

فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضائی  
مقاله پژوهشی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۲، تابستان ۱۴۰۲، صفحات ۹۷ تا ۱۲۶  
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۰۵

## تحلیل اقتصادی - تطبیقی نظریه نقض کارآمد با مسئولیت قراردادی در حقوق ایران، فرانسه و کامن‌لا

جلال سلطان احمدی | دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت

مدرس، تهران، ایران

زهرا وطنی | استادیار گروه فقه و حقوق، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران،

ایران

معصومه زمانیان\* | دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق،

پیام نور تهران جنوب، تهران، ایران

### چکیده

یکی از اسباب مسئولیت قراردادی، نقض تعهد از سوی متعهد است که در پی آن متعهدله می‌تواند با توسل به ضمانت اجرای حقوقی با چنین نقضی مقابله کند. راهکار معمول در حقوق ایران و فرانسه به‌عنوان یک قانون نوشته این است که مسئولیت مطلق اجرای عین تعهد بر عهده متعهد و وی در هر شرایطی ملزم به پای‌بندی به قرارداد است؛ البته این راهکار در قانون کنونی فرانسه پس از اصلاحات ۲۰۱۶ تغییر یافت و به راهکارهای حقوق کامن‌لا نزدیک شد. در حقوق کامن‌لا با اتکا بر اصل «لزوم تحصیل مطلوب قرارداد»، نقض قرارداد در صورت ضرری بودن اجرای معامله به دلایلی همچون نوسانات بازار یا سودمندتر بودن عدم اجرای قرارداد از اجرای آن، امری عقلانی تلقی و امکان آن پذیرفته شد و علی‌رغم اینکه براساس نوع نقض رویه‌های متفاوتی در نظر گرفته شده است، اما همچنان دچار چالش ایرادات اخلاقی است. این تحقیق با هدف امکان‌سنجی حکم به جواز نقض کارآمد در نظام حقوقی ایران با روش توصیفی - تحلیلی به تطبیق این نظریه با ارکان و مسلمات این نظام حقوقی و بررسی ایرادات وارد بر آن، به‌ویژه اشکال منافات با اخلاق می‌پردازد. مطالعه نظام‌های پذیرنده این نظریه نشان می‌دهد، می‌توان در عین مباح شمردن نقض با هدف اجتناب از ضرر ناشی از اجرا، کسب سود بیشتر از سود اجرا و یا با جلب

رضایت طرف مقابل، از ایرادات اخلاقی نیز به دور ماند که لزوم رعایت ملاک پارتو نقش چشمگیری در رفع این اشکال ایفا می‌کند. با اثبات امکان به‌کارگیری سه عنصر «جایگزینی مطلوب به جای عین»، «تکلیف متعهدله به کاستن خسارت» و «مسئولیت ثالث» در نظام حقوقی ایران، پذیرش نظریه اباحه نقض را تسهیل می‌کند.

**واژگان کلیدی:** نقض کارآمد، تعهدات قراردادی، مسئولیت ثالث، کاستن خسارت، دیدگاه ابزاری، شرط عدم مسئولیت.

### مقدمه

خودداری از پای‌بندی به تعهدات قراردادی و کنش‌های خلاف آن، در نظام فایده‌گرایی اخلاقی<sup>۱</sup> یا پیامدگرا (قضاوت اعمال براساس نتایج و پیامدها) به خلاف نظام مبتنی بر اصالت ارزش<sup>۲</sup> (قضاوت براساس نتایج نیست، بلکه وظیفه‌شناسی کارگزار عاقل در برابر دیگران ملاک است)، ممکن است دچار تقبیح و مذمت نشده و حتی نیکو شمرده شود.

اصالت ارزش، یعنی مطلوبیت ذاتی وفاداری و پای‌بندی (Eisenberg, 2005: 8) و تأثیرناپذیری آن از نتایج، که سبب می‌شود قانون و اخلاق متعهد یک قرارداد را ملزم به اجرای تعهد (Kant, 1994: 389-9) و فاقد حق نقض قرارداد بدانند که اصطلاحاً اصل لزوم قراردادها نام می‌گیرد. در مقابل پیامدگرایی بدین معناست که ارزش اعمال، نه ذاتی، بلکه وابسته به نتایج آن‌هاست: مطلوبیت پیامد مترادف عادلانه بودن آن عمل و وجود پیامد بد به معنای ناعادلانه بودن آن عمل است (Bentham, 1789: 11-33). براساس این نظریه، در حقوق قراردادی، فایده‌مند بودن نقض (اعم از سودآوری یا ممانعت از ضرر و حتی اتفاق نظر طرفین به هر دلیلی)، دلیل اباحه نقض قرارداد و عدم لزوم پای‌بندی به آن دانسته می‌شود (Holmes, 1881:301). بدین معنا که اصل بر لزوم قراردادها نیست، بلکه هر قراردادی بسته به اینکه لازم بودنش مفیدتر است یا جواز اباحه نقضش، تعیین تکلیف می‌شود. در زمان دریافت پیشنهاد خرید کالایی که قبلاً به دیگری فروخته شده است، لزوم پای‌بندی فروشنده به قرارداد نخست یا امکان نقض آن به انضمام پرداخت خسارت به خریدار اول و انعقاد قرارداد با خریدار دوم به نوع نظام حقوق قراردادی حاکم بستگی دارد. این حکم که نظریه نقض کارآمد نامیده شده، از مهم‌ترین اختلافات این دو تفکر است.

1. Utilitarian system of ethics

2 . Deontological

در نظام حقوق قراردادی غیرپیامدگرا، فروشنده به حکم قانون و اخلاق وظیفه دارد قرارداد با خریدار نخست را اجرا کند و حق خریدار بر الزام فروشنده به اجرای قرارداد از «قاعده مالکیت»<sup>۱</sup> ناشی می‌شود (انصاری، ۱۳۷۸/۶: ۷۰؛ نجفی خوانساری، ۱۴۲۱ق/۲: ۱۳۴) و با توجه به لزوم پای بندی فروشنده به قرارداد، پیشنهاد شخص ثالث به خرید همان مبیع، باید به خریدار نخست که به موجب قرارداد اول، مالک مبیع شده است ارائه شود، نه به فروشنده‌ای که دیگر پس از قرارداد، حتی بر کالا ندارد (Calabresi & Melamed, 1972: 1089). در حالی که براساس دیدگاه پیامدگرا، فروشنده می‌تواند در صورت انتفاع، اقدام به نقض قرارداد با خریدار نخست کند و ضمن پرداخت خسارت به وی، با خریدار دوم قرارداد فروش منعقد نماید. در این وضعیت حق خریدار نخست بر فروشنده ناشی از «قاعده مسئولیت»<sup>۲</sup> است و منفعت خریدار نخست با الزام فروشنده ناقض قرارداد به جبران خسارت خریدار مورد حمایت قرار می‌گیرد. در واقع، موضوع نظریه نقض کارآمد، ارائه تحلیلی است که جواز و اباحه پیمان شکنی را در صورتی که از نظر اقتصادی مفید باشد و یا حتی فراتر از این، اگر تقصیر عمدی از نظر اقتصادی کارآمد باشد صادر کند. علی‌رغم ایراد اساسی «خلاف اخلاق بودن نقض»، نقض با این شرایط را نباید به آسانی «بی‌اخلاقی» توصیف کرد. ملاک عدم ورود زیان به دیگران و لزوم رعایت معیار پارتو (بدتر از قبل نشدن وضعیت هیچ کدام از طرفین و بهتر شدن وضعیت حداقل یک نفر) تا حد زیادی می‌تواند ایراد مخالفت این نظریه با اخلاق را مرتفع کند. با این حال نسبت‌سنجی جواز نقض با اخلاق معاملاتی که بر مبنای تقویت حداکثری اعتماد طرفینی و بالمآل افزایش سرمایه اجتماعی به‌عنوان لازمه تداوم و تقویت نظام اقتصادی است اجتناب‌ناپذیر است.

در نظام‌های حقوقی سنتی، خسارات قراردادی به‌منظور تنبیه ناقض قرارداد وضع شده است و راهی برای الزام متعهد به اجرای تعهدات قراردادی محسوب می‌شود. در واقع از آنجا که در دیدگاه اخلاقی، قرارداد التزامی اخلاقی و نقض قرارداد خطایی اخلاقی محسوب می‌شود، خسارات قراردادی، تنبیه ناقض و یا مانعی برای نقض این التزام اخلاقی تلقی می‌شود. از سوی دیگر در نگاه ابزاری به حقوق قرارداد و در تحلیل اقتصادی حقوق که قراردادها وسیله تحصیل کارآیی اقتصادی و افزایش ثروت محسوب می‌شوند، هدف از وضع خسارات قراردادی نه الزام متعهد به اجرای التزام خود، بلکه جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد است که به جهت تأمین کامل آنچه با نقض

---

1. Property Rule

2. Liability Rule

قرارداد از دست رفته به نظر می‌رسیده است، جایگزین کافی برای اجرای عین تعهد تلقی می‌شود. با چنین پیش‌فرضی محتمل است که هرکدام از اطراف معامله با اطمینان به اینکه حتی با جبران کامل خسارت وارده به طرف متضرر، برهم زدن قرارداد هم چنان برایش سودآور است، سود و صرفه خود را در امتناع از اجرای قرارداد بباید. چنین نقضی چون از لحاظ اقتصادی سودمند است، بدین معنا که یا بیش از التزام به عهد، سودآور است و یا حداقل از ضرر بیشتر جلوگیری می‌کند، مورد حمایت و تشویق صاحبان نگاه ابزاری به حقوق و طرفداران تحلیل اقتصادی حقوق است. اما این تفکر از منظر دیدگاه اخلاقی که نقض قرارداد را شکستن یک عهد به‌شمار می‌آورد، مذموم و توجیه‌ناپذیر است. بنابراین دو مکتب اخلاقی - التزامی و مکتب ابزاری در حقوق قرارداد درخصوص حکم نقض قرارداد و اباحه یا ممنوعیت آن دارای تضاد و اختلاف فاحش هستند. همچنین دو دیدگاه ابزاری و دیدگاه اخلاقی در مورد اینکه آیا کارآیی اقتصادی هدف منحصر (یا حداقل هدف غالب) حقوق قراردادهاست و یا اهداف دیگر مانند اخلاق، عدالت و انصاف نیز به‌عنوان اهداف سنتی حقوق، باید هم چنان محور عمل باشند؟، دارای اختلاف هستند. هرچند اندیشمندان حقوق و به‌ویژه اقتصاددانان، کارآیی را به‌عنوان مطلوب و هدف در حقوق تلقی می‌کنند، اما باید گفت حقوق می‌تواند در عین حال در خدمت هر دو باشد: به نحوی کارا از منابع استفاده کند و در خدمت تأمین اخلاق و عدالت در جامعه نیز باشد (بابایی، ۱۳۸۶: ۵۲).

از دیدگاه اقتصادی، هدف اصلی حقوق قراردادی، تسهیل تحقق هدف کسب سود متعاقدين به‌صورت کارآمد است. از آن‌جا که گاه بنا به دلایلی همچون تغییر شرایط جامعه و یا طرفین، هزینه اجرای قرارداد بیشتر از منافع آن برای ایشان (Cooter & Ulen, 2000: 238) و در نتیجه عدم اجرای تعهد، سودمندتر از اجرای آن است، نقض کارآمد را می‌توان طریقی برای نیل به هدف یادشده دانست (ibid). همچنین در فرض پذیرش قاعده کاهش خسارت، جبران خسارتی که به‌عنوان گام بعدی اجرای اجباری اعتبار شده است، به‌سبب، الزام متعهدله به کاستن از خسارت، آورده چندان برای وی ندارد و کارآمدی نقض آشکارتر و مورد اقبال بیشتر خواهد بود. در این تحقیق پس از برشماری انواع نقض و سپس ایرادات وارد بر آن، به بررسی مسئولیت اطراف قرارداد و نیز ثالث و در ضمن آن به مطالعه دو نگاه ابزاری و اخلاقی به معامله پرداخته خواهد شد.

## ۱. انواع نقض قرارداد

در هر قراردادی رخداد نقض می‌تواند تابع یکی از عناوین ذیل باشد: ۱) نقض به منظور کسب سود بیشتر (نقض سودآور)؛ ۲) نقض به منظور جلوگیری از ضرر (نقض کارآمد)؛ ۳) نقض کارآمد با رضایت متعهدله.

### ۱-۱. نقض به منظور کسب سود بیشتر

در قسم نخست، نقض زمانی اتفاق می‌افتد که یکی از طرفین متوجه شده یا تصور کرده است در قراردادی دیگر و خارج از این رابطه قراردادی، سود بیشتری به وی تعلق می‌گیرد. نمونه بارز این رخداد بازفروش کالا است که در آن فروشنده پیش از تسلیم کالای فروخته‌شده به خریدار، مجدداً آن را به شخص ثالثی که قیمت بهتری برای آن پیشنهاد می‌دهد، می‌فروشد که در عمل سبب می‌شود بدون آنکه کسی در وضعیت بدتری واقع شود، حداقل برخی طرف‌های قرارداد در وضعیت بهتری قرار گیرند، زیرا متعهد مبلغ بالاتری دریافت می‌کند، پیشنهاددهنده بالاتر که ارزش بالاتری بر موضوع قرارداد می‌گذارد، مشخصاً در وضعیت مطلوب‌تری قرار می‌گیرند و متعهدله نخست نیز، اگرچه که قربانی نقض عامدانه قرار داده شده است، اما در وضعیت بدتری قرار نمی‌گیرد، زیرا خسارت‌های خود را دریافت کرده و حداقل در وضعیت سابق قرار گرفته است (Markovits & Schwartz, 2011: 1937).

در مثال دیگر سازنده‌ای سفارش ساخت سودآوری دریافت می‌کند و با توجه به چشمگیر بودن سود آن را می‌پذیرد، در حالی که به سبب محدودیت ظرفیت تولید کارگاهش، اتمام و انجام قرارداد قبلی وی ممکن نیست (Posner, 2014:133). کارگری که قرارداد کاری خود را با هدف قبول پیشنهادی سودمندتر از ناحیه کارفرمای دیگر نقض می‌کند، نیز مصداق همین مورد است (Cooter & Ulen, 2011: 241; Friedman, 1989: 5). در مثال دیگر، راننده یک تاکسی، مسافری را برای رساندن به مقصد معینی می‌پذیرد، اما پس از طی قسمتی از مسافت، مسافر دیگری پیشنهاد بهتری به صورت دربست برای مسیر دیگری به وی می‌دهد. «کارآیی اقتصادی» که تحلیل اقتصادی آن را مبنای اباحه رخدادهای حقوقی‌ای همانند فسخ و نقض قرارداد شمرده است، در مثال‌های فوق ظهور و بروز دارد. در واقع در نقض به منظور کسب سود بیشتر، عدم اجرای تعهد، سودمندتر از اجرای آن است که این، سودمندی کارایی اقتصادی نام می‌گیرد.

1. profitable breach

2. efficient breach

### ۲-۱. نقض به منظور جلوگیری از ضرر

از لحاظ اقتصادی، مزیت نقض قرارداد در نقشی است که در تحقق و یا افزایش کارایی دارد، با این توضیح که در تحلیل اقتصادی، مبنای قواعد حقوقی از جمله نقض قرارداد باید کارایی اقتصادی باشد. بدین ترتیب در شرایط فزونی زیان‌های ناشی از اجرای تعهد بر منافع آن، و با غلبه سود ناشی از نقض قرارداد بر اجرای آن، اجرای قرارداد مغایر با کارایی اقتصادی است و حق رها شدن از چنین قراردادی نمی‌تواند منحصر به متعهدله باشد. بنابراین اگر کارایی را مبنای حق فسخ بدانیم می‌توان برای متعهد نیز به منظور حصول کارایی، حق فسخ (نقض) قرارداد را قائل شد. برخی معتقدند وضعیت عمومی و رایج‌تر و در نتیجه واقعی‌تر نقض قرارداد، نقض به منظور اجتناب از ضرر (و نه به جهت کسب سودهای مستقیم) است (Campbell, 2001: 689). با این بیان که در بسیاری مواقع، به دلایل متعددی همچون نوسانات بازار، اجرای قرارداد، متضمن هزینه‌ای بیش از قیمت مورد توافق است. در چنین وضعیتی اگر متعهد بتواند با پرداخت خسارت به متعهدله با مبلغی پایین‌تر از هزینه اجرا، خود را از اجرای قرارداد و هزینه بیشتر برهاند، مسلماً اجرای قرارداد غیرعقلانی و موجب اتلاف است که با اصول اقتصادی و تحلیل اقتصادی قرارداد تعارض خواهد داشت (ibid: 658). در این فرض قرارداد، به منظور کاهش هزینه‌ها و دفع ضرر بیشتر صورت گرفته است که می‌توان گفت در واقع به سبب همین تخلص از ضرر بیشتر به نوعی سودآور بوده است. اباحه نقض، در واقع با ممکن ساختن تخلص از الزامات غیر مترقبه و پیش‌بینی نشده برای طرفین در شرایطی که ادامه اجرا مستلزم هزینه گزاف و موجب اتلاف و ضرر است، باعث انعطاف‌پذیری در سیستم تبادلات می‌شود (ibid: 690). و بر همین اساس نقض که فراهم‌آورنده فضایی برای آزادی عمل حیاتی برای کارکرد اقتصادی بازار است باید مورد توجه و نگاه جدی قرار گیرد (Campbell & Harris, 2002:210; Campbell, 2001:110).

در وضعیت موصوف، بقای در رابطه قراردادی و اقدام به ایفای تعهدات، متضرر شدن حداقل یکی از طرفین و یا اتلاف منابع را در پی دارد. به‌عنوان نمونه پس از انعقاد قرارداد سفارش طراحی و راه‌اندازی پایگاهی اینترنتی، سفارش‌دهنده پیش از اتمام کار، درمی‌یابد پیشرفت‌های علمی و فنی پرسرعت نیاز وی به این پایگاه را برطرف کرده است و لزومی به ساخت و راه‌اندازی آن نیست. در چنین وضعیتی، روشن است که حکم به لزوم اجرای قرارداد و اجبار به طراحی و راه‌اندازی پایگاه موصوف، تلف شدن منابع مالی و انسانی را سبب می‌شود (Friedman, 1989: 9). ممانعت از اتلاف سرمایه در گرو صدور جواز نقض قرارداد برای سفارش‌دهنده است تا وی بتواند در ضمن

جبران خسارت طرف مقابل (که کم تر از خسارت وارده در اثر اجرای قرارداد خواهد بود)، از این اجراها شود.

درواقع اجازه نقض کارآمد به منظور به حداقل رسانیدن هزینه‌ها، جایگزین و جبرانی برای عدم علم طرفین به آینده است، زیرا طرفین اگر قادر به پیش بینی کامل آینده بودند، این احتمال و امکان را منظور می‌کردند و در قرارداد می‌گنجانیدند (ibid: 46). عدم تمایل متعاقدین منطقی به تداوم و اجرای قرارداد در وضعیتی که هزینه اجرا از ارزش آن پیشی گرفته است، سبب می‌شود بتوان گفت اباحه نقض از جمله آثاری است که در قلمرو قصد مشترک طرفین قرارداد قرار گرفته است و درواقع نقض به منظور به حداقل رسانیدن هزینه‌ها جزو شروط بنایی و ضمنی قرارداد است که قرارداد ناقص متعاقدین را تکمیل و اصلاح می‌کند. بنابراین با فرض کامل نبودن قرارداد، نقض قرارداد را نمی‌توان غیراخلاقی تلقی کرد.

با این توضیح اجبار به اجرای قرارداد به رغم متضمن زیان چشمگیر بودن و در شرایطی که پرداخت خسارت به قدر کفایت جبران‌گر است، خود چالش‌گر اصول اخلاقی و موجب دگرآزاری قراردادی است (Morgan, 2013: 46). در چنین موقعیت‌هایی میل به صدور حکم مرجع قضائی به اجرای عین تعهد نیز خلاف منطق قراردادی است و متعهد را دست و پا بسته تسلیم می‌کند تا هدف هر تقاضای گزاف و زورگویانه‌ای از طرف متعهدله، همچون پرداخت مبالغی بیش از زیان متعهدله در ازای رهایی بخشی وی از تعهد قراردادی (ibid: 46). به بیان دیگر، می‌توان گفت اجرای قرارداد در صورت بروز خسارت غیرقابل تحمل، به گونه‌ای عمل ضد اخلاق و عدالت و به نوعی نقض غرض دیدگاه اخلاقی است که قرارداد را یک التزام اخلاقی لازم‌الوفا و متعهد را ملزم به اجرای تعهد قراردادی می‌داند و بر همین مبنا گاه اخلاق و اصول عدالت نیز به کمک نقض کارآمد (نقض به حداقل رساننده هزینه‌ها) خواهد آمد و به منظور مصلحت اخلاقی بالاتر یعنی پرهیز از تحمیل هزینه و ضرر سنگین بر متعهدله حکم جواز نقض قرارداد را صادر خواهد کرد. لذا باید گفت با نگاه عمیق و دقیق، تمرکز بر اجتناب از زیان می‌تواند با احساس و اصول اخلاقی نیز انطباق داشته باشد.

اما نقض به منظور کسب سود بیشتر (پیشنهاد بالاتر) به این دلیل که موجب عدم اطمینان و اعتماد تجاری چه نزد مردم عادی و اهالی تجارت است، مورد مذمت و تقییح است (Baumer & Marschall, 1992) و صرفاً نقض قرارداد به منظور اجتناب و به حداقل رسانیدن زیان‌هاست که مورد پذیرش قرار می‌گیرد و مواضع تهاجمی و منتقدانه بر نمی‌انگیزاند (Wilkinson-Ryan, 2012; Lewinsohn-Zamir, 2012; Baron, 2010). در نتیجه باید گفت نکوهش نقض به صورت کلی و

در تمامی اقسام نقض، روشی عام و تعمیمی نادرست از اصول کلی اخلاقی بین افراد است که به درون قراردادهای تجاری هدایت شده است (ibid). لیکن این تعمیم در موارد نقض به منظور اجتناب از ضرر چندان واقعی نمی‌نماید و حتی برخی معتقدان به أصالة اللزوم (در نتیجه اصل اخلاقی لزوم وفای به عهد) نیز تمایز میان این دو و نیز تمایز بین تعهدات شخصی و قراردادهای تجاری در این خصوص را می‌پذیرند. با این توضیح که هنگامی که منافع طرف‌ها در قرارداد صرفاً اقتصادی است آن‌ها الزامات خود را منفصل و مجزا و صرفاً بر مبنای سود و صرفه خویش بنا می‌نهند که در نتیجه آن یا به اجرای قرارداد و یا پرداخت خسارات قراردادی ملزم هستند (Morgan, 2013: 46). به همین لحاظ است که منافع منحصراً اقتصادی طرفین قرارداد، موجب پرداخت خسارت در قبال عدم اجرای عین تعهد قراردادی می‌شود (ibid). بنابراین حداقل در قراردادهای تجاری، این بحث که نقض کارآمد به منظور جلوگیری از ضرر بیشتر، غیرقابل قبول و غیراخلاقی و موجب تخطی از حقوق متعهدله است بحثی لغو است (Shiffrin, 2007: 722; vide. Campbell, 2001).

بنابراین از دیدگاه تجاری، ناقض قرارداد همواره خاطی محسوب نمی‌شود، بلکه در بسیاری از مواقع که اجرای تعهد مقرون به صرفه نیست و چه‌بسا زیان‌بار هم هست، عدم اجرای قرارداد منطقی و اقتصادی و به نفع متعهد، متعهدله و جامعه است و اصرار بر انجام عین تعهد با اصول اولیه حقوق تجارت، سازگاری ندارد. این امر با اصول حاکم بر تجارت و قراردادهای تجاری و همچنین توسعه و پیچیدگی روابط و مبادلات اقتصادی در جهان امروز که مقتضی سرعت و مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات - ولو با نقض آن‌ها - است نیز سازگارتر به نظر می‌رسد.

### ۳-۱. نقض با رضایت متعهدله

نقض تعدی قرارداد، ممکن است بدون تحقق شرایط دو مورد بالا و صرفاً با توافق با طرف مقابل نیز صورت گیرد. حتی در یک نظام حقوقی حامی اجرای عین تعهد (دیدگاه اخلاقی) نیز متعهدله می‌تواند با معاف کردن متعهد از انجام تعهد در شرایط خاصی موافقت کند. بنابراین با شمارش این قسم، تحقق نقض منحصر در وضعیت و فرض پیشنهاد بالاتر و یا اجتناب از ضرر نیست و گاه با توافق متعهدله صورت می‌پذیرد (vide. Macneil, 1982) که البته با اقاله متفاوت است، زیرا در اینجا به خلاف اقاله که توافقی متأخر از زمان انعقاد قرارداد است، در همان زمان عقد، با پیش‌بینی و آینده‌نگری طرفین، شرایطی مشخص شده است که در صورت تحقق، به طرفین یا یکی از آن‌ها حق و امکان فسخ قرارداد را اعطا می‌کند و غالباً به انضمام پرداخت خسارت توسط

طرف فسخ‌کننده به طرف دیگر است. بنابراین نقض کارآمد تنها طریق برای کسب سود بیشتر و یا جلوگیری از زیان بیشتر در قراردادها نیست. پازرنر با وجودی که یک مدافع پرواوزه نقض سودآور قرارداد است، می‌پذیرد که مزایای واقعی در این امر وجود دارد که طرفین - و نه دادگاه و از طریق تعدیل قرارداد - بهای ابرای ذمه مدیون توسط طلبکار را تعیین کنند، چراکه فرضی غالب در سیستم بازار آزاد این است که تعیین قیمت‌ها و هزینه‌ها توسط بازار صحیح‌تر از تعیین آن توسط دولت است (Morgan, 2013: 48). این صورت از نقض قرارداد را می‌توان ابرای ذمه متعهد توسط متعهدله در قبال اخذ خسارات نقض نامید. در این نوع نیز، دست‌کم شرایط یکی از طرفین، بدون اینکه به وضعیت دیگری لطمه وارد شود بهتر می‌شود، که آن را مصداقی از برتری پارتو (معیار پارتو) قرار می‌دهد، بنابراین چنین نقضی از نظر اجتماعی کارآمد است. البته آنچه مورد بحث و اختلاف نظر و حمایت اقتصاددانان در پی ارتقای سطح بازار است، نقض کارآمد یک‌جانبه، منفعت‌جویانه و سپس پرداخت خسارت است، نه رفتار مبتنی بر تشریک مساعی و اتفاق نظر که با اجرای عادی و روال‌مند عین تعهد و احتمالاً ابرای ذمه متعهد از انجام تعهد و با مذاکره صورت می‌پذیرد (Macneil, 1982: 968-969).

## ۲. ایرادات نقض کارآمد

نقض کارآمد، مانند هر نظریه جدید دیگری مخالفان و موافقانی دارد که هر یک ادله‌ای بر رأی خویش دارند. ایرادات وارد بر این نظریه عبارت‌اند از: ۱) عدم امکان تعیین میزان دقیق خسارت و جبران کامل آن؛ ۲) تعارض با اصل لزوم قراردادی؛ ۳) تعارض با اصول مسئولیت قراردادی.

### ۲-۱. ابهام و عدم قطعیت در تعیین میزان خسارت

نقض کارآمد بر این فرض استوار است که متعهدله پس از دریافت خسارت عدم‌النفع، در موقعیتی بدتر از زمانی که قرارداد اجرا شده باشد، قرار نخواهد گرفت و نقض قرارداد برای وی تفاوتی با اجرای آن نخواهد داشت. اما با لحاظ محدودیت‌های مختلفی که در مسیر تعیین میزان خسارات وارده و جبران آن وجود دارد، باید گفت فرض مذکور همواره تحقق‌پذیر نیست و آسیب‌زاترین نقد نقض کارآمد قرارداد، همین عدم امکان تعیین میزان خسارت و ابهام و عدم قطعیت جبران کامل خسارت متعهدله است (Morgan, 2013: 47)، زیرا حتی صرف‌نظر از مشکلات عملی، اثبات میزان خسارت و هزینه‌های اقامه دعوی از حیث نظری نیز جبران خسارت کامل متعهدله میسر نیست و لذا در عمل محتمل است که متعهدله اجرای عین تعهد را بر غرامت

عدم‌النفع ترجیح دهد. لذا به لحاظ عدم امکان جبران خسارت کامل متعهدله به دلیل وجود هزینه‌های مختلف و همچنین وجود زیان‌های غیرمالی و غیرقابل تقویم، ارائه نظریه یکپارچه اقتصادی در مورد جبران خسارت قراردادی، ناممکن به نظر می‌رسد (Smith, 2004: 412). وارد کردن هزینه‌های معامله به این معادله و مشکل لاینحل نحوه تقویم آن‌ها، فایده‌مندی عملی این نظریه را به شدت محدود می‌کند، زیرا علی‌رغم اینکه هیچ‌کس از هزینه‌های واقعی معامله واقعاً آگاه نیست، چنین هزینه‌هایی باید در نقض کارآمد قرارداد لحاظ شوند تا متعهد با ارزیابی صحیح بتواند در قیاس هزینه‌های اجرا و هزینه‌های نقض، مورد مقتصدانه‌تر را انتخاب کند.

رونالدو کاورز در مقاله معروف «مسئله هزینه اجتماعی»<sup>۱</sup> می‌گوید اگر معامله بدون هزینه می‌بود، طرف‌های قرارداد، همواره به نتیجه دلخواه اقتصادی می‌رسیدند (vide. Coase, 2013). در چنین موقعیتی نقض قرارداد و پرداخت خسارت بدون در نظر گرفتن هزینه‌های معامله صورت می‌گیرد و در نتیجه موضوع بحث ما، یعنی عدم امکان تعیین میزان خسارت و همچنین عدم امکان جبران کامل خسارت، پوچ و بی معنا می‌نماید و نظام جبران خسارت اتخاذ شده توسط قانون هرچه که باشد، نقض کارآمد یا اجرای سودآور - منتزاع از هزینه‌های قرارداد - رخ خواهد داد (Markovits & Schwartz, 2011: 1944-5). بنابراین همانگونه که کاورز بیان کرده است، دشواری تصمیم‌گیری، در شرايطی است که هزینه‌های معامله مدنظر قرار گرفته شود که در دنیای واقعی و در بازار به همین ترتیب است. بنابراین چنین هزینه‌هایی باید در نقض کارآمد قرارداد لحاظ شوند تا با ارزیابی صحیح آن‌ها متعهد در صورتی که میزان این هزینه‌ها به صورت فزاینده افزایش پیدا کند، نقض را انتخاب کند.

## ۲-۲. تعارض با اصل لزوم قراردادی

از دیگر ایرادات اساسی نظریه نقض کارآمد قرارداد، مغایرت و تعارض آن با اصل لزوم قراردادی و در پی آن اصل اجرای اجباری عین تعهد قراردادی است. مطابق اصل لزوم، طرفین قرارداد ملزم به رعایت مفاد قرارداد و اجرای تعهدات قراردادی هستند. در پاسخ باید گفت وظیفه التزام به یک قرارداد به این معناست که غالباً طرفین در متن قرارداد پیش‌بینی می‌کنند که در صورت نقض قرارداد باید خسارت پرداخت شود. بنابراین وقتی می‌گوییم قرارداد نیروی الزام‌آور دارد، به این معناست که طرفین قرارداد رابطه حقوقی الزام‌آور و دارای ضمانت اجرا دارند و در صورت نقض

---

1. the problem of social cost

قرارداد باید ضمانت اجرای قرارداد را که پرداخت خسارت در صورت نقض است به جا آورند، بنابراین بین مسئولیت (التزام) قراردادی و جبران خسارت، ملازمه وجود دارد. پس در صورتی که به هر علت نتوان متعهد را به اجرای عین تعهد ملزم کرد، متعهد ناقض قرارداد باید خسارت نقض قرارداد را بپردازد، از سویی دیگر چنانچه متعهد، خسارات قراردادی را جایگزین مناسبی برای اجرای اصل تعهد قراردادی بداند و این غرامات بتواند جبران خسارت متعهدله را کند، متعهد می تواند با پرداخت خسارت از اجرای عین تعهد قراردادی خودداری کند. بنابراین، نظریه نقض کارآمد با اصل لزوم قراردادها تعارضی ظاهری دارد.

از سویی دیگر، نقض کارآمد قرارداد - حداقل در نقض به منظور اجتناب از ضرر - جزو شروط ضمنی و بنایی قرارداد است؛ یعنی در صورتی که طرفین تمام احتمالات را پیش بینی می کردند و می توانستند قراردادی کامل با شرح تمام جزئیات تنظیم کنند، در قلمرو تراضی خود می گنجانیدند که در صورت افزایش هزینه ها امکان نقض قرارداد و پرداخت خسارت وجود دارد. بنابراین اصل اولی در قرارداد التزام طرفین به انجام تعهدات قراردادی است و در صورت تغییر شرایط اقتصادی و افزایش هزینه های اجرای تعهد، به عنوان حکم ثانوی متعهد می تواند قرارداد را نقض کند و خسارت آن را بپردازد؛ لذا نقض کارآمد (نقض به منظور کاهش ضرر) با نیروی الزام آور قرارداد تعارضی ندارد و نتیجه، پیروی از توافق ضمنی دو طرف و در جهت احترام و رعایت آن نیرو است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸۳). البته همچنین نظر به اینکه نقض کارآمد موجب کارآمدی اقتصادی خواهد شد، قاعده ای عقلی است که طرفین با بنای بر آن قرارداد را منعقد کرده اند.

### ۲-۳. تعارض با اصول مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی عبارت است از: «التزام ناقض قرارداد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف مقابل وارد شده است»<sup>۱</sup> که این خسارت، معمولاً به وسیله دادن مبلغی پول جبران می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۵۶). ضمانت اجرای اولیه لزوم قرارداد در دیدگاه سنتی،

۱. پاره ای از حقوق دانان فرانسوی (Rémy, 1997: 323)، با تفسیر خسارت های قراردادی به «روشی ساده از اجرای تعهدات قراردادی»، آن ها را متمایز از مفهوم مسئولیت می دانند و معتقدند حکم به جبران پیامدهای زیانبار عدم اجرای تعهد، قراردادی یا غیر قراردادی، تابع نظام مسئولیت غیر قراردادی است (Flour et al, 2002: 105). در مقابل، مشهور حقوق دانان مطابق رویه قضائی و اصلاحیه قانون مسئولیت معتقدند چنین تحولی، نظام حقوقی عقد را برهم می زند و حفظ تفاوت موجود بین مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی به دلیل اصل عدم جمع دو مسئولیت و آثار متفاوت آن ها ضروری است (Terré et al, 2018: no 559).

اجرای اجباری است که علاوه بر هزینه بر بودن و تعارض با اصل سرعت و به صرفه بودن اقتصادی در تجارت، گاه اقتصادی نبودن رفتار قانونی مورد انتظار از متعهدله را موجب می‌شود و مطالبه خسارت وارده در نوبت بعد از الزام به اجرا قرار دارد؛ بدین معنا که پس از انعقاد قرارداد، متعهدله باید منتظر اجرای قرارداد و یا حداقل نقض قرارداد باشد تا بتواند با توسل به ضمانت اجرای اجبار متعهد و پس از آن، اصل جبران کامل خسارت، به حق خود برسد و هیچ مسئولیتی در راستای ممانعت از نقض قرارداد یا پیشگیری از ضررهای پیش رو ندارد (سادات اخوی، ۱۳۸۰: ۶۴).

هرچند به موجب اصل جبران کامل خسارات، بقا و جبران نشدن هر زیان ناروایی، به لحاظ نظری نامشروع و فاقد توجیه است، لکن در بستر قواعد سنتی، گاه مواردی وجود دارد که این اصل به جبران کامل خسارت نمی‌انجامد. مانند جایی که قواعد سنتی به جهت عدم اثبات رابطه سببیت عرفی، توان حکم به جبران خسارت را ندارند؛ و یا مواردی که دادرس با ملاک میزان تقصیر ناقص به تعدیل خسارت حکم می‌کند.

اما در حقوق کامن‌لا، جبران کامل خسارت عملاً از امکان تحقق‌پذیری بیشتری برخوردار است، زیرا مطابق این اصل، زیان‌دیده حق مطالبه جبران زبانی را که می‌توانسته با انجام اقدامات متداول از آن جلوگیری کند ندارد. در اینجا برخلاف موارد پیش، علی‌رغم وجود مسلم ارکان مسئولیت که در شرایط عادی تکلیف ناقص به جبران خسارت‌های ناشی از نقض را ثابت می‌کنند، به دلیل قابل اجتناب بودن نتایج<sup>۱</sup> یا کاهلی متعهدله از کاستن خسارات (که به صورت متعارف امکان انجام آن را داشته است)، وی از دریافت تمام یا بخشی از خسارت محروم می‌شود که قاعده کاستن از خسارت<sup>۲</sup> نامیده می‌شود و حتی گاه با کمک اصل قابلیت استناد<sup>۳</sup>، بخشی از مسئولیت به ثالث واگذار و بدین ترتیب از میزان تکلیف متعهد کاسته می‌شود.

1. Avoidable consequences

2. Mitigation of Damages

۳. Opposabilite du contrat: اصل قابلیت استناد قرارداد، اصطلاحی تعریف‌ناشده در متون قانونی ایران و فرانسه است که در اوایل قرن بیستم میلادی در دکترین فرانسه برای پایان دادن به تفسیر افراطی از قاعده «اثر نسبی قرارداد» (موضوع ماده ۱۱۶۵ ق.م.ف) مطرح شد. این اصطلاح بیان‌گر بازتاب و انعکاس آثار قرارداد در اجتماع بوده و در فرهنگ حقوقی کرونو، این‌گونه تعریف شده است: «صلاحیت یک حق، یک عمل (قراردادی، رأی، و...)، یک موقعیت حقوقی یا واقعه حقوقی جهت اینکه [اشخاص را] متوجه آثار خود نسبت به اشخاص ثالث نماید. البته نه از این راه که اشخاص ثالث را تابع تعهدات مستقیم ناشی از خود گرداند، بلکه از این راه که اشخاص مزبور را ملزم به شناسایی وجود وقایع، حقوق و اعمالی می‌کند که دارای وصف قابلیت استناد هستند و آنان را ملزم به رعایت احترام

نکته قابل ذکر این است که نظام حقوق کامن‌لا در جریان قاعده کاستن از خسارت، فقدان سوءنیت را ملاک عمل می‌داند و اگر ناقض با سوءنیت و به هدف ضرر به طرف مقابل اقدام به نقض کرده باشد، نه تنها قاعده جریان نمی‌یابد، بلکه تشدید مسئولیت نیز شامل حال وی می‌شود. البته سرنوشت ناقضی که با اهداف سودجویانه، تعهدات قراردادی خود را نقض می‌کند از نظر حقوق «ایران و فرانسه»<sup>۱</sup> و «کامن‌لا» یکسان نیست، زیرا قلمرو تکلیف به کاستن از خسارت به وسیله زیان‌دیده در این دو نظام متفاوت از هم است که در سطور آتی بدان اشاره خواهد شد.

### ۳. واکاوی چالش‌های ماهیت مسئولیت در نظریه نقض کارآمد

#### ۳-۱. بررسی ماهوی مسئولیت براساس دو دیدگاه اخلاقی و ابزاری

تشخیص منشأ قدرت اجرایی یک قرارداد و پاسخ به چستی آنچه که به حقوق و وظایف متقابل قراردادی و مسئولیت قراردادی رسمیت می‌بخشد و آن‌ها را موجه می‌سازد در گرو انتخاب یکی از دو شیوه و طرز تفکر درخصوص مبنای ارزشی حقوق قرارداد است. دیدگاه سنتی معتقد است حقوق قرارداد، باید به واسطه ارزش اخلاقی ماهوی آن موجه تلقی شود، با این توضیح که اجرای یک قرارداد را باید به‌عنوان یک وجه بدیهی از نیکویی اخلاقی و یا صورت‌الایی از اجرای عدالت قلمداد کرد و به لحاظ غلبه جنبه‌های اخلاقی باید دیدگاهی اخلاقی از قرارداد داشت. دیدگاهی دیگر معتقد است: حقوق قرارداد را باید به‌عنوان وسیله‌ای جهت تحقق یک هدف، مانند کسب سود بیشتر، بازدهی اقتصادی، شکوفایی و رونق تجاری و نهایتاً افزایش کارایی نگرینست و

↓

موارد مزبور به‌عنوان عناصر نظام حقوقی و تحمل آثار آن‌ها می‌نماید» (Cornu, 1992: 577). قابلیت استناد، ارتباط تنگاتنگ با اشخاص ثالث داشته و در مقام بیان آثار غیرمستقیم عناصر نظام حقوقی نسبت به اشخاص مزبور است. به موجب این اصل امکان استناد به این قاعده برای اثبات تقصیر یکی از طرفین قرارداد در برابر ثالث یا ثالث در برابر طرفین قرارداد و در نتیجه اثبات مسئولیت مدنی مقصر وجود دارد (Viney, 1998: 386).

۱. در سال‌های اخیر، قانون مدنی فرانسه، به درخواست ژاک شیراک، رئیس جمهور وقت، مورد بازنگری در بخش تعهدات قرار گرفت که لایحه این بازنگری در سال ۲۰۰۵ بر مبنای تحولات حقوق تعهدات بمویژه در اروپا که به ظهور مکاتب جدید حقوقی مانند مکتب تحلیل اقتصادی حقوق و مکتب تحلیل حقوق بشری منتج شده بود ارائه شد. در پی آن اصلاحیه حقوق تعهدات فرانسه به موجب مصوبه ۲۰۱۶ - ۱۳۱ با تحولات اساسی در اصول حاکم بر تعهدات قراردادی، رژیم حقوقی و ادله اثبات آن‌ها در راستای ساده‌سازی و تطبیق هرچه بیشتر حقوق قراردادهای فرانسه با حقوق قراردادهای بین‌المللی صورت پذیرفت. در این اصلاحیه، کتاب مسئولیت مدنی مصون از تغییر ماند و اصلاحیه آن در سال ۲۰۱۷ به تصویب رسید.

توجهات اخلاقی - التزامی مخالف چندان متقاعدکننده نیست. اختلاف مبنایی این دو دیدگاه و تأثیر مستقیم آن بر بحث حاضر، بررسی مختصر دو روش و دیدگاه فوق در حوزه حقوق قراردادهای را ضروری می‌سازد. در پایان یکی از این دو دیدگاه به منظور تحلیل اقتصادی مسئولیت قراردادی برگزیده می‌شود.

### ۳-۱-۱. دیدگاه اخلاقی<sup>۱</sup>

مطابق دیدگاه اخلاقی، قرارداد در ذات خود یک التزام اخلاقی است، به همین لحاظ نقض قرارداد، شکستن یک تعهد اخلاقی به‌شمار می‌آید (Menetrez, 2000: 859). بنابراین می‌توان گفت اجرای یک قرارداد به حکم قواعد اخلاقی و وظیفه طرفین قرارداد است و لزوم پایبندی متعهد به تعهدش از ارزشی ذاتی پایبندی ناشی می‌شود. این نظریه توسط امانوئل کانت که معتقد به لزوم احترام به تعهدات بود ارائه شد (انصاری، ۱۳۹۰: ۵۳۶). وی قواعد قانون قرارداد را مستنتج از اخلاقیات و التزامات اخلاقی می‌دانست و معتقد بود اساساً بنیان‌های اخلاقی به‌عنوان توجیه کافی قانون و حقوق قرارداد تلقی می‌شوند (Gordley, 2002: 6).

ایراد وارد بر این نظریه این است که انطباق کامل و تام حقوق قرارداد با اخلاقیات به سادگی قابل اثبات و پذیرش نیست. اصل «آزادی قراردادی» و اصل «حاکمیت اراده» در قراردادهای این‌گونه پدرمآبی اخلاقی را به آسانی برنمی‌تابد، چراکه اخلاق مدار کردن افراد در حوزه حقوق قرارداد، از وظایف حقیقی قانون نیست (vide. Devlin, 1965) و به همین لحاظ، قانونی که در تلاش جهت پیاده سازی اخلاقیات است از توجیه سیاسی و اجتماعی کافی برخوردار نخواهد بود (Morgan, 2013: 21). بلکه هم به‌عنوان یک تلقی اجتماعی و هم در فرض حقوقی - مستنداً به اصول فوق - قانون قرارداد و قواعد آن اغلب باید به‌عنوان بخش تنظیم‌کننده و تسهیل‌کننده قراردادهای مورد دفاع قرار گیرد و نه بسط و شیوع اخلاق در قراردادهای. اصولاً تصور اخلاقی از قراردادهای به‌عنوان التزامات لازم‌الاجرا باید مستلزم قدرت اجرایی ذاتی اخلاق به‌عنوان ضمانت اجرای متعارف اجرای قرارداد باشد، لیکن این واقعیت که در حقوق قرارداد سنتی، اخلاق تکیه‌گاه محکمی جهت اجرای تمامی قراردادهای نیست، از موارد سردرگمی و نقاط ضعف جدی نظریه‌پردازان اخلاقی - التزامی است (ibid: 13).

طبق این نظریه، انتظارات ناکام متعهدله فی نفسه زیان مهمی به شمار می‌روند؛ بر این اساس محروم کردن یک طرف قرارداد از چیز مطلوبی که مستحق آن بوده است، به نحو فوق‌العاده‌ای آسیب‌زاست و مستوجب تنبیهات قانونی برای نقض‌کننده قرارداد خواهد بود (Kimel, 2010: 215). مع‌ذلک، چنانچه کل مسئله مورد منازعه این است که ما قرارداد را اجرا می‌کنیم بدون متعهدله - اخلاقاً - محق به این اجراست، حرکتی مخاطره‌آمیز به سوی توجیهات ضعیف در این حوزه برداشته‌ایم؛ با این توضیح که انتظار محض متعهدله و یا احساس ناکامی وی از نقض قرارداد (توجیهات اخلاقی)، توجیهات ضعیفی برای تحدید آزادی متعهد از نقض قرارداد محسوب می‌شوند. درواقع اتکا و اعتماد به یک التزام فقط به دلیل اخلاقی مانع نقض قرارداد نخواهد شد. بنابراین پذیرفتن دلایل اخلاقی، می‌تواند به‌عنوان بخشی از دلایل الزام به اجرای یک التزام قراردادی محسوب شود و نه تمام دلایل آن (Morgan, 2013: 22). لذا دیدگاه اخلاقی - به تنهایی - نمی‌تواند اجرای عین تعهد را که نوعاً مورد تأیید و تأکید نظریه‌پردازان مکتب اخلاقی حقوق قرارداد است تضمین کند؛ یعنی اخلاق بالنفسه دارای قدرت لازم جهت اجرای تمام قراردادها نیست و نمی‌تواند مانع نقض قراردادها شود. حال با توجه به ضعف دیدگاه اخلاقی در جلوگیری از نقض قراردادها، چنانچه نقض قرارداد را حقیقتاً (قانوناً و یا اخلاقاً) یک خطا تلقی کنیم، توقع وجود مسئولیت‌های قراردادی و درپی آن جبران خسارت‌های تنبیهی به‌جا و مناسب خواهد بود. نظر به اینکه مسئولیت اخلاقی را نمی‌توان در دادگاه طرح و بر مبنای آن مطالبه خسارت کرد و داوری درخصوص آن را به دولت و مأموران آن سپرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵). بنابراین کسی که معتقد است نقض قرارداد فعلی خلاف اخلاق است و به خسارت قراردادی اعتراض دارد، احتمالاً باید موافق جرم قلمداد کردن نقض قرارداد باشد، چراکه به هر روی ناقض قرارداد را باید مسئول بدانیم، لیکن اطلاع وجود ندارد که هیچ نظریه‌پرداز التزامی - اخلاقی از این امر حمایت کرده باشد، یا هیچ نظام و سیستم حقوقی، با نقض قرارداد، به‌عنوان یک بزه جزایی برخورد کرده باشد و یا هیچ قاضی و یا عالم حقوقی استدلال کرده باشد که نقض قرارداد - حتی عامدانه - باید مستوجب مجازات باشد (Morgan, 2013: 14). اینکه چنین اتفاقی به صورت متعارف در قراردادها رخ نمی‌دهد و نقض قرارداد، اخلاقاً جرم تلقی نمی‌شود و به لحاظ مسئولیت اخلاقی نیز قابل رسیدگی و مطالبه خسارت در محاکم نیست، موجب دیگری بر عدم پذیرش دیدگاه اخلاقی - التزامی در توجیه و تحلیل مسئولیت و خسارت‌های قراردادی محسوب می‌شود. البته بیان این نکته که مسئولیت اخلاقی قابل رسیدگی و مطالبه خسارت نیست، نافی مسئولیت قراردادی برای ناقض قرارداد نیست. اصولاً در دیدگاه سنتی، هدف وضع خسارت در حقوق قرارداد، اولاً، الزام متعهد به اجرای التزام خود و ثانیاً،

تنبیه ناقض قرارداد است. به بیان دیگر خسارت‌های قراردادی به‌عنوان ضمانت اجرای متعارف قرارداد موجب می‌شود متعهد در صورت استتکاف از انجام عین تعهد قراردادی، ابتداء الزام به انجام تعهدات و در صورت عدم امکان الزام، مکلف به پرداخت خسارت قراردادی شود؛ یعنی اصولاً در نگاه سنتی و اخلاقی به حقوق قرارداد، برای متعهد اولاً و بالذات امکان نقض قرارداد و پرداخت خسارت وجود ندارد و وی ملزم به اجرای عین تعهد است. قائل شدن یک توجیه اخلاقی برای ماهیت اجرای عین تعهد قراردادی و الزام کردن متعهد به اجرای آن، توجیه قانع‌کننده‌ای بر ماهیت اجرای عین تعهد نیست، زیرا با توجه به اینکه در این مبنا، شخص در صورت عدم اجرای عین تعهد، به رغم تمایل، ملزم به اجرای تعهدات قراردادی می‌شود، ممکن است به‌عنوان تعدی به آزادی شخص به‌واسطه حکم دادگاه تلقی شود (Smith, 2004: 400).

### ۳-۱-۲. دیدگاه ابزاری<sup>۱</sup>

در دیدگاه ابزاری، قواعد حقوق قرارداد، ابزارهای سیاست اجتماعی در تقابل با اصل اخلاقی وفای به عهد تلقی می‌شوند. بر این مبنا، هدف قواعد حقوقی تنها تشویق افراد به زندگی مطابق تعهدات اخلاقی نیست، بلکه وصول به مقاصد و فواید اقتصادی همواره مدنظر است و هر قرارداد در صورتی مطلوب است که کارایی داشته باشد، یعنی میزان سودی که ایجاد می‌کند بیش از میزان هزینه‌های آن باشد (Coase, 2013). بر همین اساس، این دیدگاه، در مقایسه با نظریه‌های اخلاقی - التزامی رقیب، همخوانی بیشتری با حقوق قرارداد دارد و لذا برخلاف دیدگاه التزام - که بر ممنوعیت نقض قرارداد تحت هر شرایطی تأکید دارد - نقض را در شرایطی که بتواند بیش از وفای به آن موجب ایجاد سود و یا مانع ایجاد ضرر شود، به جهت ایفای نقش در تحقق یا افزایش کارایی دارای مزیت و قابل حمایت می‌داند. آنچه در این دیدگاه چالش‌برانگیز می‌نماید، نسبت حداکثرسازی سودآوری با قواعد حاکم بر مسئولیت و جبران خسارت نقض قرارداد است. در این دیدگاه، هدف از وضع مسئولیت قراردادی، الزام متعهد به اجرای التزام خود و یا تنبیه نقض‌کننده قرارداد نیست، بلکه هدف از وضع آن، جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد به متعهدله است و حتی نقض‌های تعمدی نیز از سایر انواع نقض متمایز نشده‌اند؛ لذا مسئولیت جبران خسارت را می‌توان جایگزین کافی برای اجرای عین تعهد در قبال طرف زیان‌دیده تلقی کرد. پس به‌طور کلی، ممکن است هریک از طرفین با اطمینان از این امر که پس از جبران کامل خسارت وارده به طرف

1. Instrumental Approach

متضرر، کماکان از سود خالص بهره‌مند می‌شود، سود و صرفه خود را در امتناع از اجرای قرارداد بیابد (Morgan, 2013: 14).

در این نظریه ملازمه‌ای که بین مسئولیت قراردادی و جبران خسارت قرارداد، برقرار است، از یک سو به این معناست که نقض قرارداد مستلزم مسئولیت قراردادی و جبران ضرر ناشی از نقض قرارداد است و از سوی دیگر متعهد می‌تواند به اعتبار آنکه خسارت قراردادی را جایگزین مناسبی برای اجرای اصل تعهد قراردادی می‌داند و با این استدلال که خسارت قراردادی به همان اندازه اصل تعهد برای متعهدله مطلوب و مطبوع است، از اجرای عین تعهد قراردادی خودداری کند. بر این مبنا نقض قرارداد ممکن است از لحاظ اقتصادی سودمند باشد و لذا مورد تشویق حقوق قرارداد، قرار گیرد.

بنابراین می‌توان گفت دیدگاه ابزاری به دنبال به کارگیری تئوری کارایی و مطلوبیت در روابط قراردادی است و تعهدات قراردادی نیز تابعی از مطلوبیت قلمداد خواهند شد. تکیه بر مطلوبیت، این مزیت را دارد که به جای اجرای عین تعهد قراردادی، بدل و جایگزین آن، یعنی خسارت قراردادی براساس قواعد مسئولیت هم می‌تواند به عنوان و به جای موضوع قرارداد، واقع شود. چراکه بر خلاف نگاه سنتی و با عنایت به دیدگاه ابزاری به حقوق قرارداد، مطلوبیت عین تعهد و بدل آن در اکثریت موارد، برای متعهدله، یکسان خواهد بود. درحقیقت تعهدات قراردادی، آن چیزی است که مطلوب متعهدله و یا طلبکار را فراهم می‌کند، خواه اجرای عین تعهد مذکور در قرارداد باشد یا بدل و جایگزین آن، زیرا طبق تئوری مطلوبیت برای متعهدله رسیدن به آن سطح از مطلوبیت مهم است و اینکه دقیقاً از چه طریقی به آن دست یابد، در درجه دوم اهمیت قرار دارد. به عبارت دقیق‌تر، انجام عین تعهد، یکی از طرق رسیدن به مطلوبیت مورد انتظار متعهدله است و آنچه موضوعیت دارد، همان مطلوبیت مورد نظر است (رضایی و اسفندیاری، ۱۳۹۴: ۲۹۴). بنابراین مفهوم مسئولیت و جبران خسارت در دیدگاه ابزاری با معنای سنتی آن تفاوت بنیادین دارد. دیدگاه ابزاری - برخلاف دیدگاه اخلاقی - به شدت سودآوری حداکثری در قرارداد و مآلاً نقض قرارداد را توجیه می‌کند، انجام و اجرای عین تعهد قراردادی را لزوماً منجر به صرفه متعهدله تلقی نمی‌کند، بلکه بر این محور متمرکز است که چه بسا دریافت غرامت و خسارت موجب سودآوری بیشتر و مطلوب متعهدله باشد.

### ۲-۳. تطبیق عملی نقض کارآمد با مسئولیت قراردادی در حقوق کشورهای فرانسه و ایران و حقوق کامن لا

مصادق رایج نظریه نقض، بازفروش کالا است که فروشنده پیش از تسلیم کالای فروخته شده به خریدار، مجدداً آن را به شخص ثالثی که قیمت بهتری برای آن پیشنهاد می‌دهد می‌فروشد. در فرض تسلیم به اباحه نقض، این اباحه منوط به کارآمدی و کارآمدی در گرو آن است که سود فروش کالا به شخص ثالث برای فروشنده بیش از خسارتی باشد که وی باید به جهت نقض قرارداد به خریدار اول پردازد. خسارتی که فروشنده در این واقعه ملزم به پرداخت به خریدار اول است، باید وضعیت خریدار را به گونه‌ای بهبود بخشد که گویی قرارداد اجرا شده است؛ و از آن سو کالا در اختیار شخصی قرار گیرد که ارزش بیشتری برای آن قائل است (Eisenberg, 2004: 34). در واقع نظریه نقض کارآمد این‌گونه توجیه می‌شود که منافع فروشنده در صورت نقض، بیشتر از ضرر خریدار و بر این فرض استوار است که فروشنده در زمان تصمیم‌گیری می‌داند که منافع او از ضرر خریدار بیشتر است. در دیدگاهی موسوم به دیدگاه کارایی نیز توجیه نظریه نقض کارآمد براساس صرفه‌جویی در هزینه‌های معاملاتی<sup>۱</sup> است، زیرا اگر ثالث نسبت به خریدار اول ارزش بیشتری برای کالا بشناسد و با وجود این، حقوق قراردادی، فروشنده را به اجرای قرارداد ملزم کند، مذاکره بر سر انتقال قراردادی حقوق خریدار به ثالث، معامله‌ای جدید و مستلزم هزینه‌ای جدید است (ibid) و نقض کارآمد مانع چنین هزینه‌کردی خواهد بود.

پیش از ورود به مباحث حقوقی و امکان‌سنجی جواز نقض در فقه و حقوق ایران، آنچه در گام نخست بحث از نقض کارآمد رخ می‌نماید، نسبت آن با اخلاق معاملاتی است. چه اینکه قدرت گرفتن تعاملات اجتماعی در گرو روابط اعتمادآمیز در معاملات به‌عنوان یک سرمایه اجتماعی است و به‌نظر می‌رسد حکم به اباحه نقض - به خلاف اصالة اللزوم - مخل اعتماد طرفینی و کاهنده این سرمایه اجتماعی خواهد بود. در حالی که آموزه‌های دینی به شدت بر این اعتمادسازی تأکید و هر عمل مخل آن را تقبیح می‌کنند. سرمایه اجتماعی در عرض سرمایه اقتصادی و سرمایه فرهنگی، از الزامات اجتماعی ساخته شده است (بوردیو، ۱۳۸۰: ۳۱) و می‌تواند تحت برخی شرایط به سرمایه اقتصادی تبدیل شود، حاصل روابط اجتماعی نهادینه‌شده و ایجاد شبکه‌ای بادوام بین بازیگران متقابل است و به فرایند توسعه کمک می‌کند (ایمانی جاجرمی، ۱۳۸۰: ۳۶). انجام همکاری‌های درون‌گروهی وابسته به سرمایه اجتماعی و سبب کاهش هزینه‌های ارتباطی است، به

1. Transaction costs

نحوی که افزایش سرمایه اجتماعی با کاهش هزینه‌های دسترسی گروه به اهداف خود ارتباط دوسویه مستقیم دارد. تضعیف اعتماد عمومی یا طرفینی در هر موضوعی از جمله قراردادها، سبب تقلیل سرمایه اجتماعی و رشد هزینه‌ها خواهد بود. نقض قرارداد با ایراد اخلال در اعتماد عمومی جامعه و تقلیل سرمایه اجتماعی مواجه است.

### ۳-۲-۱. تحلیل اقتصادی تقابل تعهد و مسئولیت طرفین عقد

بدیهی است که هر قراردادی موجد حقوق و تکالیفی برای طرفین است. علی‌القاعده انصراف از اصل لزوم قراردادها و اقبال به امکان نقض کارآمد، تحولاتی در حقوق و تکالیف یادشده را سبب خواهد شد.

### ۳-۲-۱. حقوق فرانسه و ایران

از آنجا که در حقوق ایران و فرانسه (پیش از اصلاح قانون تعهدات)، اصل اولیه، الزام به اجرای عین تعهد است؛ در صورت نقض قرارداد از سوی متعهد، برای متعهدله، متعارف و بلکه لازم است اجرای عین تعهد را از متعهد بخواهد (سادات اخوی، ۱۳۸۰: ۵۶). بنابراین اگر از عدم اجرای قرارداد، ضرری متوجه متعهدله شود، حتی در فرضی که وی می‌توانسته با انجام موضوع تعهد از بروز ضرر جلوگیری کند، مسئولیت قراردادی همواره متوجه متعهد خواهد بود و متعهدله مصون می‌ماند. این رویه در بسیاری موارد سبب بی‌مبالاتی و کاهلی در رفتار متعهدله و اتلاف منابعی می‌شود که متعهدله می‌توانسته است از چنین اتلافی جلوگیری کند، اما به جهت عدم تکلیف، اقدامی در این زمینه صورت نداده است (همان: ۶۴) و وی به‌راحتی پس از انجام نشدن موضوع قرارداد، در گام بعد از الزام متعهد یا عدم امکان الزام، خسارات وارده را مطالبه می‌کند، بدون اینکه رفتار وی در این امر در ارزیابی خسارت مؤثر تلقی شود.

ماده ۱۲۲۱ اصلاحیه حقوق تعهدات مقرر می‌دارد که متعهدله می‌تواند اجرای عین تعهد را مطالبه کند، مگر اینکه اجرا غیرممکن باشد یا نابرابری آشکاری بین ارزش آن تعهد برای متعهد و نفع آن برای متعهدله وجود داشته باشد؛ با وضع این مقرره اجرای اجباری عین تعهد که تا پیش از این، رویه محاکم<sup>۱</sup> این کشور بود، به‌صورت رسمی در قانون مدنی فرانسه وارد شده و مستند قانونی پیدا کرده است (Guimard, 2016: 25).

1. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 16 janvier 2007, 06-13.983, Publié au bulletin.

از سوی دیگر ماده ۱۲۲۲ اصلاحیه، گزینه دیگری را نیز در اختیار متعهدله قرار داده است و به وی اجازه می‌دهد که پس از مطالبه رسمی اجرای تعهد از متعهد، شخصاً اجرای تعهد را بر عهده گیرد یا آن را به شخص ثالث واگذار کند و سپس از متعهد هزینه‌های متحمل شده را مطالبه نماید. این اختیار برای متعهدله که از آن به «جایگزینی»<sup>۱</sup> تعبیر می‌شود، پیش‌تر در حقوق فرانسه و حقوق قراردادهای اروپا (مقرره ۷/۴/۵ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و ۹:۵۰۶ اصول حقوقی قراردادهای اروپایی) شناخته شده بود، لکن با این مصوبه اجازه قاضی به‌عنوان پیش‌شرط آن حذف شد.

مقرره و رویه یادشده از چند وجه در تعارض با نظریه نقض کارآمد قرار می‌گیرد:

(۱) در رویه قضائی فرانسه در اجرای «اصل جبران کامل خسارت» میزان خسارت در زمان صدور حکم قطعی ارزیابی می‌شود و زیان‌دیده نیز تکلیفی به کاستن خسارت ندارد. به همین جهت خسارتی که متوجه متعهد می‌شود، در این نظام حقوقی سنگین‌تر از کامن‌لا بوده و احتمال اینکه نقض و عدم اجرای قرارداد، سودآور باشد کم‌تر است.

(۲) در حقوق فرانسه، محاسبه نقض‌کننده درباره میزان ضرر نقض، به‌طور کامل مبتنی بر شانس و خطرناک است. در واقع، ارزیابی خسارت وارد به زیان‌دیده در زمان عدم اجرا، به‌ویژه با بررسی وضعیت بازار، بسیار ساده‌تر از ارزیابی آن، در زمان صدور حکم است که گاهی چند سال طول می‌کشد. در زمان مطالبه اجرا تا زمان دادرسی و صدور حکم، زیان‌دیده تکلیفی برای کاستن از خسارت ندارد و نوسانات بازار خطر را برای ناقض تشدید می‌کند.

بنابراین اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران و فرانسه (در برابر جبران پولی) را می‌توان در بسیاری موارد مانع تخصیص کارآمد منابع به نتایجی با ارزش بالاتر دانست و حال که اعمال این قاعده، نتایج اقتصادی مطلوب و متوقع را در پی ندارد، باید راه‌کاری عقلی برای تشویق زیان‌دیده به صرف نظر کردن از حق خود در اجرا، نه‌تنها در برابر دریافت مبلغی به‌عنوان جبران خسارت بلکه در برابر دریافت بخشی از سود حاصل از قرارداد دوم با اشخاص ثالث یافت که بهترین راه‌کار، اعطای جواز نقض کارآمد قرارداد خواهد بود؛ اما با ابتنای حقوق ایران و فرانسه بر اجرای الزامی تعهد سازگار نیست (زمانیان، ۱۴۰۰: ۶۷).

همچنین به تبع ضرورت اجرای قرارداد، عمدی بودن نقض قرارداد آثار حقوقی خاص دارد و موجب تشدید مسئولیت می‌شود که خود مانعی دیگر برای پذیرش نقض کارآمد در این نظام

1. Le remplacement

حقوقی محسوب می‌شود (Viney & Jourdain, 1998: n°. 602; Viney, 2019: 214). براساس رأی دیوان عالی فرانسه «اگر متعهد به‌طور عمدی تعهدات قراردادی خود را نقض کند هر چند که قصد ضرر رساندن به طرف مقابل را نیز نداشته باشد، مرتکب تقصیر قراردادی شده است» (Terre et al., 2002: n°. 574). پس، تقصیر سودجویانه نوعی از تقصیر تدلیسی محسوب می‌شود، زیرا بدهکار به‌طور عمدی تعهدات قراردادی خود را به امید بردن سودی معادل با تفاوت بین هزینه عدم اجرا و سودی که معامله دوم برای او دارد، نقض می‌کند، و این امر تشدید مسئولیت وی را در پی دارد که با آنچه نقض کارآمد دنبال می‌کند ناسازگار است.

هرچند درج شرط عدم مسئولیت به جهت مشابهت در آثار و نتایج با نظریه نقض، می‌تواند هموارکننده مسیر پذیرش و جریان نظریه نقض کارآمد باشد، اما با توجه به ای که به موجب حقوق ایران توافق قبلی طرفین بر عدم مسئولیت، تأثیری در کاهش یا نفی مسئولیت ناشی از خودداری عمدی و تقلب‌آمیز از اجرای قرارداد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰/۴: ۱۵۳، شماره ۷۶۲)، باز هم جریان نظریه مورد بحث که مصداق خودداری عمدی است، با مانع مواجه خواهد بود. در حقوق فرانسه نیز اگرچه قانون‌گذار شروط کیفری و تحدید مسئولیت را معتبر شمرده است، اما سابقاً در مورد شرط عدم مسئولیت سکوت اختیار کرده بود که به‌ناچار باید اعتبار آن در رویه قضائی پیش می‌شد و رویه هم این شرط را در مواردی چون تدلیس و تقصیر عمدی، معتبر نمی‌دانست (Terre et al., 2002: n°. 612) و در غیر این دو مورد نیز تراضی طرفین نمی‌تواند نامحدود بودن دامنه این شروط را سبب شود و قانون‌گذار در برخی موارد با تمهیداتی دامنه شروط را محدود می‌کند و لذا گاه شرط بی‌اثر می‌شود. البته در اصلاحیه جدید قانون فرانسه، حدود شرط عدم مسئولیت بیان شده است. ماده ۱۱۷۰ اصلاحیه مسئولیت فرانسه به شکلی عام می‌گوید هر شرطی که مقتضای تعهد اصلی مدیون را از بین ببرد، نانوشته (کان لم یکن) فرض می‌شود؛ از جمله این شروط می‌توان به شروط محدودکننده یا عدم مسئولیت اشاره کرد (Ferrier, 2015: 73) که اگر به بلااثر شدن تعهد اساسی ناشی از قرارداد بینجامد مصداق شرط ناعادلانه تلقی شده و برابر ماده ۱۱۷۱ اصلاحیه مسئولیت، باطل محسوب می‌شوند (Dissaux & Jamin, 2016: 9; Guimard, 2016: 15). همچنین به موجب ماده ۲-۱۳۸۲ آن، شروط معافیت یا تحدید مسئولیت در فرض وجود تدلیس یا تقصیر سنگین بی‌اثر و باطل هستند.

۱. ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران چنین شروطی را باطل و مبطل عقد دانسته است.

### ۳-۲-۱-۲. حقوق کامن‌لا

در حقوق آمریکا و انگلیس، به خلاف حقوق فرانسه، وضعیت حقوقی ناقصی که مرتکب تقصیر عمدی می‌شود. بسیار مطلوب است و زیان دیده به بهانه سوءنیت داشتن ناقص از تکلیف به کاستن از خسارت رها نمی‌شود. در نظام‌های حقوقی یادشده تعهد قراردادی به سهولت به پرداخت خسارت تبدیل می‌شود و احتمال سودآوری را افزایش می‌دهد. همچنین میزان خسارتی که باید پرداخت شود، به لحاظ نظری نسبت به حقوق ایران و فرانسه کم‌تر است، زیرا جبران خسارت محدود به خسارت‌هایی است که عرفاً غیرقابل اجتناب هستند. علاوه بر این، ارزیابی خسارت در زمان نزدیک به زمان عدم اجرای قرارداد صورت می‌گیرد و این حسن را دارد که موجب می‌شود ناقص بتواند با دقت نسبتاً بالایی، هزینه اختصاصی تقصیر خود را پیش‌بینی کند. البته در نظام مذکور، وصف عمدی یا غیرعمدی بودن رفتار ناقص نیز مغفول نمانده است. بدین شرح که محاکم بعضی ایالات آمریکا، نقض تعهد ناشی از سوءنیت را سبب تشدید مسئولیت مدنی می‌دانند و حکم به خسارت تنبیهی می‌دهند (Mattei, 1995: 430). رویه قضائی آمریکا در این موضوع، نخست در حوزه قراردادهای بیمه صورت پذیرفت و بیمه‌گرهای در تلاش برای فرار از بار تعهداتشان، مجبور به پرداخت خسارت‌های تنبیهی شدند. پس از ۱۹۸۰ این روال در مورد قراردادهای دیگر نیز جریان یافت. سنگینی مسئولیت‌های قانونی جبران‌کننده و پذیرش جواز نقض کارآمد، صاحب‌نظران حقوقی را به فقدان کارایی و بدون توجیه بودن تعیین ضمانت اجرای کیفری سوق داده است (Curtis, 1986: 172) و لذا درج شروط کیفری در قرارداد صراحتاً در نظام حقوقی کامن‌لا ممنوع اعلام شد (Mattei, 1995: 428). بنابراین در حقوق کامن‌لا تأثیر رفتار ناقص در ارزیابی و تعیین میزان خسارت را می‌توان مانعی در مقابل تقصیرهای سودجویانه دانست؛ هرچند علی‌النهایی در نظام مذکور، ضمانت‌های تعیین‌شده برای اجرای قرارداد، آزادی بیشتری برای نقض تعهدات قراردادی به امید بردن سود برای ناقص در پی دارد.

برخی از قضات آمریکایی کارآمد بودن پیمان‌شکنی و افزایش ثروت را توجیه‌کننده نظریه نقض کارآمد می‌دانند و البته صرفاً نقض نوع سوم را می‌پذیرند و جواز نقض را منوط به تحصیل رضای زیان‌دیده قبل از نقض قرارداد می‌دانند؛ و اگر زیان‌دیده رضایتش را انکار کرد، متعارف بودن یا نبودن عدم رضای وی مورد بررسی قرار می‌گیرد. بنابراین، اصل نقض مباح (نقضی که به طرقی مانند درج شرط ضمن عقد، زیان‌دیده سابقاً از احتمال نقض مطلع شده و نسبت به وقوع احتمالی آن اعلام موافقت کرده است) به‌عنوان جایگزین نظریه نقض کارآمد، مبتنی بر رضای صریح یا ضمنی زیان‌دیده است (Lahav, 2000: 168). در چنین روالی ایراد مغایرت با عدالت هم وارد

نخواهد بود، زیرا پیمان شکن، در پی غصب حقوق زیان دیده نبوده و سودی هم که به دست می آورد ناشی از بی مسئولیتی نیست و وی صرفاً به دلیل پیشگیری از زیان خویش چنین اقدامی داشته و در عین حال جبران خسارات وارده به طرف مقابل را نیز برعهده می گیرد. همچنین نقض قرارداد به هر اندازه ناعادلانه و ناکارآمد به نظر آید، به همان میزان، تعهد ناقص نسبت به جبران خسارتی که در اثر تقصیر وی به وجود آمده است سنگین می شود و خسارت تا جایی جبران می شود که عدالت برقرار شود.

### ۲-۲-۳. مسئولیت مدنی اشخاص ثالث سهام در نقض قرارداد

تکاپوی بازار آزاد، اساساً مبتنی بر رقابت و نتیجه آن پیشنهاداتی برای معامله بهتر با قیمت بیشتر است و قرارداد نیز وسیله ای برای تخصیص بهتر منابع است و این تخصیص حتی اگر با عدم اجرای قرارداد صورت پذیرد، هدف حقوق قراردادی برآورده و مطلوب حاصل شده است. هدف از تثبیت مسئولیت مدنی شخص ثالث در نقض کارآمد آن است که انگیزه اشخاص ثالث برای اخلال در قرارداد دیگران را از بین ببرد و از چنین اقدامی توسط ایشان ممانعت به عمل آید و در صورت اقدام به تشویق یکی از طرفین معامله به نقض، بسیار محتاطانه و با ملاک افزایش سودآوری و کاهش ضرر وارد عمل شوند. شناخت یا عدم شناخت مسئولیت برای ثالث، منوط به ابتدای نظام حقوقی بر اصل «نسبی بودن قراردادها» یا در نقطه مقابل آن اصل «قابلیت استناد» است. اولی، تنها طرفین را متعهد می سازد و رابطه قراردادی را برای اشخاص ثالث موجد تکلیف نمی داند و لذا نقض نیز مسئولیتی برای غیرطرفین ایجاد نمی کند و حقوق قراردادی برای ثالث دخیل و مؤثر در نقض، تکلیفی قائل نیست (Hatzis, 2006: 179-180). اما دومی در مقام بیان آثار غیرمستقیم قرارداد بر اشخاص ثالث است و به موجب آن هر چند اشخاص ثالث تابع تعهدات مستقیم ناشی از خود قرارداد نیستند، اما به شناسایی وجود وقایع، حقوق و اعمالی ملزم اند که دارای وصف قابلیت استناد هستند. نتیجه این اصل امکان اثبات مسئولیت مدنی برای ثالث مقرر است و به نظر می رسد با نگرش اقتصادی به حقوق سازگاری بیشتری دارد.

### ۱-۲-۲-۳. حقوق ایران و فرانسه

در حقوق ایران و فرانسه، اگر اشخاص ثالث با علم به قصد نقض متعهد، یاری گر وی شوند، در برابر زیان دیده صرفاً مسئولیت مدنی خواهند داشت. قبل از اصلاحیه مسئولیت قانون فرانسه، دیوان عالی آن کشور، به استناد اصل «قابلیت استناد قراردادها» قائل به مسئولیت مدنی برای

اشخاص ثالث بود (Carbonnier, n° 122; Flour et al., 2002, n° 434; Terré et al., 2018, n° 490) و با اصلاحیه مذکور، این رویه وارد قانون فرانسه شد. بدین نحو که وقتی ثالثی در تخطی از قرارداد، با یکی از دو طرف شراکت می‌کند، در برابر طرف دیگر مسئولیت می‌یابد. مانند: پیشنهاد دستمزد بیشتر و اغوای کارگری در تخطی از قراردادی که طی آن قرارداد، خدمت خود را در قبال دستمزد معلوم در انحصار کارفرمایی قرار داده است. این اقدام شخص ثالث نامتعارف و نوعی تقصیر است، زیرا وی نیز باید به تعهد میان زیان‌دیده و کارگر احترام گذارد و قرارداد در برابر او هم قابل استناد است.

همچنین است در موردی که مالکی در مقابل خریداری به موجب قول‌نامه تعهد کرده است ملک خود را به وی بفروشد و دیگری با علم به وجود این تعهد ملک را از او می‌خرد و بدین وسیله موضوع تعهد را از بین می‌برد. وجود تعهد پیشین، در برابر خریدار اخیر قابل استناد است و مشارکت وی در این نقض عهد، تقصیر به شمار می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: شماره ۶۲۸). برای تحقق مسئولیت اشخاص ثالث، نیازی به قصد ضرر و یا تقلب از ناحیه ایشان نیست. مسئولیت شخص ثالث در صورت آگاهی از رابطه قراردادی محقق شده و اگر در روابطی که وی با بدهکار شکل می‌دهد بر تمام یا بخشی از اجرای تعهد او با طلبکار مانع ایجاد کند و در اثر آن مانع، خسارتی به طلبکار وارد شود، مسئول است. بر همین مبنا در اصلاحیه قانون فرانسه، مسئولیت اعتبار شده برای ثالث منحصر به جنبه مدنی است و قراری بر مسئولیت کیفری وی وجود ندارد. نکته قابل توجه این است که در برخی آرای قضائی پیش از اصلاحات ۲۰۰۵، مسئولیتی برای شخص ثالثی که با حسن نیت مال مورد تعهد در معامله دوم را به دست آورده، لحاظ نشده است که به نظر می‌رسد حسن نیت ثالث ابرای وی از مسئولیت را سبب شده است. البته برخی از حقوق‌دانان، چنین آرای را مبتنی بر ملاحظات اقتصادی دانسته‌اند. زیرا اجرا یا عدم اجرای قرارداد به عوامل اقتصادی مانند هزینه‌های معاملاتی، برابری یا نابرابری اطلاعاتی و سود مورد نظر طرفین از اجرا یا عدم اجرای قرارداد، ارتباط دارد، در حالی که شرایط پس از انعقاد قرارداد دگرگون شده است. بنابراین در چنین شرایطی، پس گرفتن ایجاب یا تعهد فروش، در قالب عدم اجرا یا نقض کارآمد قرارداد می‌گنجد (Mainguy, 2004: 18).

### ۳-۲-۲. حقوق کامن‌لا

اصل مسئولیت اشخاص ثالثی که در نقض قرارداد مشارکت داشته‌اند در حقوق معاصر انگلستان به رأی مشهوری (Lumley V Gye) در سال ۱۸۵۳ برمی‌گردد که پس از آن در تمام

ایالت‌های آمریکا پذیرفته شد. در این پرونده، مدیر یک تئاتر با خواننده‌ای قرارداد انحصاری اجرای موسیقی می‌بندد، اما پیشنهاد رقیب وی برای اجرای همان برنامه با پول بیشتری به خواننده، موجب می‌شود خواننده قرارداد نخست خود را نقض کند. به دنبال آن، مدیر از ثالث مسبب نقض شکایت و مطالبه خسارت می‌کند. دادگاه چنین استدلال می‌کند که اصل نسبی بودن قرارداد مانع از تحقق مسئولیت ثالثی که به طور عمدی شرایط عدم اجرای قرارداد را فراهم کرده نیست. امروزه، تفکیک بین دو اصل اثر نسبی و قابلیت استناد قرارداد در کامن‌لا آشکار نیست و حقوقدانان نیز این مسئولیت را همانند یک سرپیچی از اثر نسبی قرارداد می‌دانند (Treitel, 2003: 619). برخی از نویسندگان نیز برای تأیید مشروعیت وجود این نوع مسئولیت، حق مطالبه ناشی از این مسئولیت را با حقوق عینی یکسان و در نتیجه در برابر همه قابل استناد می‌دانند (Farnsworth, 1985: n° 111).

از نظر حقوق کامن‌لا، تحقق مسئولیت ثالث در عدم اجرای قرارداد، منوط به وجود شرایطی است. اولاً، صرف نقض قرارداد توسط متعهد موجب تحقق مسئولیت برای ثالث نشده (Laithier, 2004: 511) و اثبات تقصیر عمدی و اطلاع وی از وجود قرارداد در زمان نقض ضروری است و می‌توان گفت قصد ضرر زدن به طلبکار، شرط بنیادین تحقق این شبه‌جرم است. بدین‌سان، علاوه بر مسئولیت مدنی شخص ثالث، اثبات رابطه سببیت بین تقصیر وی و خسارت وارد به طلبکار، جنبه مسئولیت کیفری برای او را نیز سبب می‌شود.

ثانیاً مسئولیت ثالث فرع و تابعی از مسئولیت متعهد محسوب نمی‌شود. بلکه اگر متعهد بتواند به شرط زایل‌کننده مسئولیت استناد و مسئولیت خود را نفی کند، باز هم مسئولیت ثالث به قوت خود باقی خواهد بود.

نکته پایانی این است که به طور کلی در نظام حقوقی کامن‌لا که مسئولیت اشخاص ثالث (پرداخت خسارت تبیهی یا خسارت‌های ناظر به اعاده وضعیت زیان‌دیده به حالت قبل از انعقاد قرارداد) منشعب از نیروی الزام آور قرارداد محسوب می‌شود، اثر اجرای تعهد قراردادی کم‌تر است. همچنین علی‌رغم به رسمیت شناخته شدن تجارت آزاد و تخصیص مطلوب منابع، مسئولیت متعهد سهیم در «نقض قرارداد»ی که ناکارآمد تشخیص داده شود، سنگین‌تر و غیرواقعی‌تر است (Laithier, 2004: 518).

### نتیجه

مسئله نقض عمدی و نسبت آن با نقض کارآمد در بسیاری از کشورها مطرح شده است. مطابق احکام موجود، طرف متضرر از نقض کارآمد راهکارهای وسیعی در جهت جبران

خسارت‌های وارده را دارد. اما شرط عدم مسئولیت به دلیل مغایرت با نظم عمومی در مورد نقض کارآمد قابل استناد نیست. راهکار مقابله‌ای حقوق ایران اگرچه انواع نقض را نشناخته است، اما گاه بازدارندگی آن در برابر نقض عمدی در حد ایجاد مسئولیت کیفری است و همانطور که مورد اشاره قرار گرفت در مبحث قراردادی در دنیای امروز بهتر است که مسئولیت‌های کیفری کنار گذارده شوند، چراکه در تحلیل اقتصادی هدف از وضع خسارات قراردادی، مجازات یا تنبیه ناقض نیست، بلکه جبران خسارت زیان‌دیده است. این رویکرد موجب اجرای اختیاری قرارداد نیز خواهد شد، به نحوی که اگر نقض منطقی و معقول باشد، طرفین به نقض آن روی آورند، یعنی به نحوی که گاه عدم اجرای قرارداد سودمندتر و یا گاه از ضرر و زیان قابل توجهی جلوگیری می‌کند.

نظریه «نقض کارآمد» با اهداف کاهش هزینه‌ها و اجتناب از ضرر بیشتر در عرصه تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد، نتیجه این دیدگاه و گرایش است که از مهم‌ترین اختلافات بین دو دیدگاه اخلاقی و ابزاری درباره مفهوم پای‌بندی به تعهدات قراردادی است. اینکه در قراردادهای تجاری متعهد به جهت بالا رفتن هزینه‌های انجام تعهد، تمایلی به اجرای تعهدات قراردادی ندارد، اتفاق نادری نیست. لزوم پای‌بندی چنین فردی به توافقش با متعهدله و یا امکان نقض قرارداد به انضمام پرداخت خسارت، به انتخاب یکی از این دو گرایش فکری و فلسفی بستگی دارد: در نظام حقوق قرارداد مبتنی بر فلسفه اخلاقی و وظیفه‌گرایی، متعهد به حکم اخلاق وظیفه دارد قرارداد را اجرا کند و متعهدله نیز حق دارد الزام متعهد به اجرای قرارداد را مطالبه نماید و لذا متعهد به جهت التزام اخلاقی باید به قرارداد خود پای‌بند باشد. اما براساس دیدگاه ابزاری و نتیجه‌گرا، متعهد می‌تواند، در صورتی که منافعش ایجاب نماید، قرارداد را نقض کند. در این دیدگاه که خسارات قراردادی، به هدف جبران خسارت زیان‌دیده وضع شده است، متعهد در هر حال باید خسارت متعهدله را جبران کند. چنین نقضی هر چند با دیدگاه‌های سنتی حقوق قرارداد منافات دارد، ولی موجب کارایی اقتصادی است و از دیدگاه اقتصادی، عدالت چیزی جز کارایی اقتصادی نیست و هر چیز که کارآمد باشد عادلانه نیز هست.

در نظام‌های سنتی حقوقی همچون ایران، مسئولیت مدنی به جبران خسارت منحصر می‌شود، اما در نظام کامن‌لا، علاوه بر جبران خسارت، پیش‌گیری از وقوع ضرر در آینده نیز لحاظ و مصداق مسئولیت مدنی محسوب می‌شود. ناگفته نماند دو قاعده «تکلیف متعهدله به کاستن خسارت» و «مسئولیت شخص ثالث» که از نتایج بارز بازبینی پاره قواعد سنتی مسئولیت مدنی در بسیاری از کشورها در اثر ظهور حوادث جدید و مکتب‌های جدید حقوقی مانند مکتب تحلیل اقتصادی حقوق در آمریکا از سال ۱۹۷۰ و مکتب تحلیل حقوق بشری تعهدات در اروپا بود،

به دلیل عدم مخالفت با مقررات و روح قوانین در ایران، واجد قابلیت به کارگیری در حقوق ایران هستند.

نقض کارآمد با بهره‌گیری از تمام عناصر نو بنیاد پیش گفته، قدرت تطبیق چشم‌گیری بر اصول و قواعد نوپیدای حقوق تعهدات و مسئولیت مدنی دارد و به نسبت دیدگاه‌های سنتی، قابلیت بیشتری در تأمین اهداف قراردادی از خود بروز داده است که نگاهی جدی بدان را می‌طلبد. امروزه در بسیاری از نظام‌های حقوقی اباحه نقض کارآمد، امری مسلم است و لزوم وجود ملاک کارآمدی و معیار پارتو، در کنار قواعد پیش گفته مانع افراط مستهجن در به کارگیری این پدیده می‌شود. نظام حقوقی ایران، هر چند بر قاعده «اصالة اللزوم» بنیان نهاده شده است، اما با تطبیق قواعد نوپیدا و مقرر کردن ملاک‌های متضمن تحقق عدالت قراردادی، امکان پذیرش «اباحه نقض کارآمد» منتفی نیست و می‌توان از مزایای آن در غنای حقوق قراردادی بهره جست. بی‌شک تطبیق این نظریه بر مسلمات فقهی و حقوقی و رفع تعارضات احتمالی، نیازمند پژوهش‌های بیش و با گستره بیشتر است.

## منابع

## الف) منابع فارسی

- انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران: جنگل.
- بابایی، ایرج (۱۳۸۶)، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۲۳.
- رضایی استخریویه، مصطفی و افلاطون اسفندیاری مهنی (۱۳۹۴)، «تحلیل اقتصادی مورد معامله و آثار آن بر ضمانت اجرای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی»، مجلس و راهبرد، شماره ۸۱.
- زمانیان، معصومه (۱۴۰۰)، ارزیابی و جبران خسارت در قراردادهای تجاری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه پیام نور تهران جنوب.
- سادات اخوی، سیدمحسن و محمود کاشانی (۱۳۸۰)، «تکلیف زیان‌دیده به کاستن از خسارت با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی: الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری)، تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، حقوق مدنی؛ معاملات معوض - عقود تملیکی: بیع - معاوضه - اجاره - قرض، تهران: انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: سهامی.
- ایمانی جاجرمی، حسین (۱۳۸۰)، «سرمایه اجتماعی و مدیریت شهری»، نشریه مدیریت شهری، شماره ۷.
- بوردیو، پی‌یر (۱۳۸۰)، نظریه کنش، مرتضی مردی‌ها، تهران: نقش و نگار.

## ب) منابع عربی

- انصاری، مرتضی (۱۳۷۸)، مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۲۱)، تقریرات محمد حسین نائینی، منیه الطالب، قم: نشر اسلامی.

## ج) منابع انگلیسی

- Baumer, D., & P. Marschall (1992), "Willful breach of contract for the sale of goods: Can the bane of business be an economic bonanza?", **65 Temple Law Review**, No.159.
- Bentham, G. (1789), The theory of legislation, Principles of the civil code, at: <http://www.jstor.org>.
- Bridge, M. G. (ed.) (2010), "Benjamin's sale of goods", **Common law library**, London: Sweet & Maxwell.
- Calabresi, G., A. D. Melamed (1972), "Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral", **Harvard Law Review**: <http://www.jstor.org>.
- Campbell, D. (2001), "Breach and penalty as contractual norm and contractual anomie", **Wisconsin LR**, No. 681.
- Campbell, D., & D. R. Harris (2002), "In defense of breach", **22 Leal Studies**.
- Carbonnier, J. (2000), **Droit civil t.4 les obligations**, 22<sup>e</sup> ed, Paris: Puf Themis.
- Coase, R. H. (2013), "The problem of social cost", **The Journal of Law and Economics**, No.56.
- Cooter, R., & Th.Ulen (2011), **Law and economics**, Pearson Educacion, 6th edition.

- Cornu, G. (1992), **Vocabulaire juridique**, Paris: Presses universitaires de France, 3<sup>o</sup> Ed.
- Curtis, L. (1986), "Damage measures for bad faith breach of contract: an economic analysis", **Stanford Law Review**, No. 1, at: <http://www.jstor.org>
- Devlin, L. (1965), **The Enforcement of Morals**, Oxford University Press.
- Eisenberg, M. A. (2005), "Actual and virtual specific performance", **California Law Review**, Vol. 95.
- Eisenberg, M. (2004), **The theory of efficient breach and the theory of efficient termination**, University of California, Berkeley, at: <http://repositories.cdlib.org/berkeley-law-econ/spring2004>.
- Farnsworth, E. A. (1985), "Your loss of my gain? The dilemma of disgorgement principle in breach of contract", **Yale Law Journal**, Vol. 94, at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol94/iss6/4>.
- Friedman, D. (1989), "The Efficient Breach Fallacy", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 18, No. 1.
- Fuller, L. L., & W. R. Perdue (1936), "The Reliance Interest in Contract Damages", **Yale Law Journal**, Vol. 46, No. 1.
- Gordley, J. (2002), "The moral foundation of private law", **American Journal of Jurisprudence** 1, No.47.
- Hatzis, A. N. (2006), "Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?", *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=661661>.
- Holmes, O. W. (1881), "Common law", at: [http://biotech.law.su.edu/Books/Holmes/claw\\_chtm](http://biotech.law.su.edu/Books/Holmes/claw_chtm).
- Kant, I. (1994), *General introduction to the metaphysics of morals*, The great books.
- Kimel, D. (2010), **The morality of contract and moral culpability in breach**, King's L.
- Kuchhal, M. C. (1999), **Business Law**, Third Revised Edition.
- Lahav, G. (2000), "A Principle of Justified Promise - Breaking and its Application to Contract Law", **Annual Survey of American Law**, Vol. 57, N.Y.U.
- Lewinsohn-Zamir, D. (2012), "The questionable efficiency of the efficient breach doctrine", **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, No.5.
- Macneil, I. R. (1988), "Contract Remedies: A Need for Better Efficiency Analysis", **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**, No.144(1). <http://www.jstor.org/stable/40751045>
- Markovits, D., & A. Schwartz (2011), "The myth of efficient breach: New defences of the expectation interest", **Virginia LR**, No. 97.
- Mattei, U. (1995), *The comparative law and economics of penalty clauses in contracts*, *Journal of comparative law*, Vol. 43, *The American Journal of Comparative Law*. At: <http://www.jstor.org>.
- Menetrez, F. (2000), "Consequentialism, promissory obligation and the theory of efficient breach", **UCLA Law Review**, No.47.

- Morgan, J. (2013), **Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law (Law in Context)**, Cambridge University Press; 1<sup>st</sup> edition.
- Posner, R. (2014), **Economic analysis of law**, Wolters Kluwer Law & Business; 9<sup>th</sup> edition
- Shiffrin, S. V. (2007), “The divergence of contract and promise”, **Harvard LR**, No.120.
- Smith, S. A. (2004), **Contract Theory**, Oxford: Clarendon press.
- Symeonides, S. (2010), Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective, Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven International Publishing. Printed in The Netherlands.
- Terré, F., Ph. Simler, & Y. Lequette (2002), **les obligations**, 8 éd, Paris: Dalloz.
- Terré, F., Ph. Simler, Y. Lequette & F. Chéné (2018), **Droit civil**, les obligations, 12<sup>e</sup> édition, D., & Ch. Fried (1981), **Contract as Promise**, Cambridge MA: Harvard University press.
- Thill, M., et al. (2014), **France (chapter 11), The Private Competition Enforcement Review - France**, Law Business Researcher Ltd.
- Treitel, G. H. (2003), **The law of contract**, 11 ed, London, Sweet and Maxwell.
- Uniform Commercial Code (UCC), [www.legislature.mi.gov](http://www.legislature.mi.gov)
- Wilkinson-Ryan, T. (2010), “Do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment”, **Michigan, Law Review**, No.108.

#### د منابع فرانسسه

- Dissaux, N., & Ch. Jamin (2016), **Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, Paris: Dalloz.
- Ferrier, N. (2015), “Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat (Rapport français), La réforme du droit des obligations en France”, **jours franco-allemandes**, dir. R. Schulze et alii, Société de législation compare, No.5<sup>e</sup>
- Flour, J., Aubert, J.-L., & E. Savaux (2002), **Les obligations t.1**, l'acte juridique, 10<sup>e</sup> ed, Armand Colin.
- Ghestin, J., Loiseau, G., & Serinet, Y. (2013), **La formation du contrat**, Tome 1. Le contrat, le consentement. 4<sup>th</sup> ed, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence and Lextenso.
- Guionard, P. (2016), **Réforme du droit des obligations - Supplément**, Dalloz.
- Laithier, Y.-M. (2004), **Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat**, Paris: L.G.D.J.
- Mainguy, D. (2004), **L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter**, Université de Montpellier, RTDciv.
- Rémy, Ph. (1997), **La Responsabilité Contractuelle: Histoire d'un faux Concept**, RTD civ, 7<sup>e</sup> éd.
- Urvoas, J.-J. (2017), **Projet ROJE de Refome de la Responsabilite Civil**, Ministère de la justice.
- Viney, G. (2019), **Introduction à la responsabilité**, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> édition.
- Viney, G., & P. Jourdain (1998), **Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité**, 2 éd, Paris: LGDJ.