

## اصول حاکم بر ضمانت اجرای نقض قرارداد در اسناد نوین حقوق اروپایی و ایران

(تاریخ دریافت: ۲۷ مهر ۱۳۹۷ - تاریخ پذیرش: ۳۰ اردیبهشت ۱۳۹۸)

### جلیل قنواتی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، پردیس فارابی استادیار دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

نازنین زهرا عطاری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک

وحید قاسمی عهد: استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک

### چکیده

مواردی چون: آزادی انتخاب ضمانت اجرای کارآمد، قابل جمع بودن ضمانت اجرای همگن و حق تغییر ضمانت اجرای انتخاب شده در اسناد نوین اروپایی با رویکرد حمایت از نفع متوقع زیان دیده پذیرفته شده است. مطالعه این اصول نشان می‌دهد ضمانت اجرای نقض قرارداد موضوعیت نداشته، بلکه تأمین مطلوب طرفین در اولویت است. اگرچه پذیرش این اصول در حقوق ایران، به‌ویژه درباره آزادی انتخاب ضمانت اجرای فسخ و مطالبه خسارت مقدم بر الزام به ایفای تعهد با محدودیت‌هایی همراه است ولی اهمیت مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات، کاستن از خسارات و حجم دعاوی ایجاب می‌کند نگاهی طریقت‌گرا به ضمانت اجرای نقض قرارداد داشته و بر آن شد که زیان دیده بتواند متناسب با میزان مطلوبیت قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر آن، ضمانت اجرای مناسب را انتخاب کند و از آثار منفی ضمانت اجرای ناکارآمد بکاهد. التزام زیان دیده به مقابله با خسارت بر این مهم تأکید دارد؛ از این‌رو در مقاله حاضر با تحلیل کارآمدی نظریه نفع متوقع و تأثیر آن بر گزینش ضمانت اجرای نقض قرارداد و با در نظر داشتن معضلات عملی و اقتصادی برخی ضمانت اجرای منصوص بر ضرورت بررسی و پذیرش اصول شناخته شده در اسناد نوین قراردادهای اروپایی از جمله اصل عرضی بودن ضمانت اجراها به‌منظور حصول بالاترین میزان کارایی این ضمانت‌ها در حقوق ایران پرداخته می‌شود.

واژگان کلیدی: اصول ضمانت اجرا، نفع متوقع، نقض قرارداد

## مقدمه

به‌طور طبیعی، هر شخص به این علت قراردادی را منعقد می‌کند که در دستیابی به منفعتی که طرف مقابل پیشنهاد کرده و ایجاب آن را انشاء، نموده مشتاق است و قرارداد، او را در موقعیتی بارز تر قرار می‌دهد. نفع دستیابی به متعهد به نفع قراردادی محض<sup>۱</sup> و کامل است (Rowan, 2012). با این حال در مواردی این هدف نادیده گرفته می‌شود و در نهایت با نقض قرارداد از سوی متعهد روبرو می‌شویم که این نقض ممکن است ناشی از ناتوانی در اجرای قرارداد، تحلیل اقتصادی باطنی یا... باشد.

کارکردهای مختلف حقوق قراردادها به‌نوعی است که طیف وسیعی از اقتضانات فردی و اجتماعی را در بر گرفته و از احترام به حقوق، حاکمیت اراده و آزادی‌های فردی تا ضرورت رعایت عدالت معاضدی، انصاف و کارایی اقتصادی را شامل می‌شوند (عبدی‌پور فرد و پرهیزگار، ۱۳۹۴: ۶۷). همین امر، عملکرد و پیچیدگی ضمانت اجرای نقض قراردادها را مضاعف می‌کند. این حوزه مرز مشترکی با حقوق جزا دارد. اگر شیوه‌ها به‌درستی تقریر نشود، پیمان‌شکنی رایج خواهد شد و به‌مرور حوزه حقوق خصوصی به حقوق جزا کشیده می‌شود؛ از این رو یکی از مباحث مهم در حقوق قراردادها، ضمانت اجرای کارآمد است.

در مهم‌ترین اسناد نوین حقوق قراردادها اروپایی از جمله اصول حقوق قراردادها اروپایی<sup>۲</sup> (زین پس PECL)، طرح چارچوب مشترک ارجاع<sup>۳</sup> (زین پس DCFR) و حقوق بیع مشترک اروپایی<sup>۴</sup> (زین پس CESL)، ضمانت اجرای گوناگون برای جبران نقض قرارداد پیش‌بینی شده است که در یک تقسیم‌بندی منطقی و شکلی به ضمانت اجرای مشترک مانند: الزام به ایفای عین

## 1. Pure Contractual Interest

## 2. Principles of European Contract Law

## 3. Draft Common Frame of Reference

این سند حاوی مجموعه‌ای از قواعد نرم است که طی یک تلاش سامان‌مند برای نیل به یک قانون مشترک در حوزه حقوق خصوصی اروپا طراحی شده است.

## 4. Common European Sales Law

این سند حاوی قواعدی است که به‌صورت نمونه در ارتباط با فروش کالا و ارائه خدمات و عرضه کالای دیجیتالی به‌منظور یکسان‌سازی حقوق قراردادی در سطح اتحادیه اروپا تدوین شده است و در عقود بیع کشورهای اتحادیه مشروط به توافق صریح طرفین اعمال خواهد شد.

قرارداد<sup>۱</sup>، فسخ<sup>۲</sup> و جبران خسارت‌های<sup>۳</sup> صورت گرفته و ضمانت اجراهای خاص جبران مثل: تعمیر کالای معیوب و تعویض آن<sup>۴</sup> و تقلیل ثمن<sup>۵</sup> تقسیم می‌شود (Schlechtriem and Butler, 2008: 138)، اما آنچه در این جستار در صدد آن هستیم؛ نه خود ضمانت اجراها، بلکه اصول حاکم بر آن‌هاست تا جبران نقض تعهد با انصاف و عدالت همراه باشد و طرفین بتوانند به موقعیت مورد انتظار خود که پیش از انعقاد قرارداد در نظر داشته‌اند، دست یابند (MCKendrich, 2017: 3-4).

در حقوق ایران قاعده کلی در ضمانت اجراهای نقض قرارداد، الزام به انجام عین تعهد است و به عنوان آخرین حربه، متعهدله حق فسخ معامله و دریافت خسارت را دارد (امامی، ۱۳۸۴: ۴۸۵). اکنون پرسش این است که با توجه به تحولات اقتصادی که مقتضی اصل سرعت در معاملات است، الزام به ایفای تعهد بعد از نقض قرارداد می‌تواند تأمین کننده داعی طرفین از انعقاد قرارداد باشد؟ یا با توجه به رسالتی که این قسم از ضمانت اجراها بر عهده دارند، لازم است هم‌سو با حقوق نوین قراردادهای اروپایی، ترتیب میان آن‌ها را کنار نهاد و قائل به پذیرش آزادی انتخاب ضمانت اجرای کارآمد و یا جمع میان ضمانت اجراهای همگن شد؟

آنچه از ظاهر قانون مدنی به ذهن متبادر می‌شود، رعایت ترتیب به عنوان اصل اولیه و نپذیرفتن برخی اصول پذیرفته شده در حقوق نوین قراردادهای اروپایی از جمله عرضی بودن ضمانت اجراهاست. حال باید توجه داشت که آیا می‌توان برای افزایش کارایی حقوق قراردادهای، نفع متوقع را به‌مثابه معیار اولیه برای تعیین و تفسیر ضمانت اجراهای نقض قرارداد مطرح کرد و حتی زیان‌دیده را ملزم به گزینش ضمانت اجرای کارآمد به‌منظور مقابله با ورود خسارات بیشتر دانست؟

در حقوق قراردادهای اروپایی طرفین تعهد سه منفعت تحت عناوین: نفع متوقع<sup>۶</sup>، اعتماد<sup>۷</sup> و استرداد<sup>۸</sup> در نظر گرفته شده است. به ترتیب نفع متوقع به معنای تأمین منفعت مورد انتظار از انعقاد

1. Specific Performance
2. Termination
3. Damages
4. Repair and Replacement of Defectine Goods
5. Price Reduction
6. Expectation Interest
7. Reliance Interest
8. Restitution

قرارداد است؛ منظور از نفع اعتماد آن است که زیان‌هایی که در نتیجه اعتماد متعهدله به اجرای قرارداد حاصل شده است، جبران شود. این کار از طریق قرارداد او در موقعیتی که قرارداد منعقد نشده بود صورت می‌گیرد و نفع استرداد نیز به معنای بازگرداندن عوضی است که زیان‌دیده در نتیجه انعقاد قرارداد پرداخت کرده است. از میان سه نظریه تئوری نفع متوقع، موضوع مقاله و مبنای فرضیه قرار گرفته است.

برخورداری از ضمانت اجرای کارآمد و تأثیری که این مهم می‌تواند بر انگیزه متعاقدان در طول فرایند معامله، تخصیص بهینه منابع، کاستن از هزینه‌ها و از دست دادن فرصت‌های معاملاتی داشته باشد، ضرورت تبیین ضمانت اجرای نقض قرارداد را بر مبنای نفع متوقع طرفین آشکار می‌کند. مقاله حاضر نگاهی طریقت‌گرا به مکانیسم‌های جبران نقض قرارداد دارد و شیوه تطبیقی پژوهش حاضر که توأم با بررسی قوانین مربوط به اسناد نوین حقوق قراردادهای اروپایی به‌ویژه CESL و DCFR است به نظر نوآورانه خواهد بود. از آن جا که تحلیل اصول حاکم بر ضمانت اجرای نقض قرارداد از منظر نظریه نفع متوقع پرداخته می‌شود نخست به تحلیل مفهوم نفع متوقع و کارایی آن پرداخته و سپس با استفاده از ابزارهای تحلیلی و توصیفی اصول حاکم بر ضمانت اجراها را تبیین کرده است.

### ۱. مفهوم نفع متوقع

از اصول بنیادین در جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد آن است که متعهدله در موقعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد به‌طور کامل و صحیح ایفا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت. به سخن دیگر، زیان‌دیده قراردادی، مستحق منفعت معامله<sup>۱</sup> است (Richard Stone, 2015: 471) و شخصی که به واسطه نقض قرارداد ضرری بر دارایی او وارد نشده، مستحق جبران خسارات نیست (Beatson, Burrows and Cartwright, 2016: 564). این اصل که در اسناد نوین حقوق قراردادهای اروپایی پذیرفته شده است، بیانگر معیاری کارآمد در حوزه خسارات قراردادی، تحت عنوان نفع متوقع است.

مفهوم نفع متوقع که از آن با عناوین دیگری از جمله: «نفع وعده» و «نفع انتظار» نیز نام برده می‌شود، آن است که طرفی که قرارداد را نقض نکرده است، در همان موقعیتی قرار داده شود که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن شرایط قرار می‌گرفت (BiX, 2012: 99). در واقع این معیار متعهدله را در وضعیتی قرار می‌دهد که گویی قرارداد اجرا شده است؛ زیرا جبران خسارت بر مبنای انتظار معادل ارزش خود ایفای تعهد است (Cotter and Eisenberg, 1985: 1445). یعنی متعهدله متوقع است با اجرای ضمانت در موقعیتی معادل و برابر وضعیت اجرای کامل قرارداد دیده شود. CESL در حوزه خسارات قراردادی بر مبنای معیار نفع متوقع به ارزیابی خسارت می‌پردازد. به موجب ماده ۱۶۰ این سند: «میزان کلی خسارتی که در نتیجه زیان مستند به طرف عهدشکن تعهد حاصل شده است، عبارت از مبلغی است که دائن را در موقعیتی قرار دهد که اگر تعهد به‌طور صحیح اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت یا اگر این امکان وجود ندارد، تا حد ممکن در آن موقعیت قرار گیرد. چنین خساراتی شامل ضرری که زیان‌دیده متحمل شده و منافی که از آن محروم شده است می‌شود».

PECL نیز مانند سند پیش‌گفته از معیار نفع متوقع بهره می‌گیرد. براساس ماده ۹:۵۰۲ این سند: «میزان کلی خسارت، مبلغی است که طرف متضرر قرارداد را تا حدی که ممکن است در موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد به‌درستی اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت. چنین خساراتی شامل ضررهایی که زیان‌دیده متحمل شده و منافی که از آن محروم شده است می‌شود» (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵: ۷۸۷).

براساس ماده ۳:۷۰۲ DCFR نیز: «میزان کلی خسارات که در نتیجه زیان مستند به طرف عهدشکن حاصل شده است، مبلغی است که تا حد ممکن، دائن را در موقعیتی قرار دهد که اگر تعهد به‌طور صحیح ایفا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت. چنین خسارتی شامل ضرری که زیان‌دیده متحمل شده است و منافی که از آن محروم گردیده می‌شود».

## ۲. تحلیل کارآمدی نظریه نفع متوقع و تأثیر آن بر ضمانت اجراها

در بسیاری از قراردادها، به‌ویژه قراردادهای تجاری مبنای انعقاد قرارداد تنها تأمین نیاز نیست، بلکه کسب سود و تحصیل منفعت است (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۱۵۰). حال ممکن است تا فرارسیدن زمان ایفای تعهد، اوضاع و احوال به نحوی دگرگون شود که هزینه‌های اجرای قرارداد

بیشتر از منافع حاصل از عقد باشد (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۴). برای مثال افزایش قیمت‌ها سبب بالا رفتن قیمت مواد اولیه برای تولید و در نهایت افزایش هزینه کالا و موجب از دست رفتن نفع مورد انتظار و یا عدم تمایل بر اجرای قرارداد می‌شود. گاهی نیز متعهد علی‌رغم تمایل به اجرای قرارداد، با پیشنهادی بهتر از سوی شخص ثالث مواجه می‌شود که برای موضوع تعهد، ارزشی به مراتب بالاتر از متعهدله نخستین قائل است (Cooter and Ulen, 2000: 238). در چنین مواردی باید رویکردی را در نظر گرفت تا ضمن جلوگیری از ورود ضرر به طرفین قرارداد، با برگزیدن ضمانت اجرای مناسب، زمینه تأمین نفع مورد انتظار و تحقق موقعیت قراردادی فراهم شود.

از منظر اقتصادی در صورتی که منافع مورد انتظار متعهد در برابر هزینه‌های اجرای قرارداد کافی نباشد، می‌توان قرارداد را فسخ و نقض قرارداد را جایگزین اجرای آن کرد (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۴). اگرچه مطابق نظر مشهور، قرارداد باید اجرا شود؛ چون عمل به وعده‌ها و قول‌ها الزامی است (Shavell, 2006: 1). نظریه نقض کارآمد قرارداد<sup>۱</sup> به این پرسش پاسخ می‌دهد که چرا دریافت خسارت باید ضمانت اجرای نخستین در حقوق قراردادها باشد (Richard Stone, op.cit: 474). نقض کارآمد قرارداد این ایده را مطرح می‌کند که ضمانت اجرای خسارات مورد انتظار و متوقع در مقابل نقض قرارداد، متعهد را ملزم می‌کند که منافع کامل معامله را برای متعهدله فراهم کند (Adler, 2007: 9) و این اطمینان را به‌زیان‌دیده می‌دهد که اگر نقضی در انجام تعهد صورت بگیرد، ارزش حاصل از قرارداد با حکم به پرداخت خسارت حاصل خواهد شد (Slawson, 2003: 843-845).

به این ترتیب، این هم‌سویی میان نقض کارآمد و نفع متوقع وجود دارد که هرگاه اجرای قرارداد، نفع مورد نظر هریک از طرفین را تأمین نکند، نقض قرارداد متناسب با هدف اقتصادی هریک از طرفین است؛ از این رو نقض قرارداد از ورود خسارت بیشتر به خود جلوگیری می‌کند و طرف مقابل با دریافت خسارت، نفع متوقع خود را کسب می‌کند (Ulen, 1984: 363)؛ بنابراین هلمز<sup>۲</sup> از حقوق دانان می‌خواهد که از نظریه‌های اخلاقی تعهد بگذرند و این اصل عملی را بپذیرند که بدهکار می‌تواند از میان اجرای تعهدات قراردادی، یا عدم اجرا و پرداخت خسارت پولی یکی را انتخاب کند (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۱).

---

1. Efficient Breach of Contract

2. Oliver Wendel Holmes

بر اساس معیار کارآمدی، مقررات حقوق قراردادها باید به گونه‌ای تنظیم شود که علاوه بر تأمین منافع دو طرف، ارتقای سطح رفاه عمومی را از طریق کاستن از هزینه‌ها تضمین کند (عبدی‌پور فرد و خسروآبادی، ۱۳۹۴: ۸۱)، از این رو کارایی تعیین ضمانت اجراهای نقض قرارداد بر مبنای نفع متوقع از آثاری که بر انگیزه متعاقدان می‌گذارد سنجیده می‌شود (Cooter and Ulen, op.cit:238). جایی که نقض قرارداد کارآمد نیست، ارزیابی خسارت بر مبنای نفع متوقع این اثر را خواهد داشت که در متعهد، انگیزه لازم را برای انجام تعهد به وجود آورد (انصاری، ۱۳۹۵: ۵۱۵)؛ زیرا نقض قرارداد بدون آنکه منافع بیشتری داشته باشد، متعهد را در معرض پرداخت خسارات مورد انتظار زیان دیده قرار می‌دهد؛ در نتیجه متعهد احتیاط بیشتری می‌کند و در جهت ایفای تعهدات قراردادی گام برمی‌دارد و از سوی دیگر، چنانچه هزینه‌های ناشی از اجرای قرارداد را از منافع حاصل از آن بیشتر بیاید، ضمن نقض قرارداد و پس از جبران کامل خسارت زیان دیده، کالا یا خدمت موضوع تعهد در اختیار کسی قرار می‌گیرد که بالاترین ارزش را برای آن قائل است (Posner, 1998: 133). و بدین نحو از اتلاف منابع اقتصادی جلوگیری می‌شود و تخصیص بهینه منابع به دست می‌آید.

از سوی دیگر، از آنجا که در بسیاری از موارد الزام به ایفای تعهد پس از نقض قرارداد، سبب از دست رفتن فرصت‌های معاملاتی و تحمیل هزینه به متعهدله در فرایند دادرسی می‌شود، برخورداری از ضمانت اجرای کارآمد می‌تواند زیان دیده را در وضعیت مشابه انجام تعهد قرار دهد؛ بدین نحو که با دریافت خسارات ناشی از نقض قرارداد، اجرای تعهد برای او از طریق منابع دیگر به دست بیاید و هزینه‌های ناشی از ایفانکردن تعهد تقلیل یابد.

### ۳. اصول حاکم بر ضمانت اجراهای نقض قرارداد در اسناد نوین اروپایی

هنگامی که متعهد قرارداد را نقض می‌کند، متعهدله ضمانت اجراهای متعددی را پیش روی خود می‌بیند. فارغ از اختلاف نظرهای موجود در گزینش ابتدایی ضمانت اجراهای نقض قرارداد، چون تأمین نفع مورد انتظار طرفین در اولویت است. ضمانت اجراهای نقض قرارداد باید به گونه‌ای طراحی شود که با صرف کمترین هزینه و بیشترین کارایی، ارزش حاصل از قرارداد را برای طرفین تأمین کند و به این معنی که زیان دیده را در موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد به‌طور صحیح اجرا

می‌شد در آن موقعیت قرار می‌گرفت. براساس دیدگاه برخی حقوق‌دانان، از آنجا که با انعقاد قرارداد حق مطالبه برای دائن ایجاد می‌شود، عنصری بر دارایی او اضافه می‌گردد که این حق قراردادی، مال است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۲؛ Gold, 209: 3) و نقض قرارداد به منزله کاستن از این دارایی است (Fuller, 1936: 46)؛ از این رو در راستای اصل جبران کامل خسارت، زیان دیده باید در موقعیت پس از اجرای تعهد، قرار بگیرد. به نظر می‌رسد اصول حاکم بر ضمانت اجرای نقض قرارداد در اسناد نوین قراردادهای اروپایی با رویکرد حمایت از نفع مورد انتظار زیان دیده وضع شده است که به بررسی این اصول می‌پردازیم.

### ۳-۱. اصل قابل جمع بودن ضمانت اجراها

قابلیت جمع میان ضمانت اجراها،<sup>۱</sup> بیانگر این نکته است که زیان دیده می‌تواند راهکارهای جبرانی گوناگون را دسترس خویش داشته باشد و توجه به یکی از آن‌ها مانعی برای استناد به دیگری نخواهد بود (Barnett and Harder, 2014: 350-351; Hsieh, 2017: 135). به طور سنتی، نظام‌های حقوقی یا جمع میان ضمانت اجراها را پذیرفته یا در صورت پذیرش، شرایط سختی را برای آن در نظر گرفته‌اند؛ در حالی که حقوق نوین قراردادهای اروپایی که به نوعی در اسنادی چون PECL و DCFR انعکاس یافته است، رویکرد عمل‌گرا را در نظر گرفته و دست از نظریه‌های فاقد کارآمد برداشته است (Schmidt-Kessel, 2007: 194). براساس ماده ۸:۱۰۲ PECL «ضمانت اجراها در صورتی که ناهمگن نباشند، قابل جمع هستند. اصولاً متعاقدين، مستحق مطالبه خسارت هستند، حتی اگر ضمانت اجرای دیگری را مطالبه کرده باشند.» مشابه همین مفهوم در ماده ۳:۱۰۲ DCFR نیز آمده است. بند ۶ ماده ۱۰۶ CESL مقرر می‌دارد: «راهکارهای جبرانی که با یکدیگر همگن هستند، قابل جمع خواهند بود».

مطابق با مقررات پیش گفته، ضمانت اجراهای ناهمگن قابل جمع نیستند؛ برای نمونه اعمال فسخ و مطالبه اجرای عین قرارداد، یا تقلیل ثمن و اعمال فسخ ناهمگن هستند و قابل جمع نیستند (Busch, 2002: 329). با وجود این، زیان دیده در صورت گزینش هر یک از این راهکارهای جبرانی می‌تواند خسارت را همچنین مطالبه کند. امکان دریافت خسارت حتی اگر زیان دیده یکی



دیگر از ضمانت اجراها را اختیار کرده باشد، در راستای اصل جبران کامل خسارات وجود دارد (Antoniolli and Veneziano, 2005:362). به سخن دیگر، نوعی هم‌سویی با معیار نفع متوقع هست تا شرایط معادل اجرای قرارداد ترسیم گردد. براساس نظریه نفع متوقع، جبران خسارات زیان‌دیده باید به نحوی باشد که او در موقعیت پساقرداد قرار گیرد و محدود کردن او در گزینش ضمانت اجرا ممکن است او را به آنچه انتظار داشته نرساند.

به این ترتیب، برابر مقررات DCFR و CESL در راستای نفع متوقع، حتی اگر زیان‌دیده خواهان فسخ قرارداد باشد، می‌تواند خسارات خویش را مطالبه کند. البته حق دائن درباره مطالبه خسارات به اجرای تعهدات استردادی دوطرفه مشروط است؛ یعنی دائن مستحق نفع متوقع محض قراردادی خویش و استرداد آن چیزی است که در قبال این توقع پرداخته است، اما باید منافعی را که از مدیون دریافت کرده است، مسترد کند. استرداد منافع دریافتی از مدیون توسط دائن، برای برآورد نفع متوقع دائن ضروری است. با این کار، طرفین ابتدا یک‌گام به عقب بازمی‌گردند، سپس برای تأمین نفع متوقع دائن پیش می‌روند (Chen-Wishart and Magnus, 2014: 652).

### ۳-۲. اصل آزادی در انتخاب ضمانت اجرای کارآمد

به طور طبیعی اگر میان ضمانت اجراها سلسله‌مراتب<sup>۱</sup> وجود نداشته باشد، سخن از تقدم یکی بر دیگری بی‌مورد خواهد بود؛ از این‌رو در صورتی که راهکارهای جبرانی در طول یک‌دیگر نباشند، زیان‌دیده می‌تواند ضمانت اجرای مطلوب را برگزیند. قواعد مربوط به رابطه میان ضمانت اجراها، علی‌القاعده خط‌مشی‌هایی دارد که انتخاب زیان‌دیده را میسر می‌کند. گاهی این خط‌مشی‌ها که به صورت سنتی در نظام‌های حقوقی وجود دارند از دیدگاه قانون تأکید شده است؛ چنانکه حقوق آلمان، معتقد به تقدم اجرای عین قرارداد بر دیگر راهکارهای جبرانی است. همچنین اگر متعهدله بخواهد به ضمانت اجرای فسخ و مطالبه خسارات متوسل شود، باید ابتدا مهلت معقولی برای اجرای قرارداد به متعهد داده شود (Markesinis, Unberath and Johanston 2006: 388). بدیهی است اسناد نوین حقوق قراردادهای اروپایی از نظم شکل‌گرفته سنت‌های

موجود در کشورهای عضو پیروی می‌کنند. در این راستا طبیعی است باید درباره ضمانت اجرای نقض قرارداد یا معتقد به وجود سلسله مراتب و تقدم و تأخر یکی بر دیگری شد یا اینکه دست زیان دیده را در دریافت راهکار مطلوب بازگذارد که این اسناد راهکار اخیر را پذیرفته‌اند.

CESL نظام سلسله مراتب میان ضمانت اجراها را پذیرفته است، بلکه زیان دیده خود راهکار مطلوب را انتخاب خواهد کرد. ماده ۱۰۶-۱ این سند به این اصل اشاره دارد که «در صورت عدم انجام تعهد به وسیله فروشنده، خریدار می‌تواند هر یک از ضمانت اجرای ذیل را انتخاب نماید: الف: الزام به ایفای تعهد... ب: خودداری از انجام تعهد... ج: فسخ قرارداد و...» (Schmidt-Kessel and Silkens, 2015:132).

سند PECL نیز تقدم یکی از ضمانت اجراها را بر دیگری باور ندارد. در عوض قاعده سلسله مراتب میان ضمانت اجراها نه به صورت صریح در مقررات PECL آمده است و نه به طور تلویحی از مفاد قواعد آن برداشت می‌شود (Schmidt-Kessel, 2007: 193). موضع DCFR نیز که در فصل سوم به بررسی ضمانت اجرای نقض قرارداد پرداخته، مانند دو سند پیش گفته و جز در مواردی که اجرای عین تعهد غیرمعارف، پرهزینه و قائم به شخص می‌باشد، ضمانت اجرای خاصی را بر دیگری ترجیح نداده است (Schmidt-Kessel, 2009: 85).

باید توجه داشت که آزادی در انتخاب ضمانت اجرا چه ارتباطی با تئوری نفع متوقع دارد؟ در صورتی که پیش فرض‌های ذیل را بپذیریم، اشخاص قراردادهایی را برمی‌گزینند که ضمانت اجرای نفع متوقع داشته باشد:

الف) متعاقدان معقول و منطقی هستند؛

ب) متعاقدان گزینه‌هایی را انتخاب می‌کنند که کارایی داشته و منافع مورد انتظار آن‌ها به حداکثر می‌رسد؛

ج) ضمانت اجرای کارآمد است که هزینه‌های ناشی از نقض تعهد را تقلیل داده و امکان بی‌احتیاطی<sup>۱</sup> یا انگیزه فرصت طلبی<sup>۲</sup> را از طرفین قرارداد سلب نماید؛

د) نظام حقوقی این توانایی را برای اشخاص در نظر می‌گیرد که ضمانت اجرای مطلوب

---

1. Carelessness

2. Opportunism

خویش را تعیین کند؛

ه) طرفین می‌توانند تغییرات اقتصادی مهم را در محضر دادگاه اثبات کنند (Markovits and Schwatz, 2012: 1093-1095)؛ بنابراین اصل آزادی طرفین در انتخاب ضمانت اجرای کارآمد می‌تواند در راستای تمایل اشخاص به حاصل شدن منافع مدنظر آن‌ها از قرارداد باشد.

### ۳-۳. حق تغییر ضمانت اجرای انتخاب شده

منظور این است که زیان‌دیده قراردادی، پس از گزینش یکی از ضمانت اجراها از آن عدول کند و راهکار دیگری را در پیش بگیرد (Meyer, 2010: 133-135). در اسناد نوین حقوق قراردادهای اروپایی این توانایی برای دائن وجود دارد؛ لذا می‌توان این توانایی را یکی از اصول حاکم بر ضمانت اجرای نقض قرارداد دانست. با توجه به مقررات PECL، زیان‌دیده می‌تواند راهکاری را که ابتدا برای جبران خسارت خویش انتخاب کرده است کنار بگذارد و راهکار دیگری را انتخاب کند؛ البته این امکان تا آنجا وجود دارد که در تعارض با اعتمادی که از گزینش ضمانت اجرای خاص برای عهدشکن به وجود آمده نباشد. ماده ۱:۲۰۱ به این اصل راهبردی اشاره دارد (Busch, 2002: 329).

براساس مقررات DCFR، نیز زیان‌دیده حق دارد ضمانت اجرایی را که برگزیده در ادامه تغییر دهد؛ حتی اگر ضمانت اجرای جدیدی که مطلوب دائن است، معارض با ضمانت اجرای ابتدایی باشد؛ از این رو اگر ابتدا دائن خواستار اجرای عین قرارداد باشد، اما بعد متوجه شود که خواهان قرارداد را اجرا نکرده است یا احتمال اجرا از جانب او در یک زمان متعارف نمی‌رود، دائن می‌تواند قرارداد را به علت نقض اساسی فسخ کند (Von Bar, 2009: 355)؛ البته این مقوله بدین معنا نیست که دائن بتواند هرگونه که بخواهد از این حق استفاده کند. حق دائن مشروط بر این است که مدیون به خواسته ابتدایی او اعتماد نکرده باشد؛ بنابراین در صورتی که نخست دائن فسخ قرارداد را خواستار باشد، پس از اینکه با اعمال فسخ به روابط قراردادی پایان داد، نمی‌تواند اجرای عین قرارداد را بخواهد.

سند CESL اصل حسن‌نیت و معامله منصفانه را یکی از اصول اساسی قراردادهای می‌داند و این اجازه را به طرفین نمی‌دهد که از اصل مزبور عدول کنند (Ibid). بند ۱ ماده ۲ CESL حسن‌نیت را تکلیف عمومی طرفین قرارداد می‌داند و بیان می‌کند: «هریک از طرفین قرارداد وظیفه دارد رفتار

او همراه با حسن نیت و رفتار منصفانه باشد». بند ۲ ماده نیز ضمانت اجرای رعایت نکردن حسن نیت را «حق نقض قرارداد و استنکاف از اجرای تعهدات قراردادی توسط طرف دیگر قرارداد برمی‌شمارد.»

پس حق تغییر ضمانت اجراها را می‌توان در راستای نفع متوقع زیان‌دیده توجیه کرد. بدیهی است منظور طرفین از انعقاد قرارداد، رسیدن به نفعی است که پیش از انعقاد قرارداد برای آن‌ها حاصل نبوده و قرارداد می‌توانست آنان را به این موقعیت برساند. به همین دلیل اگر نقضی صورت بگیرد، زیان‌دیده آشکارا از این نفع محروم می‌شود. لذا ضمانت اجراهای در نظر گرفته شده باید با این غایت مطابق و دارای این ویژگی باشد (Medina, 2005: 64)، تا اگر زیان‌دیده نتواند با انتخاب ابتدایی یکی از راهکارهای جبرانی به هدف نهایی از انعقاد قرارداد واصل آید، بتواند راهکار جبرانی دیگری برگزیند که وی را به آنچه از انعقاد قرارداد در نظر داشته برساند.

#### ۴. اصول حاکم بر ضمانت اجرای نقض قرارداد در حقوق ایران

طبیعی است هر یک از طرفین قرارداد برای مقصودی خاص، به انشای معامله می‌پردازند و نیل به این هدف محرک ایشان خواهد بود. در حالیکه همیشه و در طول قرارداد، امکان نقض قرارداد وجود دارد. طبعاً نقض قرارداد نمی‌تواند وافی مقصود متعهدله باشد و در نتیجه نفع مورد انتظار او را تأمین کند لذا حقوق قراردادهای باید تمهیدی اندیشیده باشد که از نفع متوقع متعهدله حمایت کند؛ منفعتی که با توجه به مقتضیات امر و روال معمول می‌توانست حاصل شود، اما در اثر رفتار زیان‌زننده، متعهدله از آن محروم شده است (بابایی، ۱۳۹۵: ۵۳-۴۶). همچنین لزوم برآورده کردن انتظارات طرفین حین عقد، باید یکی از اهداف قانون‌گذار در جعل ضمانت اجراها باشد. قراردادن زیان‌دیده در موقعیت پیش از انعقاد قرارداد به معنای نادیده گرفتن مزایایی است که به صورت مشروع از قرارداد برای او حاصل می‌شود (رنجبر، ۱۳۹۵: ۲۶-۲۴). مهم‌ترین ابزارهایی که برای رسیدن به داعی و انگیزه قرارداد در نظر گرفته شده اصل قابل جمع بودن ضمانت اجراها و اصل عرضی بودن آن‌ها است که در این گفتار به بررسی از منظر حقوق ایران پرداخته می‌شود.

#### ۴-۱. اصل قابل جمع بودن ضمانت اجراها

در حقوق ایران، حق حبس، حق اجبار متعهد به انجام عین تعهد، حق انجام تعهد از سوی

متعهدله به هزینه ملتزم، حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارات قراردادی اعم از خسارات ناشی از انجام‌ندادن تعهد یا تأخیر در انجام آن، ضمانت اجراهای نقض قرارداد به شمار می‌روند.

در پاسخ به قابلیت جمع میان ضمانت اجراها و حق مطالبه خسارت در کنار اعمال فسخ، برخی نویسندگان معتقدند درباره آن دسته از خیاراتی که منشأ تحقق آن‌ها عملیات یا قصوری است که از ناحیه من علیه‌الخیار سرزده، مشارالیه از باب تسبیب مسئول بوده و ملزم به جبران خسارت طرفی است که به واسطه این قصور قرارداد را فسخ کرده است (نهرینی، ۱۳۸۶: ۲۶۶). فسخ از زیان‌هایی که قرارداد در آینده به وجود می‌آورد، جلوگیری می‌کند، اما زایل‌کننده زیان‌هایی که در اثر عهدشکنی ایجاد شده نیست؛ بنابراین مطالبه خسارت در کنار درخواست فسخ امکان‌پذیر است.

همچنین حق حبس<sup>۱</sup> با حق اجبار متعهد به انجام عین تعهد قابل جمع می‌باشد. حق حبس حقی عقلایی است که بر معاوضه مترتب می‌شود؛ بنابراین اگر یکی از طرفین قرارداد یا هر دوی آن‌ها از تسلیم مورد معامله به دیگری امتناع کنند، ذی‌نفع می‌تواند اجبار ممتنع را خواستار شود؛ زیرا حق قانونی محترم خود را مطالبه می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۶۲). حبس علاوه بر اجرای عین قرارداد می‌تواند خسارت ناشی از انجام‌ندادن تعهد را نیز خواستار شود؛ مشروط بر اینکه طرف مقابل حق حبس نداشته باشد؛ زیرا اگر طرف مقابل نیز به حق حبس خود استناد کند، مقصر نیست و در نتیجه مسئول خسارات ناشی از اجرای حق محسوب نمی‌شود.

امکان جمع میان اجرای عین قرارداد و وجه التزام مسئله‌ای اختلافی است. برخی حقوق‌دانان به جمع میان آن دو معتقدند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۶۶)؛ زیرا به‌زعم آن‌ها، وجه التزام تعهدی تبعی و فرعی است. برخی دیگر نیز امکان جمع میان آن دو را منتفی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۶۹)؛ چون ماهیت وجه التزام را خسارت می‌دانند. به نظر می‌رسد باید میان موردی که وجه التزام از بابت انجام‌ندادن تعهد است یا تأخیر در آن، قائل به تفکیک شد. چنانچه وجه التزام از بابت انجام‌ندادن تعهد باشد، مطالبه خسارت با التزام به ایفای تعهد قابل جمع نیست؛ زیرا منشأ حق مطالبه خسارت، از دست دادن نفع مورد انتظار و محروم‌ماندن از عوض قراردادی است و التزام به ایفای

۱. حق حبس: حق حبس عبارت است از این که هر یک از دو طرف معاوضه می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به تسلیم عوض قراردادی (اجرای تعهد) دیگری کند. اختیاری که بدون فسخ قرارداد، اجرای تعهد را به حال تعلیق در می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۷۸).

عین تعهد متعاقب آن، به مثابه انجام دوباره موضوع تعهد است. این امر سبب داشتن غیرعادلانه و مضاعف طرف قرارداد و برهم خوردن عوض قراردادی می‌شود؛ اما جایی که وجه التزام از بابت تأخیر در انجام تعهد باشد، با توجه به ماهیت خسارت و رسالت این نوع از ضمانت اجرا، مانعی در جمع آن دو ملاحظه نمی‌شود. باید به این موضوع نیز توجه داشت که قابلیت جمع میان خسارت تأخیر و الزام به ایفای عین تعهد، جایی است که تعهد و زمان اجرای آن به صورت تعدد مطلوب باشد.

مقررات موضوعه ایران، دیدگاه اخیر را پذیرفته است. چرا که براساس ماده ۳۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا: «هرگاه در سند برای تأخیر انجام تعهد، وجه التزام معین شده باشد، مطالبه وجه التزام مانع مطالبه اجرای تعهد نیست، ولی اگر وجه التزام برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد، متعهدله می‌تواند فقط یکی از آن دو را مطالبه کند».

بیان شد که مطالبه عین تعهد نافی مطالبه خسارت ناشی از تأخیر تعهد نیست. این موضوع در ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره شده است: «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی، یا به طور مستقل جبران خسارت ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به ادای حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، از خوانده مطالبه کند». همین طور در صورتی که متعهدله ابتدا الزام به ایفای تعهد را بخواهد، ولی بعد از صدور حکم مشخص شود الزام ممکن نیست یا هزینه‌بردار است، می‌تواند نسبت به مطالبه خسارت انجام‌ندادن تعهد اقدام کند (رنجبر، ۱۳۹۵: ۱۳۹). ماده ۶ قانون پیش‌فروش ساختمان نیز که پیش‌فروشنده را علاوه بر انجام تعهد، ملزم به جبران خسارت تأخیر می‌داند، بر این امر دلالت می‌کند (قنوتی، ۱۳۹۴: ۱۳۵).

به طور کلی به نظر می‌رسد در غیاب مقرره‌ای که جمع میان ضمانت‌های نقض قرارداد را منع کند، زیان‌دیده این اختیار را دارد که برای جبران خسارت‌های وارده، به گونه‌ای که انگیزه او از انعقاد قرارداد برآورده شود، میان ضمانت‌های اجرا جمع کند. برای تأیید این موضوع ماده ۳۸۶ قانون مدنی مقرر می‌کند: «در صورتی که اعمال بایع سبب گردد مشتری دارای حق فسخ شود، مشتری نه تنها می‌تواند قرارداد را فسخ کند، بلکه می‌تواند مخارج معامله و مصارف متعارف را نیز مطالبه کند». حکم مقرر در این ماده خصوصیتی نیست که آن را به مورد مصرح محدود کنیم، بلکه می‌توان از وحدت ملاک آن استفاده کرد و به دیگر موارد نیز تعمیم داد.

افزون بر ماده ۳۸۶ قانون مدنی، ماده ۸ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد: «در تمام مواردی که به دلیل تخلف فروشنده، پیش‌خریدار حق فسخ خود را اعمال می‌نماید، پیش‌فروشنده باید خسارت

وارده را بر مبنای مصالحه طرفین یا برآورد کارشناس مرضی الطرفین به پیش خریدار پیردازد.<sup>۱</sup> از ملاک این ماده هم می‌توان استفاده کرد و چنین نتیجه گرفت: الف- امکان جمع میان ضمانت اجراها وجود دارد؛ ب- امکان مطالبه خسارت در کنار استفاده از سایر ضمانت اجراها وجود دارد.

باید توجه داشت جمع میان ضمانت اجراها تنها هنگامی امکان‌پذیر است که با یکدیگر همگن باشند. پذیرش این امر عقلایی در حقوق ایران قابل دفاع است؛ بنابراین زیان‌دیده قراردادی نمی‌تواند هم قرارداد را فسخ کند و هم اجرای اجباری قرارداد را بخواهد.

#### ۴-۲. اصل عرضی بودن ضمانت اجراهای نقض قرارداد

در فقه امامیه درباره ترتیبی بودن یا نبودن حق خیار و حق اجبار دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. قائلان به ترتیبی بودن حق خیار و اجبار (مقداد، ۱۴۰۴: ۷۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۴: ۵۰۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶؛ انصاری، بی تا: ۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱۸؛ کرکی، ۱۴۱۱: ۱۰۲) به آیه «اوفا بالعقود» و «مقتضای عقد مشروط» استناد می‌کنند. «اوفا بالعقود» بر لزوم التزام طرفین به معامله دلالت دارد که از لوازم آن عدم جواز فسخ عقد بافرض وجود امکان اجبار است.<sup>۱</sup> «مقتضای عقد مشروط» دلالت بر این دارد که تعهد و التزام باید ایفا شود؛ خواه به گونه اختیاری و خواه قهری. در مقابل طرفداران هم‌عرض بودن اجبار با حق خیار (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۲۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۹۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸: ۲۸۱) به روایت ابن ابی‌الجارود، اصل لاضرر و نظر عرف استناد می‌کنند.

روایت ابن ابی‌الجارود دلالت بر آن دارد که اگر متعهد التزام را ایفا نکرد، متعهدله میان اجبار و حق فسخ مختار است<sup>۲</sup>، براساس قاعده لاضرر، اگر متعهد، تعهد خویش را نقض کند، قائل بودن به لزوم عقد، حکمی ضرری است و لاضرر این حکم را نفی می‌کند؛ پس باید فسخ در عرض اجبار باشد تا ضرری از باب لزوم عقد، به متعهدله وارد نیاید؛ زیرا در غیر این صورت یعنی ترتیبی بودن اجبار و فسخ، ضرر متعهدله از بین نمی‌رود و حکم ضرری که همان لزوم عقد است کماکان باقی است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۹۳). درنهایت دلیل عرفی بیانگر آن است که بنای عرف هنگام مواجهه با

۱. مقصود این است که جایی که امکان الزام وجود دارد، فسخ جایز نیست.

۲. «... عن ابن ابی‌الجارود عن ابی‌جعفر (ع) قال: ان بعث رجلاً علی شرط، فان اتاک بما لک و الّا فالبیع لک» (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۱۲-۴۰۹ به نقل از محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۴۶).

عهدشکنی، عدم لزوم قرارداد و تخییر میان اجبار و حق فسخ است (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۴۷-۲۴۴). برخی دیگر از فقیهان در این مسئله به مبنای فسخ تکیه دارند. به اعتقاد ایشان، اگر مبنای فسخ در مفهوم شرط نهفته باشد، حق فسخ در عرض حق اجبار خواهد بود. مراد از مفهوم شرط نیز تعلیق التزام به عقد در صورت تحقق شرط است؛ براساس این دیدگاه، اگر شرط تحقق نیابد، التزام به عقد منتفی خواهد بود و در این صورت فسخ هم عرض اجبار قرار می‌گیرد، لکن اگر مبنای فسخ، نفی ضرر یا بنای عقلا باشد، از آنجا که بنای عقلا دلیل لبی است، باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد. قدر متیقن از بنای عقلا آن است که حق فسخ در جایی خواهد بود که اجبار به مدلول شرط متعذر باشد و اگر مبنای فسخ نفی ضرر باشد، نظر به اینکه با اجبار مشروط علیه ضرر از میان خواهد رفت، فسخ پس از آن ایجاد می‌گردد (خویی، ۲۲۳: ۱۴۲۱-۲۲۶).

به نظر می‌رسد که حتی اگر مبنای فسخ، نفی ضرر یا بنای عقلا هم باشد، فسخ در عرض اجبار قرار می‌گیرد؛ زیرا همان‌طور که بیان شد اگر مشروط علیه به تعهد خود عمل نکند، اصرار بر باقی ماندن تعهد و در نظر گرفتن ضمانت اجرای اجبار، تأمین کننده حق نقض شده مشروطه نیست؛ درحالی که این انتظار از «لا ضرر» وجود دارد که دفع کننده منشأ ضرر که همان عقد مشروط است؛ باشد. از سوی دیگر، چگونه بنای عقلا می‌تواند در صورت نقض تعهد از سوی متعهد، تنها اجبار را ضمانت اجرای کافی بدانند؟ شخصی که تعهد خود را درحالی که آزادی خاطر دارد نقض می‌کند، در نظر عقلا دیگر قابل اعتماد نیست و هیچ تضمینی وجود ندارد که اگر سایه اجبار هم بر سر او باشد، تعهد خود را صادقانه ایفا کند. با توجه به این موارد به نظر می‌رسد از منظر فقه امامیه قول به هم عرض بودن حق فسخ و اجبار از پایگاه قوی تری برخوردار است.

در حقوق ایران، دیدگاه برخی حقوق دانان ناظر به ترتیبی بودن حق اجبار و حق فسخ است. به زعم ایشان «در سیستم حقوقی ایران، طبق خاصیت لزوم قراردادها از یک طرف و محدودیت راه‌های منحل ساختن آن از طرف دیگر، تا آنجا که بتوان قرارداد را اجرا کرد، فسخ قرارداد امکان ندارد و به صرف روبه‌رو شدن با خودداری طرف قرارداد نمی‌توان آن را بر هم زد.» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۳-۴۲)؛ زیرا «پیش‌بینی راه‌های اجرای قرارداد و جبران زیان‌های وارده را تا حد امکان به وسیله قانون، به اضافه مصلحت تأمین پایداری و ثبات قرارداد به اندازه کافی غیرقابل فسخ بودن



قرارداد<sup>۱</sup> را در سیستم حقوقی ایران توجیه می‌کنند.» (همان، ۱۷۷).

در مقابل برخی دیگر از نویسندگان با در نظر گرفتن مقتضیات کنونی، معتقدند «با توجه به مبنای خیار که بنای عقلاست، می‌توان گفت در چنین مواردی «حق فسخ» در عرض «حق اجبار» قرار می‌گیرد و اصرار بر ترتیب میان این دو فاقد وجهت منطقی است» (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۴۹). البته رویه قضایی در حقوق ایران، با نظریه طولی بودن ضمانت اجراهای نقض قرارداد هم‌سویی دارد. در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۱۴۶ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸ شعبه ۲۰ دادگاه عمومی تهران این دیدگاه انعکاس یافته است. مطابق با بخشی از منطوق این رأی: «... با توجه به اینکه خواسته مورد تقاضای خواهان بر الزام خوانده به انجام تعهدات قراردادی و یا مطالبات مالی مربوط است و بدو خواهان بایستی دعوی الزام به انجام تعهدات را درخواست نماید، نتیجتاً دعوی مزبور به کیفیت یادشده قابلیت استماع ندارد».

با وجود این، دیدگاه هم‌عرض بودن ضمانت اجراهای قراردادی در پرونده‌های معدودی، نظر دادگاه را به خود جلب کرده است. در پرونده‌ای با خواسته صدور حکم به فسخ قرارداد اجاره به شرط تملیک به علت امتناع خوانده از پرداخت چند فقره اقساط قرارداد، دادگاه با عدول از نظریه تقدم اجبار بر فسخ قرارداد و گرایش به رویکرد دیگر، بیان کرده است: «... با تنقیح مناط و اتخاذ ملاک از مقررات مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون مدنی و مواد ۳، ۴ و ۱۱ قرارداد اجاره، در صورت عدم ایفای تعهدات خوانده، برای خواهان حق فسخ ایجاد خواهد شد». در این رأی اگرچه به مفاد قرارداد اجاره استناد داده شده، با در نظر گرفتن اینکه دادرس به ملاک مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون مدنی در کنار مواد قرارداد اجاره استناد داده و آن‌ها را با «واو» عطف نموده است، به نظر می‌رسد به دیدگاه تخییری بودن فسخ و الزام متعهد تمایل داشته است.

به هر صورت جعل ضمانت اجرا برای تخلفات قراردادی بر این هدف استوار است که زیان دیده بتواند به منفعت مورد انتظار خویش دست یابد؛ بنابراین مهم است که اصل آزادی در به کارگیری ضمانت اجراها پذیرفته شود. قانون مدنی در مبحث نقض عهد، اشاره‌ای به ضمانت اجراهای متعدد نکرده است، اما در مواد مربوط به شروط ضمن عقد، در شرط فعل بیان کرده در صورت امتناع مشروط علیه، ابتدا باید اجبار صورت بگیرد، سپس به خرج ملتمز، شرط انجام شود و

۱. قراردادی را که یک طرف آن از اجرا خودداری می‌کند.

در نهایت و به عنوان راهکار نهایی، فسخ پذیرفته مطرح گردد.

ظاهر این مقررات نشان می‌دهد میان ضمانت اجراها ترتیب حاکم است، اما با در نظر گرفتن عدم تصریح قانون مدنی در مبحث نقض عقد- به طولی بودن ضمانت اجراها و مواد مربوط به اختیارات، به ویژه خیار تأخیر تأدیه ثمن- به نظر می‌رسد زیان دیده در انتخاب ضمانت اجرا آزادی دارد. قانون‌گذار در قوانین مربوط به موجر و مستأجر به صراحت از نظریه تقدم حق اجبار بر حق فسخ عدول کرده است و در صورت نقض تعهدات، حسب مورد به موجر یا مستأجر حق فسخ داده است. برای نمونه در ماده ۴۸۷ قانون مدنی فسخ اجاره را منوط بر عدم قدرت موجر بر منع مستأجر نسبت به تعدی و تفریط کرده است، اما در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، بند ۸ ماده ۱۴ این قید را زدوده و این حق را به موجر داده است که مستقیماً فسخ اجاره را از دادگاه بخواهد. صدر ماده ۱۴ قانون مرقوم، به صراحت حکایت از تخییر موجر در به کارگیری ضمانت اجرا دارد؛ این ماده قانون مقرر می‌دارد: «در موارد زیر موجر می‌تواند...»؛ البته در مقابل می‌توان به تفسیر ظاهری از موادی مانند ۲۳۷ و ۲۴۰ قانون مدنی پرداخت و علم مخالفت با این دیدگاه را برداشت، اما تفسیر غایی از مواد قانونی ما را به نتیجه دیگری رهنمون می‌کند که ابتدا ذکر شد. رویه قضایی نیز کم‌کم به این سو گام برمی‌دارد. در بخشی از دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۴۷۵ مورخ ۱۶ مهر ۱۳۹۷ دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان کامیاران استان کردستان به خواسته مطالبه وجه چک، فسخ قرارداد، استرداد ثمن معامله و مطالبه خسارات دادرسی) می‌خوانیم «به باور دادگاه ضمانت اجراهای شرط فعل یعنی الزام، انجام توسط ثالث و در نهایت فسخ موضوع ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی، نوعی جواز و رخصت است و نه ترتیب و الزام قانونی؛ بنابراین مشروطه حق دارد که به دلخواه هر یک از این طرق را برگزیند. با فرض اعتقاد به ضرورت رعایت این ترتیب نیز تردیدی نیست که حکم قانون درباره پیش شرط فسخ (الزام بدوی متعهد) قاعده‌ای تکمیلی است که متعاقدان به سهولت می‌توانند خلاف آن را مقرر دارند...».

به نظر می‌رسد با توجه به ملاک مقررات اخیر، بتوان ایده هم‌عرض بودن ضمانت اجراها را در حقوق ایران گسترش داد. همچنین اصل آزادی قراردادی که یکی از نتایج آن تعیین دلخواه مفاد قرارداد است، به طرفین این امکان را می‌دهد که درباره ضمانت اجراها رویه مطلوب را بیندیشند.

از سویی دادگاه در تفسیر مفاد قرارداد ابتدا باید اراده صریح طرفین را استنباط کند و در نبود آن ضروری است اراده ضمنی، سپس عرف را تکمیل کننده خلأهای قرارداد کند. همان گونه که در مبانی فقهی هم عرض بودن ضمانت اجراها مطرح شد، عرف هنگامی که نقض تعهد صورت می گیرد قائل به لزوم قرارداد و اجرای اجباری آن نیست و برای متعهدله حق فسخ در نظر می گیرد. در صورتی که این تفسیر پذیرفته شود، مقررات مربوط به شروط ضمن عقد صرفاً باید به مثابه قوانینی تکمیلی در نظر گرفته شود یا تنها ناظر به تعهدات فرعی و شروط ضمن عقد باشد؛ بنابراین آنچه اهمیت دارد، عمل کردن به اقتضای متعارف و برگزیدن رویکردی است که تأمین کننده اهداف و انتظارات طرفین از انعقاد قرارداد باشد.

##### ۵. هم سویی اصول حاکم بر ضمانت اجراها با التزام زیان دیده به کاهش خسارات

اگرچه ارزیابی خسارات بر مبنای نفع متوقع در اسناد DCFR, PECL و CESL قاعده ای اولیه محسوب می شود، لکن بر آورد خسارات بر اساس این معیار، مطلق نیست و شرایطی دارد (Chen-Wishart, 2008: 530). وفق اسناد PECL و DCFR عهدشکن رابطه قراردادی، مسئول خساراتی نیست که زیان دیده می توانسته با درپیش گرفتن اقدامات متعارف از کمیت آن بکاهد. ماده ۳:۳۰۱ DCFR و ماده ۱۵۸ CESL بر این تکلیف قانونی زیان دیده دلالت دارد (Chen-Wishart and Magnus, 2014: 679).

اصل آزادی انتخاب ضمانت اجراها و حق تغییر ضمانت اجرای انتخابی را می توان هم سو با قاعده «مقابله با خسارت» توجیه کرد. بر اساس این قاعده، زیان دیده وظیفه دارد اقدامات لازم را برای جلوگیری یا کاهش خساراتی که در نتیجه عدم انجام تعهد از سوی متعهد حاصل شده است، انجام داد (محقق داماد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۸۹: ۱۰۳). به طور مثال در مواردی که رجوع به دادگاه و الزام به ایفای تعهد سبب ورود خسارت بیشتر و از دست دادن فرصت های معاملاتی شود زیان دیده باید با انتخاب ضمانت اجرای مطلوب و تأمین موضوع تعهد از منبع دیگر، از بروز خسارات بیشتر جلوگیری کند. در غیر این صورت نباید ناقض قرارداد را مسئول خساراتی دانست که در نتیجه کاهلی یا اقدام نکردن به موقع و مناسب زیان دیده به بار آمده است؛ زیرا اگر زیان دیده به جلوگیری یا کاهش خسارت مکلف نباشد، این امر سبب به هدر رفتن منابع اقتصادی جامعه می شود. بر اساس مفاهیم اقتصادی هر مال در عین حال که به شخص معینی در جامعه اختصاص

دارد، بخشی از مجموعه اموال جامعه را تشکیل می‌دهد. در نتیجه تلف شدن آن اگرچه ممکن است برای متعهدله جبران‌شدنی باشد، این اثر منفی را دارد که از مجموع اموال جامعه کاسته خواهد شد (Chitty and Beale, 2004: 1479).

همچنین اسناد DCFR و PECL علی‌القاعده، متعهد را مسئول خسارت‌هایی می‌داند که تصور می‌کرده یا انتظار می‌رفت به عنوان یکی از نتایج نقض قرارداد، پیش‌بینی کند. قابلیت پیش‌بینی خسارت هنگام انعقاد قرارداد، این امکان را به متعهد می‌دهد که از همان ابتدا به برآورد هزینه‌های نقض تعهد پردازد؛ البته در DCFR در صورتی که عهدشکنی عامدانه یا ناشی از تقصیر خیلی سنگین باشد، قابلیت پیش‌بینی خسارات در جبران دخیل نخواهد بود (Chen-Wishart and Magnus, 2014: 679-680).

### نتیجه‌گیری

از مجموع مباحث این نتیجه حاصل می‌شود که اصل آزادی انتخاب ضمانت اجرای کارآمد، قابلیت جمع میان ضمانت اجراهای همگن و حق تغییر ضمانت اجرای انتخابی به‌مثابه سه اصل مستقل و مسلم در اسناد PECL, DCFR و CESL به‌منظور حمایت از نفع متوقع زیان‌دیده پذیرفته شده است. این اسناد با تبیین ضمانت اجراهای متناسب با اوضاع و احوال حاکم بر هر قرارداد، در صدد تأمین داعی مورد انتظار طرفین از انعقاد قرارداد هستند؛ براساس مبانی نظری نفع متوقع، حقوق قراردادی ذاتاً مال محسوب می‌شود و متعهد با اراده خود (تعهد) یا عملی را که در آینده انجام می‌دهد به متعهدله تملیک می‌کند و بر دارایی او می‌افزاید، پس نقض قرارداد به منزله کاستن از این دارایی است.

در حقوق ایران با توجه به مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ و مواد ۴۷۶، ۳۷۶ و ۵۳۴ قانون مدنی اصل بر الزام به ایفای عین تعهد به عنوان ضمانت اجرای ابتدایی است؛ در حالی که انعقاد قرارداد در وهله نخست برای دستیابی به نفع مدنظر شخص از انعقاد قرارداد است. حال اگر متعهد عهدشکنی کند، با رعایت اصل حسن‌نیت و منع سوءاستفاده از حق اختیار، در پیش گرفتن راهکار جبرانی باید با زیان‌دیده باشد تا برای جبران کامل خسارات خود با گزینش ضمانت اجرای مطلوب تدبیری باندیشد. اعتقاد مطلق بر تقدم ضمانت اجرای الزام به ایفای تعهد، بدون در نظر گرفتن شرایط حاکم بر اجرای قرارداد، کارایی ندارد و سبب از دست رفتن فرصت‌های معاملاتی، افزایش حجم

دعاوی و ورود خسارات مادی و معنوی فراوانی به متعهدله می‌شود. پیچیدگی روابط اقتصادی، اقتضای اصل سرعت در معاملات و جلوگیری از سوءاستفاده شخص متعهد در فرایند طولانی الزام به ایفای تعهد و درنهایت فسخ، ضرورت بازنگری در این مواد و تبیین ضمانت اجراها را متناسب با انگیزه اولیه از انعقاد قرارداد آشکارتر می‌کند.

برای بیان مصادیق آزادی انتخاب و گزینش ضمانت اجراهای مطلوب، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: درباره اموال غیرمنقول که عین مورد معامله، مطلوبیت ذاتی دارد، یا قراردادهایی که موضوع آن عین معین یا کالای منحصر به فردی است که انگیزه متعهدله دست‌یافتن به آن عین مورد نظر است، متعهدله می‌تواند الزام متعهد به ایفای عین تعهد را بخواهد؛ همان‌طور که ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی مقرر کرده است: «هرگاه محکوم به عین معین منقول و یا غیرمنقول باشد و تسلیم آن به محکوم‌له ممکن باشد، دادورز عین آن را گرفته و به محکوم‌له می‌دهد.» اما در حوزه حقوق مصرفی که موقعیت مورد انتظار متعهدله از طریق منابع دیگر نیز تأمین شدنی است، متعهدله می‌تواند با فسخ قرارداد و مطالبه خسارت به هدف نهایی خود از قرارداد نائل آید. چنانچه ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ مقرر می‌دارد: «... در صورت وجود عیب و عدم انطباق کالا با شرایط تعیین‌شده... چنانچه موضوع معامله جزئی (عین معینه) باشد، مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند یا ارزش کالای معیوب و سالم را مطالبه نماید و فروشنده موظف است پرداخت کند.» یا در تعهدات قائم به شخص که انجام تعهد به مباشرت متعهد وابسته است و اجرای عین تعهد متعذر گردیده، متعهدله بتواند قرارداد را فسخ کند؛ چنانچه در مواد ۲۳۹ و ۲۶۸ قانون مدنی مقرر شده است.

ملاحظه می‌شود که پذیرش هم‌عرض بودن ضمانت اجرای الزام به ایفای تعهد، فسخ و یا تفسیر آن بر مبنای نفع مورد انتظار طرفین می‌تواند گامی مؤثر برای کاستن هزینه‌ها، حصول بالاترین میزان کارایی و بازداشتن از انگیزه فرصت‌طلبی در فرایند معامله باشد. از آنجا که ضمانت اجرای نقض قرارداد برای تمام اشخاصی کاربرد دارد که به‌نوعی درگیر قرارداد هستند، از جمله مجریان قرارداد، نهاد داور و محاکم دادگستری، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار نگاهی طریقت‌گرا به مکانیسم‌های جبرانی به‌ویژه الزام به ایفای تعهد و فسخ داشته باشد و به تدوین آن‌ها با نگرش نوین و معیارهای حقوقی و اقتصادی بپردازد تا بدین وسیله کارایی حقوق قراردادها را بهینه‌تر نماید.

## کتاب نامه منابع و مآخذ

- امامی، سید حسن. (۱۳۸۴). *حقوق مدنی*. جلد ۱. چاپ ۲۵. تهران: سمت.
- انصاری، مهدی. (۱۳۹۰). «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق». *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*. دوره ۴. شماره ۱. صص ۳۹-۵۷.
- انصاری، مهدی. (۱۳۹۳). *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*. چاپ ۲. تهران: میزان.
- بابایی، ایرج. (۱۳۹۴). *حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد*. چاپ ۱. تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). *دایره‌المعارف حقوق*. جلد ۱. دانشنامه حقوقی. تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
- رنجبر، مسعودرضا. (۱۳۹۵). *تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد*. چاپ ۳. تهران: میزان.
- شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۵). *حقوق تعهدات*. مطالعه تطبیقی طرح اصلاح حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی. چاپ ۲. تهران: شهر دانش.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). *آثار قراردادها و تعهدات*. جلد ۳. چاپ ۱. تهران: مجد.
- صفایی، سید حسین و الفت، نعمت‌اله. (۱۳۸۹). «*اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد*». *مجله حقوق تطبیقی*. دوره ۵ (۱۶). شماره ۲ (۷۹). صص ۴۳-۶۲.
- عبدی‌پور فرد، ابراهیم و پرهیزگار، عبدالرضا. (۱۳۹۴). «*بررسی تطبیقی مبانی التزام به عقد با تأکید بر نظریه اعتماد*». *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*. شماره ۴. صص ۶۷-۹۲.
- قنواتی، جلیل؛ سکوتی، نیما و حسین‌زاده، جواد. (۱۳۹۴)، «*ضمانت اجراهای نقض تعهدات ماهوی قانون پیش فروش ساختمان*»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۷۱، صص ۱۲۵-۱۴۸.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). *نظریه عمومی تعهدات*. چاپ ۳. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). *قواعد عمومی قراردادها*. جلد ۴، چاپ ۹. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق‌داماد، سیدمصطفی. (۱۳۹۵). *نظریه شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. چاپ ۴. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق‌داماد، سید مصطفی و جعفری خسروآبادی، نصراله. (۱۳۸۹). «*بررسی قاعده مقابله با خسارت براساس فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران*». *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*. شماره ۲. ۱۰۳-۱۱۸.
- نهرینی، فریدون. (۱۳۸۳). *ماهیت و آثار فسخ قراردادها در حقوق ایران*. تهران: گنج دانش.

## عربی

- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸). *حاشیه بر مکاسب*. جلد ۵. قم: انوار الهدی.
- انصاری، مرتضی. (بی‌تا). *مکاسب*. جلد ۶. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. جلد ۲۵. قم: جامعه مدرسین.
- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد. (۱۴۱۸). *مفتاح‌الکرامه*. جلد ۲. دارالتراث. لبنان: بیروت.

- ◀ خويى، محمد تقى. (۱۴۱۳). *الشروط أو الالتزامات التبعية فى العقود*. جلد ۱. بيروت: دارالمورخ العربى.
- ◀ طباطبايى يزدي، سيد محمد كاظم. (۱۳۷۸). *حاشيه بر مكاسب*. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- ◀ كر كى، على بن حسين. (۱۴۱۱). *جامع المقاصد*. جلد ۵. چاپ ۱. مؤسسه آل بيت.
- ◀ مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴). *التنقيح الرافع من المختصر النافع*. قم: كتابخانه مرعشى.
- ◀ موسوى خمينى، سيد روح اله. (۱۴۲۱). *البيع*. جلد ۵. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره).
- ◀ نجفى، محمد حسن. (۱۴۰۴). *جواهر الكلام*. ج ۲۵. تهران: دارالمكتب الاسلاميه.
- ◀ نراقى، احمد بن محمد. (۱۴۱۵). *مستند الشيعه لاحكام الشريعه*. چاپ آل البيت لاحياء التراث.

### (ب) منابع خارجى

- Antonioli, Luisa and eneziano, Anna. (2005). *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, Netherland. Kluwer Law International.
- Barnett Katy and Harder, Sirko. (2014). *Remedies in Australian Contract Law*. New York. Cambridge University Press.
- Beatson. J Burrows, Andrew S and Cartwright John. (2016). *Anson's Law of Contract*. Londons. Oxford University Press. 30<sup>th</sup>ed.
- Bix, Brian H. (2012). *Contract Law :Rules ,Theory and Context*. New York. Cambridge University Press.
- Busch, D. (2002). *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*. Hague. Kluwer Law International.
- Chen-Wishart, Mindy (2008). *Contract Law*. New York. Oxford University Press, 2<sup>nd</sup>ed.
- Chen-Wishart, Mindy and Magnus Ulrich. (2014). *Termination ,Price Reduction and Damages ,in The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, UK. Oxford University Press.
- Chitty Joseph, Beale Hugh H. (2004). "Chitty on Contract". Vol 1. 29<sup>nd</sup>ed, Sweet and Maxwell Publishing.
- Cooter R, Ulen T. (2000). *Law and Economics*. 3<sup>rd</sup>ed. Addison Wesley Longman.
- Cotter R, Eisenberg M. A. (1985). "Damages for Breach of Contract". *California Law Review*. Vol 73. No 5.
- Fuller, L. L and Perdue, William R. Jr. (1937). "The Reliance Interest in Contract Damages". *The Yale Law Journal*. Vol 46. No 3. PP 373-420.
- Gold, Andrew S. (2009). "A Property Theory of Contract". *Northwestern University Law Review*. Vol 103. No 1. PP 1-62.
- Hsieh, Lawrence. (2017). *Business Law. A Graphical Approach*. New York. Wolter Kluwer.
- Markesinis Basils S, Unberath Hannes and Johanston Angus. (2006), *The German Law of Obligation In German*. USA. Hart Publishing.
- MCKendrich, Ewan. (2017). *Contract Law*. London. Palgrave Publishing. 12<sup>th</sup>ed.

- Medina, Barak. (2005). *Comparative Remedies for Breach of Contract*. edited by Nili Cohen and Ewan Mc Kendrick. US. Hart Publishing.
- Meyer, Lars. (2010). *Non-performance and Remedies under International Contract Law Principles and Indian Contract Law*. Deutsche. Peter Lang publishing.
- Posner, Richard. (1998). *The Problematic of maral and legal theory*. Harvard law review. at: <[http:// www. jstorog.>](http://www.jstorog.>)
- Richard Stone, James. (2015). *The Modern Law of Contract*. London. Routledge, 11<sup>th</sup>ed.
- Schlechtriem, Peter and Butler, Petra. (2008). *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*. Heidelberg. Springer Publishing.
- Schmidt-Kessel, Martin. (2007). *Remedies for Breach of Contract in European Private Law :Principles of European Contract Law. Acquis Communautaire and Common Frame of reference*, in: *New Features in Contract Law*. edited by Reiner Schulze. Germany. Sellier Publishing: 183-197.
- Schmidt-Kessel, Martin. (2009). *The Right to Specific Performance under the DCFR*. in *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics* , edited by Gerhard Wagner. Germany. Sellier: 69-87.
- Schmidt-Kessel, Martin, Silkens Ev. (2015). *Breach of Contract,in European Perspectives on the Common European Sales Law*. Switzerland. Sriger.
- Shavell, Steve.n (2006). *Is Breach of Contract?* In: *Emory Law Journal*. available in: <http://kie.vse.cz/wp-content/uploads/5IE471-Shavell-2006-Is-breach-immoral.pdf>.
- Slawson, W, David. (2003). “Why Expectation Damages for Breach of Contract Must Be the Norm ,A Refutation of the Fuller and Perdue”. *Tree Interests Thesis*. Nebraska Law Review. Vol 81. No 3. PP 839-868.
- Ulen, Thomas S. (1984). “The Efficiency of Specific Performance. Toward a Unified Theory of Contract Remedies. Michigan Law Review”. Vol 83. No 2. PP 341-403.
- Von Bar, Christian. (2009). *Principles ,Definitions and Model Rules of private-* <[law\\_en.pdf](http://www.law.virginia.edu/pdf/online/0607/adler.pdf)>
- Adler, Barry E. (2007). *Efficient Breach Theory through the Looking Glass*. Online Available in: <http://www.law.virginia.edu/pdf/online/0607/adler.pdf>: 2018/4/17
- Markovits, Daniel and Schwartz, Alan. (2012). *The Expectation Remedy Revisited*. Faculty Scholarship Series. Paper 4730 online available at: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4730](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4730) :20/5/2018. >