه معتقدند ماده ۱۱۸۴ ق.م. در سال‌های اخیر در اثر فشار دیوان عالی و آرای صادره توسط این نهاد در سال‌های ۱۹۹۸ تا ۲۰۰۳ که برای طرفین اختیار نقض قرارداد به صورت یک‌طرفه و بدون

دخالت قضایی را شناسایی نموده است، دچار نوعی تحول شده است (Stoffel, 2004: 74).

۷-۳. حقوق ایران و فقه امامیه

۷-۳-۱. اصل لزوم و اجرای عین تعهد

در اصل پذیرش نقض کارآمد در حقوق ایران موانعی وجود دارد که باعث شده برخی حقوق دانان قائل به عدم اجرای آن در حقوق ایران باشند که مهم ترین آنها، مخالفت نقض کارآمد با اصل لزوم قراردادها و حق متعهدله بر اجبار به اجرای مفاد قرارداد می باشد. در ماده ۲۳۷ ق.م.آ آمده است:

هرگاه شرط ضمن عقد، شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا آورد، و در صورت تخلف، طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط نماید.

مخالفان نقض کارآمد در حقوق ایران به این ماده استناد می کنند و با حذف خصوصیت در بحث شروط، حکم ماده را در تمام تعهدات اصلی سرایت داده و نتیجه می گیرند در هنگامی که اجبار به انجام دادن عین تعهد، حق متعهدله باشد، متعهد، مکلف به اجرای عین تعهد بوده و جز با رضایت متعهدله و یا وقوع قوه قاهره از این تکلیف معاف نخواهند بود (ماده ۲۲۷ ق.م.). ایشان هم چنین به اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م.) استناد کرده و اصل لزوم را هم در التزام به مفاد عقد و هم در لزوم پایبندی به قرارداد جاری دانسته اند (محمدی و کدیور، ۱۳۹۵: ۸).

اصل لزوم در قراردادها امری اجتناب ناپذیر است، و اشکال جدی در مسیر اجرای نظریه نقض کارآمد قرارداد ایجاد می کند. حال اگر قانون گذار به دلیل فوایدی که این نظریه برای حداکثرسازی رفاه و ثروت تمام جامعه دارد اجرای آن را مفید تشخیص داد، می تواند سازوکاری وضع کند که اجرای آن را بدون آنکه با اصل لزوم در تعارض قرار گیرد از باب احکام ثانویه و ضرورت اجتماعی مجاز سازد.

اما اقوال فقها و مبنای آنان درباره امکان اجبار متعهد به اجرای عین تعهد چیست؟

چهار نظریه عمده در این باره عبارتند از:

الف) جواز اجبار؛

ب) عدم جواز اجبار (محمدی و کدیور، ۱۳۹۵: ۹)؛

ج) تفصیل میان اجبار به انجام شرطی که حق بایع است که غیرمجاز است و اجبار در انجام شرطی که حق غیر است و مجاز است، به این علت که اگر مشروط‌له بایع باشد در صورت عدم انجام شرط حق فسخ دارد، اما تحصیل شرطی که حق غیر است تنها از طریق اجبار ممکن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۶)؛

د) نظر منسوب به علامه حلی که تفصیل قائل است بین زمانی که شرط از متعلقات معامله باشد همانند شرط رهن در ضمن عقد که اجبار جایز است، و بین زمانی که شرط مربوط به امر دیگر باشد که اجبار آن جایز نیست. سید یزدی در توجیه این نظریه می‌فرماید: در قسم اول، شرط در حکم خود عوضین است، و همانند اجبار به تسلیم که جایز است، اجبار به انجام دادن شرط نیز جایز است، اما شرط در قسم دوم در حکم عوضین نبوده و دلیلی بر اجبار وجود ندارد. ظاهراً این نظریه را خود سید یزدی قبول ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱۲۶).

علامه حلی در تذکره تفصیل قائل شده‌اند بین زمانی که شرط، حق‌الله باشد که اجبار جایز است و زمانی که شرط حق بایع باشد که اجبار جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۳۸). ایروانی، محقق کرکی در جامع المقاصد و شهیدثانی در مسالک معتقدند اختلاف راجع به امکان یا عدم امکان اجبار ناشی از اختلاف در این است که آیا عمل به شرط واجب است یا خیر (نجفی ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۶۷). شیخ انصاری عمل به شرط را همانند تسلیم عوضین دانسته و معتقد است با توجه به عموم ادله وجوب وفای به عقد و شرط، امکان اجبار مشروط‌علیه وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۴۰). محمدحسین اصفهانی، میان وجوب وفا و اجبار مشروط‌علیه، ملازمه‌ای قائل نبوده و قائل است از وجوب وفای به عهد، نمی‌توان جواز را نتیجه گرفت و آنچه را با اجبار ملازمه دارد، تکلیف به ادای آنچه حق دیگری است، دانست و نه وجوب وفا بماهو وجوب وفا را (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۰). از آنجا که نظریه‌های بسیار متفاوتی در خصوص امکان اجبار مشروط‌علیه داده شده، امکان احراز اجماع وجود ندارد و باید به اصل لزوم که متعهد را در هر حال ملزم به اجرای عین تعهد می‌داند رجوع کرد.

در پایان باید متذکر شد که اجرا و قبول نظریه نقض کارآمد در حقوق ایران سهل و ساده نخواهد بود و بررسی‌های عمیق فقهی، حقوقی و اقتصادی را می‌طلبد، اما این نباید موجب کنارگذاشتن این نظریه شود. به منظور کارآمدساختن قراردادها و حداکثرسازی منافع و ثروت عموم، گریزی از این دست تحولات جدی در حقوق داخلی و همسوسدن با پیشرفت‌های روز افزون جهانی وجود ندارد.

نتیجه گیری

۱. نقض کارآمد قرارداد، زمانی کارآمد است که ضررهای وارده بر متعهدله را به صورت کامل جبران کند و ضررهای وارده به متعهد کمتر از زمانی باشد که مجبور به اجرای کامل قرارداد است.
۲. نقض کارآمد برخلاف اخلاقیات نبوده و مصالح اجتماعی و اقتصادی عمومی مهم تر از مصلحت شخصی متعهد می باشد.
۳. علی رغم مشکلاتی که پذیرش نقض کارآمد در حقوق ایران دارد که مهم ترین آن مخالفت با اصل لزوم در قراردادها و اصل اجرای عین تعهد می باشد، پیشنهاد می شود کمیسیون حقوقی مجلس با کمک مرکز پژوهش های قوه قضاییه، بعد از بررسی ابعاد و معایب و مزایای این نظریه بهترین راه حل را در خصوص پذیرش و اجرای این نظریه در حقوق ایران ارائه داده و به اجرا گذارند.

پی نوشت ها

1. fortunate & unfortunate contingency
2. substitute-price formula
3. principle of justified promise – Breaking
4. loss of profit
5. loss of chance
۶. در این نظریه، بین نظام حقوق قراردادی که از اندیشه فلسفه غیرپیامدگرایی الهام می گیرد با نظام حقوقی که از فلسفه پیامدگرا الهام می گیرد تفاوت وجود دارد. بر اساس فلسفه غیرپیامدگرایی، فروشنده به حکم قانون و اخلاق مکلف به اجرای قرارداد است و حق مشتری بر الزام فروشنده به استناد قاعده مالکیت (Property rule) می باشد. اما بر اساس فلسفه پیامدگرا، فروشنده می تواند در صورتی که نقض قرارداد به نفعش باشد، قرارداد را نقض کند و مورد معامله را به ثالث بفروشد و حق مشتری بر دریافت خسارات ناشی از نقض معامله به استناد قاعده مسئولیت (Liability rule) می باشد.
7. risk averse
۸. این مسأله تحت عنوان قراردادهای قابل تعدیل در حقوق کشورهای اروپایی شناخته شده است. به عنوان مثال، شریک یک قرارداد مشارکت در ساخت و ساز، که احداث پروژه ساختمانی را بر مبنای قیمت توافق شده متعهد گردیده است، با حوادث غیرمترقبه ای مواجه می گردد که هزینه های ساخت و ساز را به چند برابر قیمت روز انعقاد قرارداد می رساند و ایفای تعهد را برای وی زیان آور می سازد. در این جا ضرورت تعدیل قرارداد، رخ می نماید (مقدری و عسکری، ۱۳۹۴: ۱۶۲-۱۴۵).

منابع

- امامی خوانساری، محمد. (بی تا) الحاشیه الثانیه علی المکاسب، بی جا، بی نا.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۱ق.). مکاسب، ج ۳، قم: منشورات دارالزخائر.
- انصاری، مهدی. (۱۳۹۰) تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران: انتشارات جنگل.
- رنجبر، مسعود رضا. (۱۳۷۷) خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق.). حاشیه مکاسب، قم: موسسه اسماعیلیان.
- غروی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق.). حاشیه مکاسب، قم: انتشارات انوار المهدی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس هایی از عقود معین، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- محمدی، سام و حسام کدیور. (۱۳۹۵) «نقض کارآمد در حقوق ایران»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۳، ش ۲.
- مقدری امیری، عباس و حکمت الله عسکری. (۱۳۹۴) پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ش ۴۱.
- نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین. (۱۴۰۶ق.). حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- Birmingham, Robert L. (1969) "Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency", *Rutgers L. Rev.*, 24.
- Carbonnier, Jean. (2000) "Les Obligation", *París, Puf*, N. 153.
- Cohen, George M. (1991) "The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law". *Hofstra L. Rev.* 20.
- Cooter, Robert, & Thomas Ulen. (1997) *Law and Economics*, Addison Wesley.
- Cooter, Robert and Melvin Aron Eisenberg. (1985) "Damages for Breach of Contract". *California Law Review* 73.5.
- Craswell, Richard. (1996) "Offer, Acceptance, and Efficient Reliance". *Stanford Law Review*.
- Curtis, Linda. (1986) "Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis". *Stanford Law Review*.
- Eiselen, Sieg. (2005) "Unresolved Damages Issues of the CISG: A Comparative Analysis". *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 38.1.
- Epstein, Richard A. (1999) "Contracts Small and Contracts Large:

- Contract Law through the Lens of Laissez-faire”. *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, 25.
- Friedman, David D. (1989) “An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract”. *The Journal of Law and Economics* 32.2, Part 1.
 - Lahav, Gil. (2000) “A Principle of Justified Promise-Breaking and Its Application to Contract Law”. *NYU Ann. Surv. Am. L.* 57.
 - Laithier, Yves-Marie. (2005) “Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract”. Cohen, N.-McKendrick, E.(editores), *Comparative Remedies for Breach of Contracts*.
 - Posner, Richard A. (1979) “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”. *The Journal of Legal Studies* 8.1, pp. 103-140.
 - ——— . (2014) *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business.
 - Shavell, Steven. (2009) *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press.
 - Stoffel-Munck, Philippe. (2004) “Le Contrôle a Posteriori de la Résiliation unilatérale”. *Droit et patrimoine*, 126.
 - Sutton, Jeffrey S. (1989) *Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, Ohio St. LJ 50.
 - Terré, François, Philippe Simler and Yves Lequette. (2013) *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz.
 - Treitel, Guenter Heinz. (2003) *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell.