

نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد

مطالعه‌ی تطبیقی و انتقادی در حقوق آمریکا

دکتر عباس قاسمی حامد *

علی‌رضا نواریان **

چکیده

نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، محصول جامعه‌ی سرمایه‌داری آمریکایی، از جهات مختلف اخلاقی، حقوقی و نیز اقتصادی دارای اشکال است. از جهت اخلاقی، این نظریه، با خودمختاری و استقلال اراده‌ی بشر مخالف است. طرف‌داران این نظریه به اراده‌ی متعهدله، به‌عنوان انسانی آزاد و دارای استقلال اراده واقعی نمی‌نهند. از نظر حقوقی نیز این نظریه با قوانین موضوعه‌ی حقوق ایران و فرانسه از جمله اجرای اجباری قرارداد به‌عنوان ضمانت اجرای نقض قرارداد و نیز قانون نحوه‌ی اجرای محکومیت‌های مالی مخالف است. هم‌چنین این نظریه از نظر اقتصادی نیز، چنان‌که طرف‌داران آن ادعا دارند، کارآمدی اقتصادی را در پی ندارد. از جمله هزینه‌های اجتماعی ناشی از نقض قرارداد به جهت درونی نشدن آن‌ها به اشخاص ثالث تحمیل می‌گردد؛ و سود ناشی از نقض قرارداد عاید متعهد می‌شود در حالی که هزینه‌ی خارجی نقض قرارداد بر متعهدله، که نقشی در نقض قرارداد نداشته است، تحمیل می‌شود.

* دانشیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق خصوصی.

کلید واژگان

نقض قرارداد، اجرای اجباری قرارداد، خودمختاری اراده، وضعیت بهینه پارتو، وضعیت برتر پارتو، مسئولیت قراردادی، هزینه اجتماعی، هزینه خارجی، درونی نمودن هزینه‌های خارجی.

مقدمه

در جوامع سرمایه‌داری و با اقتصاد آزاد، حقوق در خدمت اقتصاد کشور است. در این جوامع قواعد حقوقی از نظر تأثیری که بر اقتصاد جامعه دارند مورد ارزیابی قرار می‌گیرند. قواعد حقوقی، به مثابه ابزاری در جهت نیل به اهداف اقتصادی جامعه هستند؛ از این منظر، قواعد حقوقی وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف جامعه می‌باشند و خود به تنهایی اصالت ندارند. در این جوامع، قواعد حقوقی باید مطابق با اهداف اقتصادی مورد نظر جامعه باشند. کارآمدی اقتصادی هر قاعده‌ی حقوقی، از نظر هماهنگی با اهداف کلانی که جامعه در پی آن است سنجیده می‌شود. در صورتی که قاعده‌ی حقوقی در نیل به هدف اقتصادی مورد نظر جامعه قاصر باشد، قاعده‌ای کارآمد به‌شمار نمی‌آید و باید با قاعده‌ی حقوقی دیگر متناسب با هدف اقتصادی جامعه، جای‌گزین شود. مکتب ابزارگرایی یا پیامدگرایی نیز در این مفهوم به کار گرفته می‌شود؛ مکتبی که به قواعد حقوقی به دیده‌ی ابزار و وسیله می‌نگرد و نتایج و آثار قواعد حقوقی را از نظر آثاری که در جامعه برجا می‌گذارد، مورد توجه قرار می‌دهد.^۱

قرارداد نیز از این دیدگاه به مثابه ابزار و وسیله‌ی فنی برای رسیدن به اهداف اقتصادی جامعه است و خود به تنهایی اصالت ندارد.

۱. ابزارگرایی به مفهومی که گذشت از سوی برخی اندیشمندان از جمله طرف‌داران مکتب صورت‌گرایی مورد انتقاد واقع شده است. از نظر مخالفان تحلیل قواعد حقوقی بر اساس کارکرد اجتماعی آن، قواعد حقوقی خود هدف بوده و نباید در این راستا، اهداف سیاسی - اجتماعی را در تحلیل و توجیه قواعد دخیل دانست. استقلال قواعد حقوقی و دخالت ندادن اهداف سیاسی مستلزم این است که به قواعد حقوقی به دیده‌ی هدف نگریست نه وسیله. آن‌ها وسیله‌ی نیل به اهداف سیاسی نبوده بلکه خود هدف می‌باشند. برای دیدن عقاید مهم‌ترین نماینده‌ی مکتب صورت‌گرایی رک.

Weinrib, Ernest, The Idea of Private Law, Harvard Press University, 1995, pp. 1-27.

در این راستا، قواعد حقوقی مرتبط با قرارداد باید متناسب و سازگار با اهداف اقتصادی جامعه وضع گردند. اگر ضمانت اجرایی برای نقض قرارداد توسط جامعه وضع می‌شود باید هم‌گام با این هدف باشد، در غیر این صورت قاعده‌ای غیر کارآمد محسوب می‌شود.

اگر روزگاری استثنایی بودن اجرای اجباری قرارداد در کاملاً بنا بر ملاحظات تاریخی - اجتماعی توجیه می‌شد امروز، این امر بر مبنای کارآمدی اقتصادی و بر اساس هزینه‌های اجتماعی توجیه می‌گردد.

یکی از نظریه‌هایی که در راستای تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق آمریکا ارایه شده، نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد است. نظریه‌ای که خشت آن توسط هومنز، قاضی مشهور آمریکایی، زده شده و با گفته‌های روبرت بیرمنگام در دو مقاله‌ی معروف وی و نیز پازنر بنا گردید. در این مقاله، سعی بر آن است نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد معرفی شود؛ نظریه‌ای که امروز در نوشته‌های حقوقی - اقتصادی آمریکایی به وفور یافت می‌شود. هم-چنین، قابلیت پذیرش نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد در حقوق ایران و موانع حقوقی و نیز معایب اقتصادی نظریه، مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

الف - معرفی نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد^۲

همان‌گونه که گذشت، نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، محصول جامعه‌ی سرمایه‌داری با اقتصاد آزاد است؛ جامعه‌ای که اقتصاد آن بر بازار آزاد و با تعداد بسیاری فروشنده و خریدار پی‌ریزی شده است. کالاها و خدمات به‌وفور در آن یافت می‌شود؛ هر کس

2. Efficient Breach.

می‌تواند مایحتاج خویش را در بازار آزاد بیابد و مبادرت به معامله نماید. فروشنده با توجه به تقاضای موجود در بازار آزاد کالای خود را ارایه می‌دهد و خریدار نیز کالای مورد نیاز خویش را تهیه می‌نماید.^۳

براین اساس، دانشمندان اقتصادی - حقوقی از جمله پازنر نظریه‌ای را ارایه کردند که موسوم به نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد است.^۴ بر اساس این نظریه، چنانچه شخصی قراردادی راجع به خدمات یا ارایه‌ی کالایی منعقد کند در صورتی که کالای موضوع معامله به قیمت بالاتری از سوی فردی دیگر درخواست شود، فروشنده می‌تواند با نقض قرارداد و فروش آن به خریدار دوم، سود بیش‌تری نسبت به معامله‌ی اول به دست آورد که در این صورت، نقض قرارداد از نظر این دانشمندان کارآمد است. منتها شرط اعمال این نظریه این است که خسارات خریدار اول به وی پرداخت شود. به این ترتیب وضعیت هر دو بهینه خواهد بود. از این نظر، تخصیص منابع کم‌یاب جامعه بهینه خواهد بود. کالا یا خدمت موضوع معامله به مصرفی اختصاص خواهد یافت که بیش‌ترین ارزش را برای فرد و به تبع آن جامعه خواهد داشت. با تشویق چنین نقضی، ثروت‌های جامعه افزایش خواهند یافت که نتیجه‌ی آن در درازمدت ازدیاد رفاه کل جامعه خواهد بود.

چنین نقضی، علاوه بر این که به نفع فروشنده است و سبب ازدیاد ثروت و رفاه وی می‌گردد به سود خریدار نیز خواهد بود. چه، وی با اخذ مبلغی به‌عنوان بدل پولی انتظار ناشی از اجرای قرارداد، می‌تواند کالای مورد نیاز خود را از فروشنده‌ی دیگری که کالای

3. Farber, D.A., "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract", 66 Virginia Law Review, 1980, pp. 1446-1447.

4. Posner, Richard, The Economic Analysis of Law, Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 118-119.

موردنظر را ارزان‌تر ارایه می‌دهد، تهیه نماید؛ معلوم است مقداری از منفعت انتظاری که وی از فروشنده‌ی اول اخذ نموده به‌عنوان سرمایه برای وی باقی خواهد ماند. هم‌چنین، وی می‌تواند با انصراف از خرید کالای قبلی، پولی را که بابت منفعت انتظار کسب نموده در مصرفی غیر از آن‌چه ابتدا قصد داشته سرمایه‌گذاری نماید. به هر روی، از نظر مدافعان این نظریه، چنین نقض قراردادی باید از سوی جامعه، تشویق و مورد حمایت واقع شود.^۵

در کنار این، در موردی که هزینه‌های اجرای تعهدی به نسبت سود آن گزاف است باید با نقض قرارداد و با دادن بدل پولی منفعت انتظار متعهدله، از اجرای تعهد خودداری نمود. چه، در این صورت نیز، مسلماً ثروت فرد و به تبع آن جامعه در معامله‌ای زیان‌بار بیهوده صرف نخواهد شد. هزینه‌هایی که با نقض قرارداد از بین نمی‌رود مطمئناً، در مصرفی دیگر به کار گرفته خواهند شد. در این راستا، نه تنها وضعیت اقتصادی هیچ یک از طرفین قرارداد وخیم نمی‌شود بلکه هر دو وضعیت بهتری را خواهند یافت؛ فروشنده از صرف هزینه‌های بیهوده معاف می‌شود؛ از طرف دیگر، خریدار نیز نیاز خود را از منبعی دیگر تدارک می‌بیند. به بیان دیگر، وضعیت برتر پارتو، به‌خوبی در این مورد رعایت می‌شود. نقض کارآمد قرارداد با توجه به معیار پارتو، نقضی کارآمد است. حقوق نیز باید چنین نقض قراردادی را تجویز و حمایت نماید.^۶

ملاحظه می‌شود که نظریه‌ی نقض قرارداد با نادیده گرفتن اخلاق، صرفاً از منظر اقتصادی به نقض قرارداد می‌نگرد که این امر متأثر از نظرات هومز، قاضی مشهور آمریکایی، در خصوص جدایی حقوق و اخلاق است؛ دیدگاهی که بی‌گمان در پی‌ریزی

5. Harris, Campbell and Halson, Remedies in Contract and Tort, Cambridge University Press, 2005, pp. 11-12.

6. *Ibid.*, pp. 13-14.

نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، نقشی اساسی داشته و امروزه، طرف‌داران این نظریه صراحتاً به دیدگاه وی اشاره دارند.^۷

ب - سیر تاریخی نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد

از نظر تاریخی، طرف‌داران این نظریه، مبنای این نظریه را به دیدگاه هومز، قاضی مشهور آمریکایی نسبت می‌دهند. هومز، در کتاب خود، کامن لا، در خصوص تعهد قراردادی و الزام ناشی از قرارداد به تخییری بودن تعهد ناشی از قرارداد معتقد است؛ از نظر وی، وقتی فردی قراردادی منعقد می‌کند، الزامی به اجرای تعهد ناشی از قرارداد ندارد؛ تنها در صورت عدم ایفای تعهد قراردادی، وی مکلف به پرداخت مبلغی به عنوان خسارت به متعهدله خواهد بود.^۸ از نظر وی حقوق و اخلاق باید از یکدیگر تفکیک شوند؛ در حقوق قراردادها، اختلاط بین حقوق و اخلاق چشم‌گیرتر از سایر رشته‌های حقوق است.^۹ به همین جهت، هومز، خواهان پیراستن حقوق قرارداد از مفاهیم اخلاقی است. در این راستا هومز برای اثبات ادعای خود مبنی بر تخییری بودن تعهد قراردادی به دعوی " Bromage v.

7. Posner, *op.cit.*, p. 119.

هم‌چنین رک.

Birmangam, R., L., "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", 24 Rutgers Law Review, 1970, p. 283 - Laycock, The Death of the Irreparable Injury Rule, Oxford University Press, 1991, pp. 245.

8. Holmes, "The Path of Law", Harvard Law Review, 1897, pp. 457-462 ("The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else").

9. *Ibid* – Birmangam, *op.cit.*, pp. 282-283.

Genning" استناد می‌کند. دعوایی که قاضی کوک،^{۱۰} در آن نظر به تخییری بودن تعهد قراردادی داده است. به هر روی، با تدقیق در نظریه‌ی هومنز مبنی بر جدایی اخلاق و حقوق و پیراستن قلمرو حقوق قراردادها از مفاهیم اخلاقی می‌توان قائل بر این نظر شد که خشت نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد را این قاضی مشهور آمریکایی با سخنرانی خود در جمع دانشجویان در خصوص الزام ناشی از قرارداد زده که بعدها نویسندگانی چون بیرمنگام و پازنر با استفاده از نظریات او به ارایه‌ی نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد مبادرت نموده‌اند. از نظر اهمیتی که نظریه‌ی بیرمنگام و پازنر در تکوین این نظریه دارد ناگزیر از بررسی مختصر نظریات این دو دانشمند هستیم.

بیرمنگام در مقاله‌ی معروف خود، پس از بررسی سیر تاریخی و نحوه‌ی شکل‌گیری حقوق قراردادها و این که حقوق قراردادها محصول انقلاب صنعتی است اصولی را برای پی‌ریزی نظریه‌ی خود ذکر می‌کند.^{۱۱}

از نظر وی، برای پیشرفت اقتصاد جامعه باید اصولی را مدنظر قرار داد. یکی از این اصول ایجاد فضایی مناسب برای رقابت بین اشخاص است. اقتصاد جامعه، زمانی به رشد و بالندگی خواهد رسید که موازنه‌ی رقابت بین افراد جامعه برقرار گردد. در صورتی این موازنه‌ی رقابتی ایجاد می‌شود که بر جامعه، سیستم بازار آزاد حاکم باشد؛ سیستمی که در آن شرایط ذیل جمع باشد:

10. Coke.

۱۱. گرچه بیرمنگام نامی از نقض کارآمد قرارداد نمی‌برد ولی با مطالعه‌ی دقیق نظریه‌ی وی، او به نقض قرارداد در صورتی که سود ناشی از نقض قرارداد بیش از ضرر متعهدله باشد و بتوان با سود ناشی از نقض قرارداد ضرر متعهدله را جبران نمود، تمایل نشان می‌دهد. در این راستا، او به نظریه‌ی هومنز به شرح مذکور استناد می‌کند.

- ۱- تجارخانه‌ها، کالاهای هم‌گون و یک‌سان تولید نمایند.
 - ۲- عرضه‌کنندگان کالاها و نیز تقاضاکنندگان بی‌شمار باشند، بدین معنی که تعداد زیادی فروشنده و خریدار در بازار وجود داشته باشد.
 - ۳- فروشندگان و مشتریان باید اطلاعات کاملی در خصوص قیمت بازاری کالا و نیز تقاضا داشته باشند.
 - ۴- ورود و خروج در بازار برای فروشنده و خریدار آزاد باشد.
- با جمع شرایط مذکور، رقابت کامل در بازار به‌وجود آمده و اقتصاد کشور رشد خواهد کرد. در این راستا، باید معیارهای کارآمدی اقتصادی در جامعه نیز در نظر گرفته شود. از نظر بیرمنگام، با تحقق شرایط یادشده در بالا اقتصاد جامعه به وضعیت رشد و بالندگی خواهد رسید. منابع کم‌یاب در مصرفی مورد استفاده قرار می‌گیرند که بیش‌ترین کارآیی اقتصادی را برای جامعه دارند. افرادی این منابع را در اختیار خواهند داشت که بیش‌ترین ارزش را برای آن منابع قائل هستند و به‌طور کلی با وجود موازنه‌ی رقابت و بازار آزاد رقابتی، جامعه از نظر اقتصادی رشد خواهد نمود. علاوه بر بهبود وضعیت افراد، جامعه نیز از این ره‌گذر به رشد اقتصادی خواهد رسید.
- هر مانعی که در راه بازار رقابتی به‌وجود آید رشد اقتصادی جامعه را دشوار خواهد کرد. باید موانع رشد اقتصادی جامعه از میان برداشته شود تا به کارآیی اقتصادی نائل گردید. از نظر بیرمنگام، یکی از موانع اساسی موجود در رشد اقتصادی جامعه و ایجاد بازار رقابتی و آزاد، اجرای اجباری قرارداد است. ضمانت اجرای موجود در حقوق قدیم کامن‌لا، مانع رشد اقتصادی جامعه است؛ ضمانت اجرایی که جز خار مزاحم بر سر راه رشد جامعه، کارکردی دیگر ندارد. این مانع از نظر او، باید رفع گردد. در صورتی که نفعی از اجرای تعهدات قراردادی متصور نباشد تعهدات ناشی از قرارداد نباید اجرا شوند. از نظر بیرمنگام، آنچه در قدیم‌الایام سبب می‌شد که تعهدات به صورت اجباری اجرا شوند

نیروی اخلاقی تعهد بود. تعهد موجودی مقدس انگاشته می‌شد که باید بدان به دیده‌ی احترام نگریست.^{۱۲} این موجود اعتباری بایستی اجرا می‌گردید، در غیر این صورت به جهت اخلاقی بودن تعهد قراردادی، نقض آن عملی غیر اخلاقی تلقی می‌شد که جامعه باید با آن به مبارزه برمی‌خواست. منتها، هدف از اجرای اجباری قرارداد جبران است، یعنی بازگرداندن وضعیت متعهدله به وضعیت سابق بر انعقاد قرارداد. دادن خسارت به‌عنوان بدل ایفا سبب می‌شود که متعهدله به وضعیتی دست یابد که در صورت اجرای قرارداد آن وضعیت را داشت. بنابراین، دادن خسارت نیز همان کارکردی را دارد که اجرای اجباری قرارداد ادعای برآوردن آن را دارد. وضعیت متعهدله در صورت پرداخت بدل پولی همان وضعیتی خواهد بود که اجرای اجباری و اختیاری قرارداد بر آن است. در بازار رقابتی دادن پول به‌عنوان بدل انتظار، متعهدله را قادر به رفع نیاز خود از بازار آزاد می‌نماید.

بنابراین، از نظر بیرمنگام، رشد اقتصادی کشور، اقتضا دارد تا اجرای اجباری قرارداد به‌عنوان مانعی در راه بالندگی اقتصادی رفع شود و متعهد بتواند با نقض قرارداد به تخصیص بهینه‌ی منابع کم‌یاب جامعه دست یابد. بیرمنگام با تبعیت از هومز، به‌صراحت پیرایش قواعد حقوقی از اخلاق را توصیه می‌کند.

پازنر، قاضی مشهور آمریکایی، نقض قراردادی که به صورت بالا اتفاق می‌افتد را نقض کارآمد قرارداد نامیده است. اگر، دیروز قواعد راجع به استثنایی بودن اجرای اجباری قرارداد بر مبانی تاریخی و اجتماعی تحلیل می‌شد امروز تحلیل گران اقتصادی، استثنایی بودن اجرای اجباری قرارداد را بر مبانی اقتصادی و کارآمدی اقتصادی آن تحلیل می‌نمایند. نقض قرارداد، از نظر طرف‌داران این نظریه، گامی در جهت تخصیص بهینه‌ی منابع

12. Cohen, "The Basis of Contract", 46 Harvard Law Review, pp. 571-572.

است. اجرای اجباری قرارداد، از نظر این نویسندگان، عقال کارآمدی اقتصادی و تخصیص بهینه‌ی منابع است و باید کنار گذاشته شود. قرارداد از نظر این نویسندگان ابزاری در جهت دستیابی به اهداف اقتصادی جامعه از جمله ازدیاد ثروت و رسیدن به کارآمدی اقتصادی است. به قرارداد باید از این منظر نگریست و قواعد راجع به حقوق قراردادها نیز باید در راستای نیل به این هدف اجتماعی- اقتصادی تحلیل شود و نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد نیز وسیله‌ی فنی برای رسیدن به این هدف اجتماعی است.

ج - معایب نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد

نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد باید از دو بعد اخلاقی و اقتصادی مورد بررسی قرار گیرد. در واقع به کارگیری نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، از نظر اخلاقی شایسته‌ی نقد و بررسی است. هم‌چنین از نظر اقتصادی نیز این نظریه آن‌گونه که طرف‌داران آن ادعا می‌کنند کارآمد نیست.

بند اول - نقد نظریه از بعد اخلاقی

بشر، موجودی خردمند، عاقل و آزاد است و با آزادی ذاتی خود، توان خلق قواعد رفتاری خویش را دارد. آزادی از این نظر، از مفاهیمی است که عقل بی‌واسطه و مستقیم وجود آن را درک می‌کند. قرارداد نیز به واسطه‌ی آزادی ذاتی انسان و استقلال وی در عالم اعتبار به وجود می‌آید. قرارداد مخلوق اراده‌ی بشر، وجودی مقدس دارد و باید به آن به دیده‌ی احترام نگریست. خودمختاری اراده‌ی بشر ایجاب می‌کند که به مخلوق اراده احترام نهاد و برای قانون خصوصی بسان قانون دولتی قدرت اجبارکننده قائل گردید.

نیروی الزام‌آور قرارداد، در واقع احترام به خودمختاری و استقلال اراده‌ی بشر است. از این منظر الزام ناشی از قراردادها، محدودیت نیست بلکه احترام به اراده‌ی بشر در خودمختاری و آزادی بشر است.^{۱۳}

با توجه به مقدمه‌ی بالا، باید پذیرفت نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد برای خودمختاری اراده‌ی بشر ارزشی قائل نیست. همه چیز در گرو سود و فایده‌گرایی است. ارزش‌های اخلاقی در خدمت ازدیاد ثروت فرد و نیز جامعه است. شاید بتوان گفت نظریه‌ی مذکور به اراده‌ی متعهد بیش‌تر ارج می‌نهد و نقض قرارداد را با توجه به دخالت اراده‌ی متعهد، احترام به استقلال و آزادی وی می‌داند. ولی، باید توجه داشت، قرارداد مخلوق اراده‌ی دو نفع متقابل است؛ اراده‌ی متعهد صرفاً یکی از ارکان تشکیل دهنده‌ی قرارداد است. قرارداد، صرفاً با اراده‌ی متعهد تشکیل نمی‌شود تا نقض قرارداد توسط او، احترام به استقلال و آزادی اراده تلقی گردد. نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، به اراده‌ی متعهدله به-عنوان یکی از ارکان تشکیل دهنده‌ی قرارداد توجهی ندارد. گویی این اراده هیچ نقشی در تحقق عقد ندارد و این موجود اعتباری که در بستر زمان جریان دارد تنها با اراده‌ی متعهد ایجاد گردیده است. در این نظریه، قدرت اراده‌ی متعهدله در ایجاد موجود اعتباری نادیده انگاشته شده است.

به تعبیری متعهد با تادیبه‌ی مبلغی به‌عنوان بدل خسارت حاکم بر سرنوشت قرارداد است. اگر هم خسارتی از نقض قرارداد به طرف مقابل نرسیده باشد مسلماً متعهد بدون پرداختی، در نقض قرارداد مختار است و اراده‌ی متعهدله هیچ‌گونه نقشی در انحلال قرارداد نخواهد داشت.

۱۳. از نظر کانت، اراده‌ی بشر که توان خلق قواعد رفتاری خویش را داراست خودآیینی نام دارد.

ملاحظه می‌شود که استقلال و برابری اراده که از اصول مسلم فلسفه اعم از فلسفه‌ی اخلاق و فلسفه‌ی حقوق است، در نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، کاملاً نادیده انگاشته شده است. بنابراین از بعد اخلاقی اراده‌ی متعهد در نقض قرارداد، تجاوز به استقلال و برابری افراد و اراده‌ی متعهدله به‌عنوان موجود مستقل و خودمختار است.

اخلاق هم، چنین عملی را مذموم و ناپسند می‌شمارد؛ چه نقض قرارداد تجاوز به آزادی دیگران از جمله متعهدله است. عملی است که به گفته‌ی کانت با قاعده‌ی عام رفتار هماهنگ نیست. اختیاری است که با اختیار گزینش متعهدله قابل جمع نمی‌باشد. به گفته‌ی کانت «به گونه‌ای عمل کن که رفتار تو بتواند به‌عنوان قاعده‌ی کلی در جهان کارساز باشد». بدیهی است نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد خواه از نظر فلسفه‌ی اخلاق یا فضیلت (مفهوم درونی آزادی)، خواه از نظر فلسفه‌ی حقوق، نظریه‌ای است که به قرارداد به‌عنوان مخلوق اراده‌ی دو طرف ارزش و اعتباری قائل نیست و با اصول اخلاقی ناهماهنگ است. فسخ قرارداد از نظر ارتباط با حقوق طرف مقابل، عملی مذموم است. ولی، آن‌چه از نظر طرف‌داران نظریه مهم است نقض اخلاق و ارزش‌های والای اخلاقی است. اخلاق از منظر طرف‌داران نظریه در بند فایده و سودانگاری است. اخلاق در خدمت مفاهیم فایده-انگاری و نفع‌گرایی و به طور کلی فلسفه‌ی بن‌تأم است. از دید طرف‌داران این نظریه، آن‌چه مهم می‌نماید سود و ازدیاد ثروت فرد و افراد جامعه است. در هر حال با توجه به آن‌چه گذشت، نظریه‌ی نقض قرارداد با اصول اخلاقی هم‌سو نیست.

بند دوم- موانع حقوقی اعمال نظریه

برخی از موانع اعمال نظریه مربوط به ضمانت اجرای اصلی نقض قرارداد است. هم-چنین، آثار برخی عقود، از جمله عقود تملیکی، صرف ایجاد تعهد نیست؛ بلکه اثر مستقیم عقد، تملیک مال یا حق عینی مربوط به آن مال به طرف قرارداد است. تسلیم موضوع

معامله از تعهدات فرعی انتقال‌دهنده است. در کنار این، در برخی موارد، اشخاص ثالث دخیل در نقض قرارداد، مسئول جبران خسارت وارده به طرف معامله می‌باشند و با طرف قرارداد، مسئولیت دارند. منتها مسئولیت این اشخاص مسئولیت قراردادی نیست بلکه، قواعد مسئولیت مدنی بر روابط طرفین حاکم است.

در این بند به بررسی موانع حقوقی مذکور در بالا در اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد خواهیم پرداخت.

۱- اجرای اجباری قرارداد مانعی در پذیرش نظریه

هدف نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، تخصیص بهینه‌ی منابع در مصرفی است که بیش‌ترین کارآیی را برای فرد و اقتصاد جامعه دارد. هدف این است که منابع مالی کم‌یاب جامعه در مصرفی به کار گرفته شود که بیش‌ترین کارآیی اقتصادی را برای جامعه در بر دارد. از نظر پازنر و پیروان وی، کارآیی اقتصادی را باید در ازدیاد ثروت جامعه اعم از ثروت مادی یا غیرمادی دید. با نقض قرارداد، در واقع، موضوع تعهد در مصرفی که جامعه آن را بهینه می‌داند به کار گرفته خواهد شد. ولی، باید توجه کرد که این نظریه با قواعد فعلی حقوق ایران و حقوق فرانسه سازگار نیست. این که بتوان با متعهدله در اقاله‌ی قرارداد توافق نمود سخنی نیست. متعهدله می‌تواند با اراده‌ی خویش، از حق خود صرف‌نظر کند. ولی برخلاف حقوق کامن‌لا، در حقوق ایران و فرانسه نمی‌توان بدون رضای طرف دیگر، عقد را یک‌جانبه فسخ کرد. در واقع چنان‌چه متعهد به تعهدات قراردادی خود و به پیمان خود با طرف دیگر پای‌بند نباشد اجرای اجباری عقد به عنوان ضمانت اجرای اصلی موجود در حقوق ایران و فرانسه، بر وی تحمیل خواهد شد.^{۱۴} این که نقض قرارداد به جهت جلب

۱۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، شماری

سود بیش‌تر، موجب رفاه فرد و جامعه می‌گردد تأثیری در اصل قضیه ندارد. چه، اگر هم متعهده‌ها بتواند موضوع تعهد را از منبع دیگر تهیه نماید تأثیری در حق وی در اعمال قواعد حقوقی راجع به اجرای اجباری قرارداد ندارد. اگر هم، وی بتواند حق خود را از منبع دیگر تهیه نماید و با اعمال تعهد به کاهش خسارت، موضوع تعهد را از شخص دیگری به دلیل مثلی بودن تهیه نماید این امر مانع اجرای اجباری قرارداد نخواهد بود. وانگهی، اصل لزوم قرارداد، پای‌بندی به مفاد قرارداد و تعهدات ناشی از آن را بر متعهده‌ها نیز تحمیل می‌نماید. چه، وی نمی‌تواند بدون تعیین تکلیف قرارداد بین خود و طرف مقابل، به تهیه‌ی موضوع تعهد از منبع دیگر مبادرت نماید. تنها استثنای مهم این است که در مواردی که فوریت اقتضا دارد وی می‌تواند به هزینه‌ی خود موضوع تعهد را توسط اشخاص ثالث به‌جا آورد سپس هزینه‌ی آن را از متعهد مطالبه کند. بدیهی است در این مورد نیز، متعهده‌ها فی‌الواقع عقد فی‌مابین را اجرا می‌نمایند.

نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد به‌ویژه در عقودی که اثر مستقیم آن‌ها تملیک مال اعم از عین یا منفعت است، با قوانین برخورد و تعارض دارد. توضیح این‌که، در حقوق ایران و فرانسه عقد بیع اثر تملیکی دارد. به محض ایجاب و قبول، اثر عقد در عالم اعتبار بی‌درنگ ظاهر می‌گردد و حق عینی فروشنده به خریدار منتقل می‌شود. پس از عقد خریدار حق عینی بر موضوع قرارداد دارد و فروشنده در مورد مبیع بیگانه‌ای بیش نیست. حق فروشنده در مبیع، صرفاً در مورد تضمین‌های قانونی است که قانون برای وی در جهت گرفتن ثمن مقرر نموده است؛ از جمله حق حبس که با استناد به آن می‌تواند از تسلیم مبیع تا وصول ثمن خودداری نماید (ماده‌ی ۳۷۷ قانونی مدنی). با این توضیح، در صورت پذیرش نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، باید برای فروشنده حق فروش مال دیگری را قائل گردید

←

که مسلماً این امر با قواعد عقد بیع، به‌ویژه مالکیت خریدار پس از عقد در تعارض خواهد بود. اگر فروشنده عین متعلق به دیگری را در راستای اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد به شخص ثالث منتقل نماید مسلماً، براساس قواعد پیش گفته معامله‌ی فضولی مرتکب شده است و مالکک پس از عقد می‌تواند با رد معامله‌ی فضولی، بطلان قرارداد منعقد را درخواست نماید. شخص ثالث نیز مآخوذ به مقررات فضولی و انتقال مال غیر خواهد بود. وانگهی، در برخی موارد به‌ویژه موردی که فروشنده برای رسیدن به سود بیش‌تر به فروش مال دیگری مبادرت می‌نماید مقررات کیفری وی را در حکم کلاهبرداری می‌داند. بنابراین، نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، به دلیل برخورد با مقررات آمره و حقوق طرف مقابل، در حقوق ایران قابل پذیرش نیست.

از طرف دیگر، با توجه به این که وجه التزام عدم انجام تعهد، در برخی موارد در ضمن قرارداد گنجانده می‌شود به نظر می‌رسد مشروعیت پذیرش چنین وجه التزامی، کارآمدی نقض قرارداد از سوی متعهد را زیر سوال می‌برد. چه، با تعیین وجه التزام عدم انجام تعهد، که در برخی موارد بیش از ارزش موضوع معامله است، دیگر، اعتقاد به قابلیت اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد صحیح نیست. به‌ویژه، قاضی در مواردی که وجه التزام عدم انجام تعهد در ضمن قرارداد تعیین می‌شود به‌صراحت از تعدیل وجه التزام منع گردیده است. وی، ملتزم به قانون قراردادی طرفین است و باید به این قانون خصوصی احترام نهد. نیروی الزام‌آور عقد بر وی نیز تحمیل می‌گردد و وی حق تعدیل وجه التزام را ندارد. وانگهی، با توجه به اصل لزوم قراردادها، تعیین وجه التزام مشعر بر وجود حق فسخ که حق اضافی شمرده می‌شود، نیست. به همین جهت، اگر هم وجه التزام متعادل تعیین گردد متعهد نمی‌تواند با پرداخت آن از اجرای قرارداد خودداری نماید؛ زیرا، قائل شدن به

چنین حقی برای وی در حقیقت، به منزله‌ی وجود خیار شرط است که در صورت عدم تصریح به آن باید به فقدان خیار با توجه به اصل لزوم قرارداد نظر داد.^{۱۵}

هم‌چنین باید توجه کرد که در حقوق ایران و نیز فرانسه قاعده‌ای وجود دارد که دکترین و اندیشه‌های حقوقی در خصوص شروط عدم مسئولیت و تحدید مسئولیت آن را به صراحت پذیرفته است. با این توضیح که، در برخی موارد شروط عدم مسئولیت یا شرط تحدید مسئولیت در بطن قرارداد شرط می‌شود؛ وجود این شروط سبب می‌شود که متعهد در صورت نقض قرارداد مسئولیت قراردادی نداشته یا مسئولیت وی محدود به میزان مشخص و محدودی باشد. قاعده‌ی مورد پذیرش در شروط عدم مسئولیت یا شرط تحدید مسئولیت، این است که در موردی که تقصیر متعهد در نقض تعهد قراردادی، تقصیری عمدی یا تقصیر سنگین یا در حکم آن باشد، شرط عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت مانع از مسئولیت متعهد نخواهد شد. در این موارد، در صورت امکان اجرای اجباری قرارداد، متعهد ملزم به اجرای قرارداد خواهد شد و در صورت عدم امکان اجرای تعهد به فرض وجود شرط عدم مسئولیت، متعهد باید ضرر و زیان ناشی از نقض قرارداد را جبران نماید. تقصیر عمدی متعهد در نقض قرارداد، مسلماً مانع از اعمال شروط عدم مسئولیت است. بحث اصلی در نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد این است که نقض قرارداد در این نظریه عمدی است. این نقض در جهت جلب سود بیش‌تر صورت می‌پذیرد، یعنی قانون قراردادی و خصوصی برای این که سود بیش‌تری عاید متعهد شود به عمد توسط او زیر پا نهاده می‌شود. به همین دلیل، این نظریه، نه در حقوق فرانسه و نه در حقوق ایران قابل

۱۵. در این خصوص رک. گوتز و اسکات، "خسارات مقطوع، کیفرها و اصل جبران عادلانه: ملاحظات" در خصوص نظریه نقض کارآمد قرارداد"، مجله حقوقی دانشگاه کلمبیا، صص. ۵۹۴-۵۵۴ - کاتوزیان، پیشین، شماره‌ی ۸۶۳، ص. ۲۸۳-۲۸۲.

پذیرش نیست. نتیجه این که به دلایل مذکور، نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد در حقوق ایران و فرانسه قابل اعمال نیست.

۲- مسئولیت اشخاص ثالث دخیل در نقض قرارداد

گاه، اشخاص ثالث با ترغیب متعهد، زمینه‌ی نقض قرارداد را فراهم می‌نمایند؛ برای مثال، اگر شخصی به اجرای موسیقی در مقابل دیگری در ساعت و روز مشخصی متعهد گردد و سپس شخص ثالثی با پرداخت حق الزحمه‌ی بیش‌تری وی را ترغیب به نقض قرارداد نماید در این صورت مسئولیت شخص ثالث در نقض قرارداد مطرح می‌گردد. در نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد نیز یکی از فروض موردی است که شخص ثالث ایجابی خطاب به متعهد صادر می‌نماید که در آن میزان عوض پیشنهادی بیش از ایجابی است که وی قبلاً پذیرفته است. آنچه مسلم است در صورتی که سوءنیت شخص ثالث در ایجاب و ترغیب طرف قرارداد به نقض قرارداد اثبات گردد و شرایط مسئولیت جمع آید مسلماً، وی در مقابل طرف قرارداد مسئول جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد است. منتها، باید توجه نمود که در این فرض مسئولیت شخص ثالث مسئولیت قراردادی نیست.^{۱۶} چه، یکی

۱۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، جلد اول: قواعد عمومی، انتشارات دانشگاه تهران، شماره‌ی ۷ صص. ۷۸-۷۹. در حقوق فرانسه:

Bénabent, Droit Civil, Les contrats Spéciaux Civil et Commerciaux, 7 édition, Montchrestien, 2006- Bénabent, Droit Civil, Les obligations, 11^e édition, Montchrestien, 2007, N. 247- Carbonnier, Droit Civil, Les obligations T.4. Thémis, 1998, N. 122 - Flour, Aubert, Savaux, Droit Civil, Les obligations, 1, L'acte juridique, Armand Colin / Delta, 2007, N. 434 - Larroumet, Droit Civil, Tome III, Les obligations, Le Contrat, 2 partie Effets, Economica, 2007, N.746.

از شرایط تحقق مسئولیت قراردادی، وجود رابطه‌ی قراردادی بین طرفین دعواست که در ما نحن فیه، بین اصحاب دعوا رابطه‌ی قراردادی و تعهدی از پیش مبنی بر رعایت مفاد قرارداد منعقد شده بین طرفین وجود ندارد. به همین دلیل، مسئولیت ثالث در جبران خسارت وارده مسئولیت قراردادی نخواهد بود. مسئولیت ثالث در این مورد، مسئولیت مدنی است که با جمع شرایط تحقق آن، جبران خسارت وارده ناشی از نقض قرارداد توسط متعهد را در پی دارد. دلیل تعهد ثالث در جبران خسارت را، برخی از نویسندگان قابل استناد بودن عقد در مقابل اشخاص ثالث دانسته‌اند. به نظر اینان، درست است که بین طرفین قرارداد و شخص ثالث هیچ رابطه‌ی قراردادی وجود ندارد و اصل نسبی بودن قراردادهای و آثار آن صرفاً محدود به طرفین قرارداد است ولی باید توجه کرد که قرارداد و آثار ناشی از آن در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد است. حقوقی که اشخاص از قرارداد به دست می‌آورند شایسته‌ی احترام از سوی سایرین است ولو هیچ دخالتی در انعقاد قرارداد نداشته باشند. به همین دلیل، اشخاصی که در نقض قرارداد بین دو طرف دخالت می‌کنند مسئول جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد هستند. منتها، رابطه‌ی حقوقی شخص ثالث و متضرر از نقض قرارداد به جهت فقدان رابطه‌ی قراردادی در محدوده‌ی مسئولیت قراردادی نمی‌گنجد. رابطه‌ی آنان با توجه و لحاظ مسئولیت غیرقراردادی یا مدنی مورد مطالعه است؛ باید شرایط مسئولیت و به طور کلی مسئولیت این اشخاص را در این محدوده بررسی نمود. حال با توجه به توضیح مذکور، پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا مسئولیت اشخاص ثالث دخیل در نقض قرارداد مانعی در اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد محسوب می‌گردد یا خیر؟ در موردی که عقدی که سابق بر نقض قرارداد منعقد گردیده نقض می‌شود و اثر مستقیم قرارداد ایجاد حق عینی برای طرف قرارداد است مسلماً، مسئولیت اشخاص ثالث در مقابل متضرر، مانع از اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد خواهد بود. چه، پیش از نقض قرارداد، مالکیت مال به طرف قرارداد منتقل گردیده است.

اگر ثالث دستی در مال دیگری داشته باشد به حکم قانون به جبران خسارت و نیز استرداد مال در صورت وجود آن به مالک مکلف خواهد بود و در صورت تلف مال متعهد به دادن مثل یا قیمت است. ولی، در موردی که عقد سابق، عقدی عهدی باشد ممکن است تصور شود که مسئولیت شخص ثالث در مقابل طرف قرارداد مانعی در اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد ایجاد نمی‌نماید. چه، با پرداخت خسارات وارده، طرف قرارداد می‌تواند با نقض قرارداد، تعهد ناشی از عقد دوم را که با شخص ثالث منعقد گردیده اجرا نماید. این تحلیل با توجه به پی‌ریزی نیروی الزام‌آور عقد و نیز اصل لزوم معاملات قابل قبول نیست. تنها موردی که می‌توان قائل بر این نظر بود موردی است که انجام تعهد قراردادی در ظرف زمانی مقرر به صورت وحدت مطلوب باشد. در این شق، مسلماً انجام هر دو تعهد در یک زمان با توجه به امکانات متعهد امکان‌پذیر نیست؛ به همین جهت، ممکن است نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد به کار آید. به‌ویژه این که، متعهدله دو مسئول در مقابل خود دارد؛ یکی از آن‌ها طرف قراردادی است که به اجرای مفاد تعهد متعهد است و در صورت عدم امکان اجرای عقد مسئولیت قراردادی دارد و آن دیگری شخص ثالث است که با نقض قرارداد توسط طرف قرارداد مسئولیت جبران خسارات براساس قواعد مسئولیت مدنی بر عهده‌ی وی است. متعهدله می‌تواند برای جبران خسارات خود به هر کدام که صلاح می‌داند رجوع نماید. اختیار رجوع برای جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد، اختیاری است که قانون و قرارداد با تکیه بر قانون به وی اعطا نموده‌اند و هیچ کدام نافی دیگری نیست. بنابراین، در این مورد خاص ممکن است نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد رخ نماید. ولی اشکال در این است که اگر متضرر از نقض قرارداد بتواند به هر یک از آن‌ها رجوع کند، متضرر از نقض قرارداد، به مالی بیش از آنچه استحقاق دارد دست پیدا خواهد نمود. وی، از این وضعیت، سوءاستفاده خواهد نمود و در این مورد مسلماً، استفاده‌ی بلاجهت اتفاق خواهد افتاد. نقض قرارداد نیز واقعاً کارآمد نخواهد بود. تخصیص بهینه‌ی اموال نیز

در این مورد با توجه به موارد بالا اتفاق نخواهد افتاد. ولی باید توجه کرد که در مسئولیت مدنی یکی از شرایط رجوع به مسئول فعل زیان- بار و به بیان دقیق‌تر یکی از شرایط جبران خسارت این است که قبلاً جبران نشده باشد. در هر یک از دو مورد، چنانچه متضرر از نقض قرارداد، با رجوع به متعهد یا شخص ثالث خسارت خود را جبران نموده باشد دیگر حق رجوع به دیگری را به هیچ عنوان نخواهد داشت. به بیان بهتر، یکی از شرایط جبران خسارت این است که این خسارت پیش‌تر جبران نشده باشد؛ با جبران ضرر، دیگر ضرری باقی نخواهد ماند.^{۱۷}

بنابراین، در این مورد خاص به نظر مسئولیت اشخاص ثالث دخیل در نقض قرارداد هیچ مانع جدی در اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد ایجاد نمی‌نماید. منتها در عقود که اثر آن تملیک است این نظریه با مقررات غصب در حقوق ما به شدت برخورد دارد و به لحاظ مسئولیت اشخاص ثالث در مقابل مالک با توجه به اثر تملیکی عقد و نیز اصل رضایی بودن، پس از انعقاد عقد متعهد دیگر مالک هیچ چیزی نیست. معامله در جهت اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، معامله‌ای است فضولی و غیرنافذ که با رد مالک باطل خواهد بود.

بند سوم- ناکارآمدی اقتصادی نظریه

علاوه بر موانع قانونی موجود در اعمال و پذیرش نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، این نظریه آن‌گونه که طرف‌داران آن ادعا دارند و از نظر مفهومی چنان‌که پارتو درخصوص تخصیص بهینه‌ی منابع کم‌یاب جامعه ادعا دارد کارآمد نیست. به بیان دیگر، از جنبه‌ی

۱۷. کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، پیشین، شماره‌ی ۱۱۵، صص. ۲۹۰ به بعد.

اقتصادی نیز این نظریه ناکارآمد است. ادعا این است که نظریه‌ی نقض کارآمد از جهت جلب سود بیش‌تر بسیار سودمند است چه این که متعهد با جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد که به طرف قرارداد وارد شده می‌تواند موضوع تعهد را به مصرفی که بیش‌ترین ارزش را داراست اختصاص دهد. نقض قرارداد از این جهت، هم‌چنین سبب ازدیاد ثروت و رفاه کل جامعه خواهد شد. چه، ازدیاد ثروت‌های فردی سبب ازدیاد ثروت کل جامعه خواهد شد. با ازدیاد ثروت، جامعه روند روبه رشد و گسترش خواهد گرفت.

ولی باید توجه داشت که نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد از نظر اقتصادی، هم از جانب متعهدله و هم از جانب متعهد شایسته‌ی نقد و بررسی است. در این ارتباط، متعهدله، با توجه به کاستی‌های موجود، قاصر از جبران کامل خسارات وارده به متعهدله است. به‌ویژه در مواردی که از متعهدله، به جهت و انگیزه‌های شخصی و نیز مصرف مورد نظر وی، به طور کامل رفع خسارات نمی‌گردد. از طرف دیگر، از نظر هزینه‌های معامله‌ای که پس از نقض قرارداد بر هر دو طرف معامله تحمیل می‌گردد نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، کارآمدی اقتصادی موردنظر را (چنان که طرف‌داران آن اظهار می‌نمایند) ندارد.

۱- ناکارآمدی نظریه در جبران هزینه‌های تحمیلی بر متعهدله

از سوی متعهدله، نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد از دو جهت در جبران هزینه‌های تحمیلی بر وی ناکارآمد محسوب می‌گردد. چه، یکی از ادعاهای طرف‌داران این نظریه این است که با جبران خسارت متعهدله که متضرر از نقض قرارداد است می‌توان به تخصیص بهینه‌ی منابع کم‌یاب مالی رسید. با جبران ضرر متعهدله که معمولاً مابه‌التفاوت قیمت معامله با قیمت بازار است وی می‌تواند موضوع معامله را از بازار تهیه نماید؛ زیرا، وجود بازار رقابتی به‌ویژه، وجود فروشندگان متعدد این امکان را برای وی فراهم می‌نماید که با تهیه‌ی موضوع معامله از محل و منبع دیگر، ضرر وارده جبران شود. با تدقیق در

قواعد موجود در حقوق آمریکا در می‌یابیم که نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد در مهد این نظریه نیز ناکارآمد است. به‌ویژه با تدقیق در اصول و مقررات راجع به نحوه‌ی جبران خسارات به‌ویژه شرایط ضرری که باید جبران شود، ناکارآمدی نظریه بیش‌تر آشکار می‌شود. از نظر توزیع خطر نیز این نظریه دارای اشکالات فراوانی است. ناکارآمدی نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد از جهت متعهدله را در دو قسمت بررسی می‌نماییم. در قسمت اول محدودیت‌های موجود در جبران مالی و در قسمت دوم ناکارآمدی نظریه در ارزیابی هزینه‌های معامله‌ای وارده بر متعهدله را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱- محدودیت‌های موجود در جبران مالی و اصل جبران کامل خسارت

محاسبه‌ی خسارت وارده به متضرر از نقض قرارداد، از شرایطی پیروی می‌کند که باید در کارآمد بودن نقض قرارداد، مورد توجه قرار گیرند. متعهدله قراردادی در مواردی که جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد را خواستار است باید شرایطی را اثبات نماید. این شرایط و اثبات آن کلاً بر عهده‌ی متضرر از نقض قرارداد است. هدف از وضع این قواعد و شرایط اعمال آن‌ها، در حقیقت، ایجاد موازنه بین منافع طلب‌کار و متعهدی است که نقض قرارداد قابل انتساب به وی است. در برخی موارد اعمال این قواعد سبب می‌شود مقدار مبلغی که به‌عنوان بدل پولی جبران خسارت به متضرر داده می‌شود با مبلغ و میزان ضرر وارده مطابقت ننماید. ضرر وارده در عالم ثبوت، به واقع، بیش از میزانی است که در حکم دادگاه است. این امر به این دلیل است که متضرر از نقض قرارداد، شرایط اثبات ورود ضرر را فراهم نیاورده است؛ به همین دلیل، ضرری که به واقع از نقض قرارداد به وی وارد شده است، جبران نشده باقی می‌ماند. از همین رو خطر عدم اثبات ضرر و میزانی که به واقع به متضرر وارد گردیده بسیار محتمل است و متعهدله چاره‌ای جز تحمل آن در عالم ثبوت ندارد. به این ترتیب می‌توان گفت، در مواردی که نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد

اعمال می‌شود، فرض توزیع غیرعادلانه‌ی خطر وجود دارد و ناگزیر یکی از طرفین به‌ویژه متعهدله باید بار تحمل توزیع خطر ناعادلانه را بردوش کشد.

در کنار این باید توجه داشت که خسارات قابل جبران لزوماً با خساراتی که به واقع وارد شده است، منطبق نیست. ممکن است خساراتی که به واقع وارد گردیده به مراتب بیش از خسارات قابل جبران باشد. همان‌گونه که گذشت، خساراتی وجود دارد که متضرر نقض قرارداد محکوم به تحمل آن است؛ وی باید بار سنگین این خسارات را تحمل نماید و در مقابل، از منظر نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، طرف دیگر از این وضعیت استفاده‌ی مطلوب را می‌برد؛ برای مثال، با اعمال نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، متعهدله ناگزیر است برای تامین مقصود خود و یافتن جای‌گزین و شخصی که حاضر به انعقاد قرارداد با او باشد، به جست و جو پرداخته و در این راه از نظر مادی و غیرمادی متحمل ضرر شود. برای نمونه وقتی که برای جست و جوی طرف جدید قرارداد صرف می‌شود به هیچ وجه در ارزیابی خسارات قابل جبران دخیل نیست و دادگاه توجهی به آن نمی‌کند. هم‌چنین، در قراردادهای استخدامی، کارفرما به راحتی قراردادهای را با هدف جلب سود بیش‌تر نقض می‌کند؛ مسلماً، این امر باعث از بین رفتن احتمالی روابط دوستانه و حرفه‌ای، از دست دادن تجربه‌ی کاری و غیره می‌شود؛ در این موارد جنبه‌هایی از ضرر مادی، غیرمالی هستند که یا قابل جبران نیستند یا به‌سختی می‌توان آن‌ها را با دادن پول جبران کرد.

از طرف دیگر، برای جبران خسارات، چه در نظام حقوقی کامن‌لا و چه در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، قواعدی وجود دارند که فقدان هر یک از آن‌ها موجب می‌شود ضرر وارده قابل جبران نباشد. از جمله اگر متعهدله قادر به اثبات رابطه‌ی سببیت بین ضرر وارده و نقض قرارداد نباشد ضرر وارده غیرقابل جبران باقی خواهد ماند. هم‌چنین، قواعد راجع به مستقیم بودن ضرر، معین بودن و قابل پیش‌بینی بودن ضرر همه حکایت از این دارند که در صورت عدم اثبات هر یک از این شرایط، ضرر جبران نشده باقی خواهد ماند.

صدمه به اعتبار تجارتي و سرمایه‌ی معنوی اشخاص نیز در برخی موارد غیرقابل جبران است. علاوه بر این موارد، اثبات وجود وصف قابل جبران، و نیز اثبات عمدی بودن نقض قرارداد، مانع از کارآمد شناختن نقض قرارداد (آن‌گونه که نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد به آن اشاره دارد)، خواهد گردید.

نحوه‌ی توزیع خطر ناشی از اثبات همه‌ی امور مذکور جملگی بیان‌گر این حقیقت است که نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد به واقع نظریه‌ای کارآمد از نظر اقتصادی نیست. چه، به فرض اثبات همه‌ی این امور، هزینه‌های اجتماعی فراوان ناشی از اثبات این شروط مانع از کارآمدن شناختن نظریه خواهد گردید.^{۱۸}

۲-۱- ناکارآمدی نظریه در ارزیابی هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض از نظر متعهدله

همان‌گونه که گفته شد یکی از شقوق نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، نقض قرارداد در جهت سود بیش‌تر با تادیه‌ی خسارات وارده به متعهدله است. متعهد، مشروط به پرداخت خسارات وارده به متعهدله می‌تواند با نقض قرارداد، مورد معامله را به شخص ثالثی که بیش‌ترین ارزش را به وی می‌پردازد انتقال دهد. از این نظر، نقض قرارداد را نویسندگان اقتصادی، نقض کارآمد اقتصادی نام نهاده‌اند.

فرض طرف‌داران نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد این است که هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض، از فرضی که طرفین قرارداد مجدداً به‌طور مسالمت‌آمیز با یکدیگر گفت و گو می‌کنند، کم‌تر است. توضیح این که اگر طرفین قرارداد را ناگزیر از گفت و گو با یکدیگر

18. Macneil, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", 68 Va. L. Rev., 1982, 947.

بدانیم گفت و گوهای مجدد بین آنها هزینه در پی خواهد داشت، این هزینه‌ها از هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض قرارداد بالاتر است و بر متعهدله و متعهد تحمیل می‌شود (از نظر طرف‌داران نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد). به همین دلیل، نقض قرارداد بدون گفت و گو و مذاکره‌ی مجدد با طرف دیگر قرارداد، از گفت و گوی مسالمت‌آمیز طرفین و انتقال مجدد حقوق قراردادی به متعهد، از نظر اقتصادی به صرفه‌تر است. این امر همچنین هزینه‌های اجتماعی کم‌تری را به نسبت گفت و گوهای مجدد به جامعه تحمیل می‌کند؛ به همین دلیل، نقض قراردادی که سود آن بیش از ضرر است، باید تشویق و مورد حمایت واقع شود.

از نظر مخالفان نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، مدافعان این نظریه باید به هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض که بر متعهدله تحمیل می‌شود، نیز توجه نمایند. این در حالی است مدافعان نظریه یا از وجود چنین هزینه‌هایی غافل بوده‌اند یا آن را کم اهمیت تلقی نموده‌اند.

در کنار این، با بررسی دقیق موضوع معلوم می‌شود که طرف‌داران نظریه به هیچ وجه به هزینه‌هایی که متعهدله در اقامه‌ی دعوا به طرفیت متعهد یا احیاناً شخص ثالث متحمل می‌شود توجهی نکرده‌اند. توضیح این که چنانچه نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد پذیرفته شود متعهدله در مواردی ناگزیر از اقامه‌ی دعوا برای گرفتن خسارات انتظار، اعتماد یا استرداد خواهد بود؛ اقدامی که نیازمند پرداخت هزینه‌هایی است، از جمله هزینه‌های دادرسی، حق‌الزحمه‌ی کارشناسی، حق‌الوکاله، صرف وقت، انرژی و هزینه‌های وصول محکوم‌به که در برخی موارد، از متعهد قابل وصول نیست. در حقوق آمریکا، هزینه‌های راجع به حق‌الوکاله‌ی وکیل قابل وصول از خواننده‌ی دعوا نیست. به این ترتیب این هزینه‌ها

بر متعهدله تحمیل می‌شود ولی طرف‌داران نظریه به این هزینه‌ها توجه نکرده‌اند.^{۱۹} از همه مهم‌تر، هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض قرارداد در برخی موارد چهره‌ی غیرمادی به‌خود می‌گیرد که آثار غیرمستقیم مادی بر دارایی آینده‌ی متعهدله خواهد داشت. این هزینه‌ها نیز در تخمین هزینه‌های نهایی نقض کارآمد قرارداد محاسبه نشده و به هیچ وجه درونی نگردیده است، بلکه نقض قرارداد سبب ایجاد هزینه‌های خارجی بی‌شماری بر متعهدله خواهد شد؛ از جمله، وقتی که متعهدله قراردادی منعقد می‌کند، پس از نقض قرارداد ممکن است اطلاعات خصوصی وی مندرج در قرارداد نقض شده در اختیار طرف قرارداد یا اشخاص ثالث قرار گیرد. طرف قرارداد در بازار رقابتی ممکن است این اطلاعات را در اختیار اشخاصی که قصد معامله با متعهدله را دارند بگذارد که این باعث می‌شود هزینه‌ی معامله‌ی اضافی برای متعهدله دوچندان شود و آثار مادی غیرمستقیم بر دارایی وی به بار آورد. همچنین هزینه‌ی خارجی وارد شده به متعهدله، در معاملات آینده‌ی او به‌ویژه در بازار رقابتی تاثیر گذاشته و انعقاد قراردادهای آینده‌ی او را با مشکل مواجه خواهد کرد.

این هزینه‌ها جملگی نشان می‌دهد که نقض موسوم به نقض کارآمد قرارداد ممکن است به نقضی منتهی شود که واقعا کارآمد نیست. درست است که نقض قرارداد از نظر متعهد کارآیی اقتصادی دارد ولی این کارآیی اقتصادی به قیمت تحمیل هزینه‌های خارجی به اشخاص دیگر از جمله متعهدله تمام می‌شود که در چنین وضعیتی نمی‌تواند در معنای واقعی نقض کارآمد محسوب شود بلکه به واسطه‌ی تحمیل هزینه‌های خارجی به طرف قرارداد نقضی غیر کارآمد خواهد بود.

19. Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, Thomson/West, Fifth edition, 2nd reprinted, 2007, No. 14.30, p. 620.

۲- ناکارآمدی نظریه در برآورد هزینه های نقض از سوی متعهد

بر اساس نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، متعهد با پرداخت خسارات متعهدله به نوعی پاسخ‌گوی نقض عمدی قرارداد است. به این معنا که با تادیبه‌ی بدل منافع انتظار، اعتماد و در مواردی منافع استرداد را به متعهدله می‌پردازد. اما باید مسئولیت متعهد در جبران خسارات متعهدله را از دو نظر مورد توجه و بررسی قرار داد. یکی از نظر مفاد و محتوای مسئولیت متعهد در جبران خسارت، و دیگری، هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض قرارداد که به متعهد تحمیل می‌شود.

۱-۲. مفاد و محتوای مسئولیت متعهد در جبران خسارت وارده بر متعهدله

خسارات قابل جبران از منظر این نظریه و همچنین محدودیت‌های ناشی از شرایط خسارت قابل جبران، از اهمیت مسئولیت متعهد در جبران خسارت وارده کاسته است. بدین معنا که از طرفی اثبات وقوع وجود خسارات قابل جبران دشوار است و از طرف دیگر تنها خسارات مستقیم و اصلی ناشی از نقض قرارداد مطابق این نظریه قابل جبران هستند. در واقع این نظریه با توجه به کم اهمیت جلوه دادن مسئولیت متعهد در جبران خسارات وارده و نیز اعمال محدودیت در نوع خسارات قابل جبران، نفع اجتماعی نقض قرارداد را بیش از ضرر آن می‌داند.^{۲۰}

هم‌چنین، ارزش شخصی یا داعی متعهدله از انعقاد قرارداد در این نظریه مغفول مانده است. این در حالی است که ارزش‌ها و جهات خصوصی که فرد را به انعقاد قرارداد وامی‌دارند باید در احتساب میزان ضرر ناشی از نقض قرارداد به شمار آید. محتوای تعهد متعهد

20. Laycock, *op. cit.*, pp. 253-254.

در جبران خسارات در نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد منصرف از این جهات خاص است. در کنار این از نظر ارزش مورد محاسبه که بدل پولی آن به متعهدله پرداخته می‌شود نیز شاهد ناکارآمدی اقتصادی بارزی هستیم که منجر به بی‌عدالتی می‌شود. بدین بیان که دادگاه برای صدور حکم به جبران خسارات وارده، زمان انعقاد قرارداد را مبنا قرار می‌دهد؛ در حالی که در احتساب ارزش مورد معامله یا موضوع تعهد برای شخص ثالث، بدل پولی تعهد در زمان نقض مورد لحاظ قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر مابه‌التفاوت نفع ناشی از نقض قرارداد باید به صورت عادلانه تقسیم شود، در حالی که در توزیع مجدد این نفع بی‌عدالتی آشکار است.^{۲۱} متعهد، نفعی بیش‌تر خواهد برد و متعهدله به لحاظ تقویم ارزش موضوع تعهد در زمان قرارداد، مسلماً، نفعی کم‌تر خواهد برد. عدالت در این مورد اقتضا دارد که هر دو طرف قرارداد از موقعیتی مساوی در بهره‌مندی از نفع ناشی از نقض قرارداد برخوردار باشند. به عبارت دیگر با توجه به میزان خساراتی که از نظر این نظریه قابل پرداخت است و لحاظ میزان ارزشی که موضوع تعهد در زمان قرارداد برای متعهدله دارد، متعهد نفعی بیش‌تر خواهد برد. در حالی که حق این بود که نظریه در توزیع مجدد نفع حاصل از نقض قرارداد، اصل تساوی بین طرفین قرارداد را رعایت می‌نمود.

۲-۲- هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض قرارداد

نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد، با نگاهی سطحی تنها سود و فایده‌ی گذرا را در نظر می‌گیرد و به آثار و نتایج نقض قرارداد که در درازمدت بر متعهد تحمیل می‌شود توجه نمی‌کند. این در حالی است که پس از نقض قرارداد، متعهد متحمل هزینه‌های غیرمادی

21. Friedmann, D., "The Efficient Breach Fallacy", 18 The Journal of Legal Studies, 1-24.

می‌شود به نحوی که در درازمدت، این هزینه‌ها، آثار غیرمستقیم مادی و مالی نیز به بار خواهد آورد.

یکی از این هزینه‌ها (به‌ویژه اگر نقض قرارداد تکرار شود) لطمه به حیثیت تجاری فرد است. بدین بیان که با نقض قرارداد طرف قرارداد و نیز اشخاص ثالث کم‌تر به شخصی که قرارداد را نقض کرده اعتماد می‌کنند یا به طور کامل، از معامله و ایجاد رابطه‌ی قراردادی با وی پرهیز می‌کنند. نقض قرارداد توسط متعهد از این حیث مسلماً روابط تجاری بعدی وی را تحت الشعاع قرار می‌دهد. بازار تجارت، بازار اعتماد است و بر اعتماد افراد استوار شده است. اگر تاجری به واسطه‌ی نقض قرارداد اعتبار تجاری خویش را از دست دهد بی‌گمان هزینه‌ی سنگینی را باید متحمل شده که در اکثر موارد غیرقابل جبران است.^{۲۲} این ضرر به مراتب بیش از سود موقتی است که از نقض دو یا چند قرارداد عاید فرد می‌شود. به همین دلیل، حتی نمی‌توان گفت که نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد به لحاظ اقتصادی به نفع متعهد است. با پذیرش و ترویج نقض قرارداد دیگر هیچ کس در آینده به روابط معاملاتی که با دیگران منعقد می‌نماید پای‌بندی نخواهد بود. اشخاص کم‌تر با یکدیگر روابط معاملاتی برقرار می‌نمایند. به‌ویژه، شروط تنبیهی در قراردادها افزایش پیدا می‌نماید؛ شروطی که در برخی موارد از سود حاصل از نقض قرارداد سنگین‌تر است. در هر صورت به علت نادیده گرفتن هزینه‌های خارجی نقض و به‌ویژه هزینه‌های معامله‌ی پس از نقض قرارداد که بر متعهد تحمیل می‌شود و در بلندمدت آثار آن رخ‌نمایی می‌کند باید نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد را نظریه‌ای بی‌فایده، خطرناک و ناعادلانه است که به هیچ وجه

22. Perilla, *op. cit.*, p. 620.

پذیرش آن در حقوق ایران توصیه نمی‌شود. به‌ویژه این که حقوق ایران، بیش‌تر بر اخلاق و تعالیم مذهبی استوار است.

نتیجه‌گیری

نظریه‌ی نقض کارآمد قرارداد که محصول جامعه‌ی سرمایه‌داری با اقتصاد آزاد آمریکایی است از جهات مختلف قابل نقد است. از نظر اخلاقی، این نظریه به خودمختاری و اراده‌ی فرد واقعی نمی‌نهد و سودانگاری و فایده‌جویی را مقدم می‌دارد. گو این که صرفاً اراده‌ی متعهد، ماهیت حقوقی قرارداد را به وجود می‌آورد. این در حالی است که اراده‌ی متعهدله یکی دیگر از ارکان تشکیل دهنده‌ی قرارداد است و بدون آن، عقدی منعقد نمی‌گردد. در هر حال این نظریه برای اراده‌ی متعهدله اهمیتی قائل نیست و سرنوشت قرارداد را به اراده‌ی متعهد واگذار می‌گذارد. به بیان دیگر استقلال و خودمختاری اراده‌ی متعهدله نقشی در انحلال قرارداد ندارد. به همین جهت، می‌توان گفت، نظریه از نظر اخلاقی قابل پذیرش نیست.

از نظر اقتصادی نیز، شاهد کارآمدی اقتصادی نظریه چنان که طرف‌داران آن مدعی هستند نیستیم. نقض قرارداد، هزینه‌های اجتماعی مختلفی بر طرفین قرارداد تحمیل می‌نماید. هزینه‌های خارجی نقض قرارداد چه از سوی متعهدله و چه از سوی متعهد درونی نگردیده و به ویژه، آثار اجتماعی - اقتصادی متعددی را به همراه دارد. از طرف دیگر، اعمال نظریه در حقوق ایران با موانع متعدد حقوقی و قانونی روبه‌روست و به هیچ وجه اعمال آن در حقوق ایران پیشنهاد نمی‌شود.

منابع

الف: فارسی

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، مسوولیت مدنی، جلد اول: قواعد عمومی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، سال ۱۳۸۷.
۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۳.
۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۷.
۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.

ب: انگلیسی

1. Birmingham, R. L., "Law Damage Measures and Economic Rationality: The Geometry of Contract Law", 1Duke Law Journal, 1969, 49-71.
2. Cohen, "The Basis of Contract", 46 Harvard Law Reveiw, 1933, 554-592.
3. Farber, D. A., "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract", 66 Virginia Law Review, 1443-1484.
4. Friedmann, D., "The Efficient Breach Fallacy", 18 The Journal of Legal Studies, 1989, 1-24.
5. Harris, Campbell and Halson, Remedies for Contracts and Torts, Cambridge University Press, 2005.
6. Laycock, The Death of the Irreparable Injury Rule, Oxford Universtiy Press, 1991.

7. Macneil, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", 68 Va. L. Rev., 1982, 947 .
8. Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, Fifth edition, Thomson/ West 2ne reprint, 2007.
9. Posner, Richard, The Economic Analysis of Law, Aspen Publishers, NewYork, 2003.
10. Ulen, T. S., "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", 83 Michigan Law Review , 1984, 341-403.
11. Weinrib, Ernest, The Idea of Private Law, Harvard University Press, 1995.

ج: فرانسوی

1. Bénabent, Droit Civil, Les obligations, 11^e édition, Montchrestion, 2007.
2. Carbonnier, Droit Civil, Les obligations T.4, Thémis, 1998.
3. Flour, Aubert, Savaux, Droit Civil, Les obligations, 3, Le rapport d' obligation, Armand Colin/ Delta, 2007.
4. Larroumet, Droit Civil, Tome III, Les obligations, Le Contrat, 2 partie Effets, Economica, 2007.
5. Malaurie, Aynés, Stoffel-Munk, Les obligations, 2 édition, Defrénois, 2005.
6. Mazeaud, Léon, Jem, Leçons de droit Civil, Obligations, 9 édition par Chabas, Montchrestien, 1998.
7. Starck, Droit Civil, Obligations libralities technoques, 1972.
8. Terré, Simler, Lequett, Droit civil, les obligations, 9e édition, Dalloz, 2005.