

نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق

مهدی انصاری*

دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۲/۲۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۶/۱۵)

چکیده:

از دیدگاه اقتصادی، نقض کارآمد ناظر به موردی است که در اثر پیمان شکنی، دست کم شرایط یک نفر بهتر از قبل می شود و به کسی هم زیانی نمی رسد. در واقع، برخلاف نظریه های مبتنی بر اخلاق که پیمان شکنی را نادرست می دانستند، مفهوم تعهد قراردادی از دیدگاه اقتصادی به این معناست که طرف می تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد. به عبارت دیگر، در موردی که هزینه اجرای تعهد بیشتر از سود آن باشد، اجرای چنین تعهدی از نظر اقتصادی ناکارآمد است. پس، متعهد در چنین فرضی می تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد.

واژگان کلیدی:

تحلیل اقتصادی حقوق، کارایی اقتصادی، نقض کارآمد، اجرای اصل تعهد، خسارت.

مقدمه

تعامل حقوق و اقتصاد پیشینه طولانی دارد. ریشه‌های مکتب تحلیل اقتصادی حقوق در قرن هجده و در آثار آدام اسمیت (Smith, 1776)، سزار بکاریا (Beccaria, 1764)، کندورست (Marquis de Condorcet, 1785) و جرمی بنتام (Bentham, 1789) یافت می‌شود. در قرن نوزدهم این گرایش با مقاله معروف «مساله هزینه اجتماعی» رونالد کوز (Coase, 1960) - برنده جایزه نوبل - در نظریه حقوقی مطرح شد. بدین سان، نگرش اقتصادی به حقوق در نوشته‌های گری بکر (Becker, 1957) درباره «اقتصاد تبعیض» - که هرچند به طور خاص درباره حقوق نیست، گام نخست در اعمال اقتصاد به رفتار غیر بازاری محسوب می‌شود - و همچنین این گرایش در آثار گیدو کالابرسی (Calabresi, 1961) در «زمینه مسئولیت مدنی» و دمسر و الچیان (Alchian and Demsetz, 1972) در زمینه «حقوق اموال» یافت می‌شود که می‌توان از آنها نیز به عنوان پیشگامان این مکتب یاد کرد. همزمان با نشر این آثار، مجله‌های «حقوق و اقتصاد» و «مطالعات حقوقی» نیز در این زمینه مقاله‌هایی منتشر کردند و با انتشار کتاب معروف ریچارد ای پازرنر، یعنی «تحلیل اقتصادی حقوق» در سال ۱۹۷۲ جریان حرکت مکتب سرعت گرفت. مکتب حقوق و اقتصاد یا تحلیل اقتصادی حقوق و نظریه به «حداکثر رساندن ثروت» از فلسفه پیامد گرایی عدالت الهام می‌گیرد. بر اساس دیدگاه طرفداران این مکتب، هر عملی که موجب افزایش ثروت شود عادلانه و مباح است و هر عملی که ثروت را کاهش دهد ناعادلانه و ممنوع است. از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، قراردادها تاسیس اقتصادی مهم هستند زیرا موجب تخصیص کارآمد کالاها و خدمات می‌شوند. همچنین، هدف حقوق قراردادی، تسهیل معامله کارآمد و ترمیم نقص‌های بازار است (Hesselink, 2001, p 51). یکی از مهم‌ترین نوع آورهای این مکتب، نظریه «نقض کارآمد» قرارداد است. مبنای اساسی این نظریه، کارایی اقتصادی است. بر این اساس، گاهی هزینه‌های اجرای تعهد برای طرفین، بیشتر از سود آن است. پس، باید نقض قرارداد در چنین موردی جایگزین اجرای اصل تعهد شود. زیرا، چنین نقضی موجب استفاده بهتر از منابع می‌شود (Friedman, 1989, pp. 1-24). بر اساس نظریه نقض کارآمد، در صورتی که در اثر پیمان شکنی، دست کم شرایط یکی از طرفین، بدون اینکه به وضعیت دیگری لطمه‌ای وارد شود، بهتر از قبل شود، چنین نقضی از نظر اجتماعی کارآمد است. این محاسبه بر مبنای معیار کارایی کالدور - هیکس در علم اقتصاد است (LAHAV, 2000, p.1).

گفتار نخست: مفهوم و مبانی نظری

بند نخست: ریشه‌های تاریخی

بدون تردید، شجاعت حقوقدانان حامی نقض ارادی قرارداد ستودنی است؛ زیرا این رفتار را عادلانه و از نظر اقتصادی کارآمد می‌دانستند. ریشه اصلی این نظریه را می‌توان در آثار هلمز و برداشت وی از مفهوم مسئولیت قراردادی یافت. زیرا او تبیینی خاص از مفهوم جبران خسارت ارائه داد (Laithier, 2004, p.486). هلمز، استاد دانشگاه هاروارد و رئیس دیوان عالی ایالت ماسچوست بود که سپس عضو دیوان عالی فدرال شد. وی نظریه خود را با این مقدمه شروع می‌کند که اگر بدهکاری به تعهدات خود عمل نکند، مسئولیتش محقق می‌شود و باید خسارت‌های طلبکار را جبران کند. عدم اجرای قرارداد مرادف با ارتکاب شبه جرم است؛ و عدم اجرای تعهد عملی است که عامل آن را ملزم به پرداخت خسارت می‌کند. بدین سان، هلمز از حقوقدان می‌خواهد نظریه‌های اخلاقی تعهد را کنار گذارد و این اصل عملی را بپذیرد که بدهکار همواره می‌تواند از بین اجرای تعهدات قراردادی و یا عدم انجام آن و پرداخت خسارت پولی یکی را انتخاب کند. با وجود این، به نظر می‌رسد مبانی نظریه نقض کارآمد را آقای بیرمنگام (Birmingham, 1970) بنا کرد. وی پس از بیان ارتباط شدید بین نظریه قراردادی در کامن لا و نظریه اقتصاد کلاسیک به این نتیجه می‌رسد که مبنای اصل آزادی قراردادی در مکتب فلسفی فایده‌گرایی است. به نظر او سیاست دادگاهها، تشویق بدهکار به اجرای تعهداتش نیست، بلکه جبران خسارت وارد به زیان‌دیده است. پس، از این سیاست می‌توان نقض سودآور قرارداد را پذیرفت. آقای بیرمنگام چنین می‌پندارد که اینگونه رفتارها را باید تشویق کرد برای اینکه بدهکار با سود بردن از نقض قرارداد، پس از جبران خسارت طلبکار، یک گام به سوی توزیع اقتصادی و اجتماعی مطلوب منابع بر می‌دارد. همچنین این نویسنده از ورود مجازات به قلمرو حقوق قراردادی در زمینه عدم اجرای تعهد و ملاحظات اخلاقی انتقاد کرده و بر این باور است که به کارکرد سالم بازار لطمه می‌زند (Ibid, p. 284). در هر صورت، این نظریه وامدار مکتب تحلیل اقتصادی حقوق است (Eisenberg, 2004, p. 8) که پس از آقای رابرت بیرمنگام دو سال بعد آقای ریچارد ای پازنر در کتاب معروف خود، تحلیل اقتصادی حقوق، به شدت از این نظریه دفاع کرد. سپس دو تن از طرفداران مکتب حقوق و اقتصاد به صراحت واژه «نقض کارآمد» را به کار بردند (Goetz and Scott, 1977, n.4). بر این اساس، گاهی یکی از متعاقدين وسوسه می‌شود قرارداد را نقض کند زیرا سود آن بیشتر از سود مورد انتظار در فرض اجرای قرارداد است. اگر سود پیمان شکن از نقض قرارداد بیشتر از سود مورد نظر طرف مقابل نیز باشد، انگیزه نقض قرارداد ایجاد می‌شود. پس، باید این گرایش را بپذیرفت (Posner, 1972, p. 120) اگرچه، نظریه نقض کارآمد به صراحت در قوانین پیش بینی نشده

است، اما برخی از نویسندگان بر این باور هستند که این نظریه در «اصول حقوق قراردادهای اروپایی» پیش بینی شده است، و یکی از نویسندگان با استناد به ماده ۹: ۱۰۲ (۲) که مقرر می‌دارد «اجرای اصل تعهد در صورتی که زیان‌دیده به طور متعارف اجرای تعهد را از طریق منابع دیگر بدست بیاورد، دیگر قابل مطالبه نیست»؛ عقیده دارد که امکان نقض کارآمد از دیدگاه اصول حقوق قراردادهای اروپایی مورد پیش بینی قرار گرفته است (Hesselink, p.57).

بند دوم: مبانی نظری

الف. توجیه فلسفی

درباره مفهوم حفظ تعهد و لزوم پایبندی به آن به طور کلی دو دیدگاه اساسی وجود دارد. در نظام فایده گرایی اخلاقی (Utilitarian system of ethics) قضاوت در مورد اعمال بر اساس پیامد های ناشی از آنها صورت می‌گیرد. در نظام مبتنی بر اصالت ارزش (Deontological system of ethics) برای محاسبه پیامدهای یک عمل، اخلاق مورد ارزیابی قرار نمی‌گیرد؛ بلکه اخلاقی بودن ناشی از وظیفه شناسی کارگزار عاقل در برابر دیگران است. اصل بنیادین نظریه اخلاقی حاکمیت اراده و نظریه کانت، این تکلیف است که با مردم بسان هدف و نه ابزار رفتار شود. بر اساس نظریه اصالت ارزش، تکلیف به پایبندی تعهد ناشی از تکلیف به رعایت حاکمیت اراده طلبکار است. پس بر اساس چنین تکلیفی، متعهد نمی‌تواند تعهدات را در جهت پیشبرد اهداف خود بکار گیرد و جز با رضای متعهدله، پیمان شکنی ممنوع است (LAHAV, 2000, p167). با وجود این، در صورتی که رضای طلبکار در مورد پیمان شکنی به طور ضمنی وجود داشته باشد، حاکمیت اراده وی مورد احترام است. زیرا، طلبکار به پیمان شکنی رضایت داده است و پیمان شکنی هم با رعایت منافع وی صورت می‌گیرد.

برخی نویسندگان عقیده دارند متعهد پس از انعقاد قرارداد، به موجب قانون و به حکم اخلاق ملزم به اجرای تعهد است (Kant, 1994, pp. 389-9). این گرایش که پیشینه طولانی دارد، از ناحیه متفکران اخلاق گرا مورد حمایت قرار گرفته است. به این صورت که درستی یا نادرستی یک رفتار و عمل نبایستی بر اساس نتایج خوب یا بد آنها بررسی شود؛ بلکه تنها ملاک صواب یا ناصوابی عمل، وجود پاره‌ای از ویژگی‌های ذاتی آن است. این فلسفه درباره مفهوم تعهد الزام آور و قراردادها نیز وجود دارد. بر اساس نظریه اخلاقی، متعهد باید به تعهدش پایبند باشد زیرا وفاداری و پایبندی به تعهد، چیز درستی است. این نظریه بوسیله امانوئل کانت در حدود دو قرن پیش ارائه شد و او عقیده داشت که تعهدات باید مورد احترام قرار گیرند هر چند که طرف مقابل نتواند متعهد را به انجام آن ملزم سازد. در این مورد، به نظر برخی از حقوقدانان در قانون یکنواخت تجاری آمریکا نیز از چنین دیدگاهی پیروی شده است

(Eisenberg, *op.cit.*, p 8). در مقابل، طرفداران نظریه پیامدگرا بر این باور هستند که عادلانه بودن یک عمل با مراجعه به پیامدهای آن عمل مشخص می‌شود. پس هر عملی که پیامدهای بسیار خوب داشته باشد عادلانه است و هر عملی که پیامدهای بد داشته باشد ناعادلانه محسوب می‌شود (Bentham, 1781, pp. 11-33). بر این اساس، متعهد را نمی‌توان ملزم به اجرای قرارداد کرد؛ بلکه او می‌تواند تعهد را نقض و خسارت آن را بپردازد. این نظریه در حقوق قراردادی چند سال پیش بوسیله قاضی هلمز ارایه شده است. در واقع، به نظر هلمز، تکلیف به پایبندی قرارداد در حقوق کامن لا این به این معنی است که اگر متعهد پیمان شکنی کرد باید خسارت بپردازد و غیر از این معنی دیگری ندارد (Holmes, 1897, p. 457). مبنای اعتقاد هلمز این است که هدف قواعد جبران در حقوق قراردادی تنبیه پیمان شکن نیست، بلکه جبران خسارت زیان‌دیده است (Sidhu, 2006, p4). از این نظر، پیامد اساسی تعهد الزام آور این است که در صورت عدم اجرای تعهد، قواعد حقوقی، پیمان شکن را ملزم به پرداخت خسارت کند. در نتیجه، در هر قراردادی متعهد می‌تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد (Holmes, 1881, p301). به عبارت دیگر، در حالی که پیامدگرایان به غایت عمل توجه دارند، ولی در نظریه غیرپیامدگرایی به ابزارهای رسیدن به آن اهداف و به مطابقت آن عمل با پاره‌ای از قواعد مربوط به تکلیف توجه می‌شود.

نظریه نقض کارآمد یکی از مهم‌ترین اختلافات این دو مشرب فکری درباره مفهوم پایبندی به تعهد است. برای نمونه، «الف» با «ب» توافق می‌کند چند اتومبیل را با قیمت هر کدام صد میلیون ریال به وی بفروشد. پس از قرارداد، شخص ثالث «ج» پیشنهاد می‌کند که حاضر است هر کدام از اتومبیل‌ها را با قیمت صد و بیست میلیون ریال خریداری کند. آیا «فروشنده» باید به توافق خود با «خریدار» وفادار باشد یا می‌تواند با پرداخت خسارت، قرارداد با «خریدار نخست» را نقض و اتومبیل‌ها را به شخص ثالث بفروشد؟ پاسخ به این سوال بستگی به نوع نظام حقوق قراردادی و گرایش فلسفی آن دارد. در نظام حقوق قراردادی که از فلسفه غیر پیامدگرایی الهام می‌گیرد، «فروشنده» به حکم قانون و اخلاق وظیفه دارد قرارداد با «خریدار نخست» را اجرا کند و حق «خریدار» بر الزام «فروشنده» نسبت به اجرای قرارداد از «قاعده مالکیت» (Property Rule) الهام می‌گیرد.^۱ در حالی که بر اساس دیدگاه فلسفه پیامدگرا،

۱. فان المشروط له قد ملک الشرط علی المشروط علیه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فیجبر علی تسلیمه (شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۷۰، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۷۸)؛ و کیف کان، فقد ظهر من مجموع ما ذکرنا: أنّ بالشرط یتبث حق مالکی للمشروط له علی الشارط الموجب لاشتغال ذمته به کما فی سائر الحقوق (شیخ موسی بن محمد نجفی خوانساری، تقریرات محمد حسین نائینی، منیه الطالب، جلد سوم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۱، ص ۲۵۱) البته مرحوم خوبی که خود از شارحین مکاسب است، مبنای الزام به انجام تعهد ناشی از شرط را قاعده مالکیت نمی‌داند و با شیخ انصاری موافق نیست و به نظر او مبنای التزام ناشی از بنای عقلا است و قد قلنا ان له اجباره و استشهدنا علیه بالسیره العقلانیة و قلنا ان لزوم الفعل

«فروشنده» می‌تواند، اگر به نفعش باشد، قرارداد با «خریدار نخست» را نقض و اتومبیل‌ها را به «خریدار دوم» منتقل کند. ولی، در هر حال باید خسارت «خریدار نخست» را جبران کند و حق «خریدار نخست» بر «فروشنده» ناشی از «قاعده مسئولیت» (Liability Rule) است.^۱ ولی در نظام حقوقی که از قاعده مالکیت پیروی می‌کند، «فروشنده» باید به قرارداد خود پایبند باشد و اگر شخص ثالث «ج» پیشنهادی بهتر کند باید کالا را از خریدار نخست خریداری کند. زیرا دیگر فروشنده پس از قرارداد، حقی بر کالا ندارد (Calabresi and Melamed, 1972, p. 1089). بنابراین، از دیدگاه طرفداران قاعده مالکیت، ثالث در صورتی می‌تواند آنها را از خریدار «اول» بدست آورد که برای کالاها ارزش بیشتر از وی بشناسد و کالاها را تنها می‌تواند از وی خریداری کند. اما، در نظام حقوقی که مبتنی بر «قاعده مسئولیت» است، منفعت «خریدار نخست» به این صورت مورد حمایت است که اگر فروشنده بخواهد ارزش نوعی حق خریدار اول را بپردازد، می‌تواند قرارداد خود را با وی نقض و کالا را به ثالث منتقل کند. در این صورت، قیمت نوعی کالا نیز بوسیله یکی از سازمان‌های دولت و نه بوسیله طرفین (دادگاه)، به این صورت تعیین می‌شود که صاحب اصلی (خریدار اول) به چه قیمتی آن را می‌فروخت (Ibid).

ب. توجیه اقتصادی

از دیدگاه اقتصادی، منظور از نقض کارآمد این است که گاهی هزینه اجرای قرارداد بیشتر از منافع آن برای طرفین است. هزینه‌های اجرا وقتی از منافع آن بیشتر است که وقوع حادثه محتمل الوقوعی، منابع لازم برای اجرا قرارداد را در استفاده جایگزین، بسیار ارزشمندتر می‌کند (Cooter and Ulen, 2000, p. 238). افزایش هزینه اجرا ناشی از دو عامل حادثه قریب الوقوع مطلوب و نامطلوب است. هر دو حادثه ارزش منابع را از نظم عادی خارج می‌کند. در اثر وقوع حادثه قریب الوقوع نامطلوب، هزینه اجرا افزایش می‌یابد. برای نمونه، اعتصاب، هزینه گزافی را برای تکمیل به موقع برنامه ساخت وارد می‌کند. در نتیجه، منابع لازم برای

بالشروط و كونه حقا للمشروط له ثابت ببناء العقلاء و ان الادلة الدالة على لزوم الوفاء بالشرط وردت امضاء للسيرة المذكورة

(سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد ۷، انتشارات وجدانی، ۱۳۳۷، صص ۳۷۰-۷۱).

۱. بر اساس «قاعده مالکیت»، هر کسی که بخواهد حقی را بدست آورد باید با توافق ارادی و معامله مشروع با صاحبش، آن حق را بدست آورد و ارزش آن نیز بستگی به نظر مالک دارد. دخالت دولت در این زمینه بسیار محدود است و نمی‌تواند در مورد ارزش چنین حقی ارزش گذاری کند بلکه ارزش آن به نظر مالک بستگی دارد. پس مالک می‌تواند با پیشنهاد کمتر از ناحیه خریدار با فروش چنین حقی مخالفت کند. بر عکس، وقتی شخصی بتواند با پرداخت خسارت، حق اولیه را از بین ببرد در اینجا گفته می‌شود مبنای حمایت از حق «قاعده مسئولیت» است. ارزش حق به میزانی است که صاحب اولیه در صورت فروش پیشنهاد می‌کرد دخالت دولت در قواعد مسئولیت بیشتر است چنین حقوقی از حمایت دولت برخوردار هستند ولی انتقال یا تخریب چنین حقوقی بر اساس میزان ارزشی است که برخی از ارگان‌های دولتی برای آنها مشخص می‌کنند نه ارزشی که بوسیله خود طرفین تعیین می‌شود.

تکمیل ساخت به موقع را می‌توان در برنامه ساخت دیگر که اعتصاب بر آن تاثیر نگذاشته، استفاده کرد. در اثر وقوع حادثه محتمل الوقوع و مطلوب، عدم اجرای تعهد، سودمندتر از اجرای آن است. برای مثال، فروشنده‌ای که تعهد کرده کالا را به خریدار تسلیم کند، شخص ثالث پیشنهادی بهتر برای کالا می‌کند (Cooter and Ulen, p.238). از دیدگاه اقتصادی، نیروی اصلی حقوق قراردادی، تسهیل برآورده ساختن اهداف متعاقبین به صورت کارآمد است (Ibid).

برخی از نویسندگان در توجیه اقتصادی این نظریه می‌گویند: «اگر هدف حقوق برقراری عدالت است و بپذیریم که عدالت با کارایی مترادف است پس نقض ارادی قرارداد نیز مشروع است چراکه منجر به تخصیص مطلوب منابع می‌شود» (Laithier, p.487). اجرای تعهدات قراردادی هدف است و ذات آن عادلانه به شمار نمی‌رود. در نتیجه، نظام ضمانت اجرا در حقوق قراردادی باید به گونه‌ای طراحی شود که مدیون بین اجرای تعهد و عدم اجرا و پرداخت خسارت، مختار باشد به طوری که آثار چنین رفتاری از نظر اجتماعی و اقتصادی بسیار کارآمد و سودمند است. به عبارت دیگر، مسئولیت قراردادی باید برای جلوگیری از نقضی که موجب ورود ضرر به طلبکار می‌شود بسیار سرسخت و برای جلوگیری از اجرای ناکارآمد قرارداد به اندازه کافی ملایم باشد به طوری که مال یا خدمت موضوع تعهد، همواره در اختیار کسی قرار گیرد که بیشترین ارزش را برای آنها قائل است (Posner, 1998, p.133).

ریچارد پازنر این نظریه را بر پایه معیار «به حداکثر رساندن ثروت» (Wealth maximization) توجیه کرده است. پازنر در این باره می‌نویسد: «هدفهای دستوری من این است که از «به حداکثر رساندن» مفهومی بسیار دقیق آرایه دهم که در اقتصاد «ارزش» (value) می‌گویند و به نظر من واژه «ثروت» (wealth) مناسب تر است. ثروت، ارزش دلاری یا معادل دلاری هر چیز در جامعه است و به این صورت ارزیابی می‌شود که مردم برای بدست آوردن چیزی چقدر می‌پردازند و اگر قبلاً آن شی را مالک هستند با چه مقدار پول حاضرند آن را از دست بدهند. به حداکثر رساندن ثروت، چیزی است که پشتوانه مالی و پولی داشته باشد» (Posner, 1979, p119). پس منظور این است که سود برندگان بیشتر از ضرر بازندگان است (Dawinder Sidhu, op.cit, p.6). به طوری که مال یا خدمت موضوع تعهد، همواره در اختیار کسی قرار گیرد که بیشترین ارزش را برای آنها قائل است (The most valued person). (Posner, 1998, p.133).

به طور کلی، در تحلیل‌های اقتصادی فرض بر این است که اگر خریدار دومی وجود دارد که کالا را بسیار بیشتر از خریدار اول ارزیابی کند، راه حل بسیار کارآمد این است که وی بتواند آن کالا را بدست آورد (Farnsworth, 1985, p.1339). در واقع، چه دلیلی وجود دارد که با مدیونی مثل تاجری که برای اصلاح وضعیت اقتصادی یا ادامه شغل خود و با ملاحظه

مشتریان، عرضه کنندگان، توزیع کنندگان و کارگران خود قرارداد را به طور غیرقانونی نقض می‌کند، مخالفت شود. زیرا هر عمل غیرمشروع به طور یقین، عمل غیر عادلانه محسوب نمی‌شود. نقض تعهدات قراردادی با اهداف سودجویانه با این دیدگاه حقوقی منافات دارد که می‌گوید مسئولیت عامل در این مورد صرف نظر از مزایای اقتصادی آن محقق می‌شود. با وجود این، باید پذیرفت که عدالت چیزی جز کارایی اقتصادی نیست و هر چیزی که کارآمد باشد، عادلانه نیز هست (Posner, 1998, p.133).

گفتار دوم: نقد نظریه نقض کارآمد

با وجود شهرتی که نظریه نقض کارآمد در میان طرفداران تحلیل اقتصادی حقوق دارد، مورد انتقاد شدید پاره‌ای از حقوقدانان قرار گرفته است. در این میان، برخی آن را مغایر با اصول حقوق قراردادی و عده‌ای نیز خلاف اخلاق دانسته اند.

بند نخست: نقد حقوقی

الف. تعارض با اصول حقوق قراردادی

یکی از راه‌های شناسایی قاعده کارآمد مقبولیت آن نزد مردم به هنگام بی هزینه بودن معامله است. پس به راحتی می‌توان بررسی کرد که آیا متعاقدینی که از نقض کارآمد آگاه باشند در زمینه بافروش کالا در زمان انعقاد قرارداد آن قاعده را می‌پذیرند. برای نمونه، خریدار و فروشنده‌ای در مورد کالای نامتجانس با هم قرارداد می‌بندند. فروشنده در زمان قرارداد می‌گوید «با تمام صداقت باید به تو بگویم که من الان، قصد نقض قرارداد در حال یا آینده را ندارم. ولی اگر پیشنهادی بهتر شود قرارداد را نقض و به تو خسارت مورد انتظار را پرداخت می‌کنم». در این مورد می‌توان گفت که فروشنده در قرارداد مرتکب فریب و کلاهبرداری شده است زیرا منظور ضمنی وی این است که در واقع، قصد فروش و اجرای تعهد را ندارد. در یک مطالعه تجربی که سال ۱۹۹۰ در ایالت کارولینای شمالی شد، ۱۰۵ شرکت از ۱۱۹ شرکت در پاسخ به این سوال که «اگر شریک تجاری در مقابل پیشنهاد بهتر به طور عمدی قرارداد را نقض کند، عمل غیراخلاقی انجام داده یا نه» پاسخ مثبت دادند. می‌دانیم که در زمینه بافروش کالا نظریه نقض کارآمد در مورد کالاهای نامتجانسی (قیمتی) است که قرار است در آینده تحویل مشتری شوند و پس از انعقاد قرارداد، شخص ثالث پیشنهاد بهتر می‌کند. در حالی که دلیل اصلی چنین قراردادهایی که تحویل در آینده صورت می‌گیرد این است که خریدار می‌خواهد خطر تغییرات در قیمت را به فروشنده منتقل سازد. بویژه، اگر خریدار «خطر گریز» (Risk Averse) باشد بدین وسیله می‌خواهد از خطر افزایش قیمت رها شود و اگر فروشنده

کمتر «خطرگریز» باشد، حداقل میزانی که وی برای پذیرش خطر نوسانات بازار باید بپردازد کمتر از حداکثر میزانی است که خریدار برای رهایی از خطر می‌پردازد (Craswell, 1996, pp.481, 488).

ایراد دیگر نظریه نقض کارآمد که در باز فروش کالا مطرح می‌شود، این است که می‌گویند اگر فروشنده قرارداد را نقض کند وضعیت خریدار با جبران خسارت به همان اندازه بهتر می‌شود که گویی قرارداد اجرا شده است؛ سودی که پیمان شکن از نقض قرارداد می‌برد بیشتر از سود حاصل از انجام تعهد آن است. پس، اگر در چنین فرضی قرارداد اجرا شود، به متعهد ضرر می‌رسد. اگر آن ضرر در صورت اجرای قرارداد بیشتر از سود طرف مقابل باشد، بدیهی است که پیمان شکنی ارزش را به حداکثر می‌رساند و باید تشویق شود. از آنجا که ضرر قربانی نقض به طور کامل جبران می‌شود، پس اجرا یا نقض قرارداد تفاوتی برای او ندارد (Posner, p.120). با وجود این، چنین ادعایی را به راحتی نمی‌توان پذیرفت زیرا جبران حقوقی نقض قرارداد، پرداخت خسارت و ارزیابی آن بر اساس منفعت مورد انتظار است. مبنای چنین خسارتی نیز این است که ضرر زیان دیده به گونه‌ای جبران شود که برای او تفاوتی بین انجام قرارداد یا نقض آن کند. در حالی که در مورد کالاهای قیمی یا نامتجانس این ایراد رفع نمی‌شود زیرا ارزیابی میزان خسارت بر اساس قیمت کالای جایگزین صورت می‌گیرد در نتیجه سودی برای پیمان شکن نمی‌ماند (Eisenberg, p.20). همچنین، بر اساس معیار کارایی پارتو، عدالت به این معناست که به موجب آن، توزیع منابع به نحوی تغییر یابند که اگر ضرری به حقوق دیگران وارد نشود، این منابع در اختیار کسی قرار گیرند که بیشترین ارزش را برای آنها قائل است. فایده، ارزشی است که در حقوق قراردادها نیز پذیرفته می‌شود. در حالی که این معیار به تنهایی درست نیست و باید ارزشهای دیگر نیز مورد ملاحظه قرار گیرند. برای نمونه، رعایت کرامت انسانی، برده داری را ناعادلانه می‌داند. همچنین است تصاحب مال دیگری یا عدم استرداد آنچه به ناروا بدست آمده یا پای بند نبودن به انجام تعهد به دلیل داشتن سود پیمان شکنی. یا بر پایه حرف پازنر باید گفت دزدی کارآمد است زیرا دزد ارزش مال را بیشتر از مال باخته می‌داند و حاضر است خسارت وی را جبران کند در حالی که به طور یقین این عمل ناعادلانه است و در ارزیابی چنین عملی بررسی نمی‌شود که آیا تخصیص منابع به صورت مطلوب صورت گرفته است یا نه (Friedman, op.cit, p. 8) بدهکاری که با هدف سودجویانه به طور ارادی و عمدی تعهدات قراردادی خود را نقض می‌کند در واقع، به اعتمادی که طرف قراردادی او داده خیانت می‌کند زیرا مدیون تشویق می‌شود به تعهدات خود وفادار نماند.

یکی دیگر از نقدهای اساسی نظریه نقض کارآمد، زیر پا گذاشتن اصل لزوم قراردادی و تعارض آن با اصل آزادی قرارداد است. زیرا بر اساس این اصل، اگر طرفین به چنین نظریه‌ای رضایت داشته باشند، به صراحت در قرارداد پیش بینی می‌کنند که یکی از طرفین با پرداخت خسارت، بتواند قرارداد را نقض کند. چون به موجب اصل آزادی قراردادی، طرفین در تعیین حقوق قراردادی خود آزاد هستند، در حالی که بر اساس نظریه نقض کارآمد، ممکن است حق قراردادی طلبکار در جهت تامین منافع طرف مقابل پایمال شود و این امر با مبانی حقوق خصوصی مغایر است (Friedmann, p. 23).

به موجب این اصل که در ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران نیز پیش بینی شده، «لازمه وفای به عهد این است که اگر متعهد از انجام آن خودداری کند، طرف دیگر بتواند اجبار او را از دادگاه بخواهد. این نتیجه در صورتی بدست می‌آید که عقد لازم باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش ۶۰۲). در صورتی که بتوان متعهد را هر چند با مراجعه به حاکم، الزام به اجرای تعهد کرد، متعهد له می‌تواند اجبار او را از حاکم بخواهد. زیرا در غیر این صورت، غالب معاملات ضرری می‌شود. برای نمونه، اگر شخصی چیزی را با شرطی از کسی خریداری کند و قیمت آن به اندازه‌ای ترقی کند که قیمت قراردادی در برابر آن ناچیز نماید، مشروط علیه باید به تعهد خود عمل کند و نمی‌تواند بگوید که معامله را فسخ می‌کنم بلکه مشروط له می‌تواند او را ملزم به انجام شرط نماید و بنای عقلاء چنین حکمی دارد (خویی، ۱۳۶۷، صص ۳۶۸-۹). با وجود این، نظریه نقض کارآمد هرگز با نیروی الزام آور عقد تعارض ندارد. اگر بپذیریم که متعهد را نمی‌توان به اجرای اجباری تعهد ملزم کرد و او در صورت عدم اجرای تعهد باید خسارت آن را بپردازد تردید از بین می‌رود. در واقع، ایراد برخی از نویسندگان به تعارض بین اصل لزوم و نقض ارادی قرارداد ناشی از برداشت نادرست بین مفهوم نظریه نقض کارآمد و اجرای اجباری اصل تعهدات قراردادی است. وقتی می‌گویند قرارداد نیروی الزام آور دارد؛ به این معنی است که مدیون با طلبکار رابطه حقوقی الزام آور و دارای ضمانت اجرا دارد. بنابر این، در نظریه نقض کارآمد، ادعای رهایی بدهکار مقصر از مسئولیت نیست و این نظریه با بند اول ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه هیچ تعارضی ندارد.

ب. تعارض با قواعد اخلاقی

شاید بتوان گفت عیب اساسی نظریه نقض کارآمد، زیر پا گذاشتن ارزشهای اخلاقی است. برخی از نویسندگان بر این باور هستند که نظریه نقض کارآمد به طرزی آشکار به دستورات اخلاقی لطمه می‌زند. زیرا وفاداری یک دستور اخلاقی است و به شدت باید رعایت شود در حالی که نظریه نقض کارآمد به شیوه خاص به آن دست یازیده است (Laithier, op.cit, p.496).

التزام به مفاد عقد ناشی از این قاعده اخلاقی است که شخص باید پای بند به عهد و قول خود باشد. در کتابهای آسمانی عهد شکنان سرزنش شده اند. در اخلاق اجتماعی نیز تن زدن از عهد و پیمان ناجوانمردی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش ۵۹۸، ص ۲۴۹). زیرا به نظر منتقدین، در تحلیل اقتصادی «انسان اقتصادی» مورد نظر است و انسان به حد کارایی تنزل پیدا کرده و در برابر اخلاق حسّی ندارد (Oppetit, 1998, p.169). حذف نیروی اخلاق از قلمرو مبنای التزام به قراردادها، کارایی نظام قراردادی را کاهش می‌دهد. زیرا دعوی را زیاد می‌کند و این امر هزینه زیادی دارد در حالی که درونی کردن وفاداری به تعهد بر مبنای اخلاق، بدون هزینه است. پذیرش این نظریه موجب می‌شود طرفین از ابزارهای غیر قراردادی پرهیزند برای تأمین پای بندی به تعهد استفاده کنند. علاوه بر این، نیروی الزامهای ناشی از حفظ اعتبار و شهرت را کاهش می‌دهد زیرا بخشی از مبنای چنین الزاماتی نیز اخلاقی است (Eisenberg, p.52). بدینسان، رد نیروی اخلاق از نظریه نقض کارآمد موجب تناقض درونی در خود نظریه می‌شود. بر اساس نظریه، اگر سود نقض برای پیمان شکن بیشتر از طرف مقابل باشد باید نقض قرارداد را پذیرفت. طرفداران نظریه ادعا دارند که چنین نقضی موجب افزایش ثروت اجتماعی می‌شود. با وجود این، اگر نیروی اخلاقی تعهد حذف شود، پس تصمیم به نقض یا اجرای قرارداد از ناحیه متعهد ارتباطی با این امر ندارد که آیا ثروت اجتماعی افزایش می‌یابد یا نه بلکه به این امر ارتباط دارد که آیا ثروت متعهد افزایش می‌یابد یا نه. زیرا همواره خسارت واقعی وارد به طلبکار بیشتر از خسارت‌هایی است که حقوق آنها را شناسایی می‌کند. پس، متعهد خود خواه، در زمان نقض قرارداد، به این امر توجه می‌کند که آیا سود نقض برای او بیشتر از خسارت حقوقی (نه واقعی) طلبکار است یا نه و اگر بیشتر باشد قرارداد را نقض کند. در نتیجه، ثروت اجتماعی کاهش می‌یابد (Schwartz, 1979, p. 291). در پاسخ با این انتقاد آقای پازنر در چاپ چهارم کتاب تحلیل اقتصادی حقوق، می‌نویسد: در صورتی که نقض قرارداد فرصت طلبانه باشد و متعهد در قراردادی که در زمان عقد تعهدات طرفین به طور همزمان اجرا نمی‌شود تنها برای بردن امتیاز از طلبکار قرارداد را نقض کند، چنین نقضی را نمی‌توان پذیرفت. چنین رفتاری هیچ توجیه اقتصادی ندارد و باید از آن اجتناب کرد و بهترین شیوه جبران در این مورد، استرداد سود است که می‌توان با بی ارزش کردن چنین رفتاری برای متعهد از آن جلوگیری کرد (Posner, 1992, pp.117-18). علاوه بر این، پازنر نیز مانند قاضی هلمز، مصلحت‌گراست. به نظر پازنر، اخلاق مبتنی بر علم نیست و از حقیقت تجربی دور است؛ در باره ارزش‌ها صحبت می‌کند و از حقایق غافل است و موجب پیشبرد رویه قضایی نمی‌شود. اخلاق، تنها صداقت افراد را افزایش می‌دهد؛ غیرقابل تصدیق و اثبات و در پاره‌ای مسائل حقوقی بی تأثیر است. پازنر می‌گوید اگر هر یک از افراد جامعه بر این باور باشد که برداشت

اخلاقی او درست است، پس در این صورت، عدم تجانس اخلاقی (یعنی پاسخ‌های فراوان) جای شفافیت (پاسخ‌های کم) را می‌گیرد (Posner, 1998, pp.1637-1656). از حقوق اطاعت می‌شود ولی نه به دلیل اینکه تکلیف وجدانی و اخلاقی آن را تحمیل می‌کند یا عادلانه است بلکه به دلیل اینکه دارای ضمانت اجرا است. پس با استناد به وجدان فردی نمی‌توان نظریه نقض کارآمد را رد کرد (Sidhu, p.22).

با وجود اینکه نظریه سنتی نقض کارآمد مبتنی بر اخلاقیات فایده‌گرایی شکل گرفته است ولی از نظر اخلاقی مورد انتقاد قرار گرفته است. برای رفع این ایراد، برخی از طرفداران این نظریه، پیمان شکنی توجیه شده را جایگزین این نظریه کرده‌اند (LAHAV, p.20). برخی از قضات آمریکا، در توجیه نظریه نقض کارآمد تنها این ملاحظه را در نظر می‌گیرند که آیا می‌توان پیمان شکنی را بر اساس معیار کالدور-هیگس و به صورت به حداکثر رساندن ثروت و بدون ملاحظه اصل پیمان شکنی توجیه شده، کارآمد محسوب کرد. آنها بررسی می‌کنند که آیا پیمان شکن قبل از نقض قرارداد، رضای طلبکار را بدست آورده است. اگر وی وجود هر گونه رضایتی را انکار کرد، قضات باید بررسی کنند که آیا عدم رضا غیرمتعارف است، سپس در مورد قضیه تصمیم‌گیری کنند. بنابراین، اصل نقض مباح به عنوان جایگزین نظریه نقض کارآمد، مبتنی بر رضای صریح یا ضمنی طلبکار است (LAHAV, p.206). وانگهی، نمی‌توان گفت که نقض کارآمد با عدالت مغایر است. زیرا پیمان شکن، حقوق طلبکار را غصب نمی‌کند؛ سودی که وی بدست می‌آورد ناشی از بی مسئولیتی وی نیست که در حقوق فرانسه به موجب مواد ۱۱۴۲ و ۱۱۴۷ قانون مدنی و در حقوق ایران به موجب مواد ۲۲۶ و بعد قانون مدنی، برای پیمان شکن مسئولیت قراردادی پیش‌بینی شده است. باری، هر چقدر عدم جبران خسارت، ناعادلانه و ناکارآمد به نظر آید به همان میزان تعهد مدیون نسبت به جبران خسارتی که در اثر تقصیر وی بوجود آمده سنگین می‌شود و خسارت تا جایی جبران می‌شود که عدالت برقرار شود. جبران مدنی خسارت بوسیله انسان درستکار بسان انسان نادرستکار نمادی از عدالت معاوضی نزد ارسطو است. و بدین وسیله تعادل مالی که در اثر عدم اجرای قرارداد بهم خورده بود، دوباره برقرار می‌شود. بدون تردید، در نقض ارادی، بدهکار به اعتماد طرف مقابل قرارداد، خیانت می‌کند اما امتیازی که او بدست آورده مانع از این نیست که طلبکار بتواند طلب خود را مطالبه کند. تعهد قراردادی مدیون باقی می‌ماند و به شکل جبران خسارت مطرح می‌شود که از لحاظ حقوقی قابل مطالبه است. قاعده‌ای را هم که مدیون قراردادی را ملزم می‌سازد کلیه خسارت‌های طلبکار را جبران کند، ناعادلانه نیست. بنابراین، می‌توان به درستی نظریه نقض کارآمد پی برد.

بند دوم: تعارض با اصول مسئولیت قراردادی

موانع واقعی حقوقی نظریه نقض کارآمد در ضمانت اجراهای عدم اجرای قرارداد است؛ مسئولیت بدهکاری که مرتکب تقصیر سودآور شود، تشدید می‌شود و مسئولیت اشخاص ثالث که در تقصیر وی سهم بوده‌اند، محقق می‌شود. سرنوشت بدهکاری که با اهداف سود جویانه، تعهدات قراردادی خود را نقض می‌کند از نظر حقوق ایران، فرانسه و کامن لا یکسان نیست. زیرا قلمرو تکلیف به کاستن از خسارت بوسیله زیان‌دیده در این دو از نظام متفاوت پیروی می‌کند.

الف. مسئولیت بدهکار از دیدگاه حقوق فرانسه و ایران

در حقوق ایران و فرانسه اجرای اجباری عین تعهد (در برابر جبران پولی) از تخصیص کارآمد منابع پیش‌گیری می‌کند. در صورتی که وضعیت اقتصادی ناشی از اعمال این قاعده مطلوب نباشد، مذاکرات بین متعاقدین (عاقل) به منظور تشویق طلبکار به صرف نظر کردن از حقوق خود نه تنها در برابر دریافت مبلغی به عنوان جبران خسارت بلکه در برابر دریافت بخشی از سود حاصل از قرارداد قرارداد دوم با اشخاص ثالث، صورت می‌گیرد. در مقابل، اجرای اجباری عین تعهد آثار نقض قرارداد را از بین می‌برد. باری، از دیدگاه حقوق ایران و فرانسه صرف اینکه موضوع تعهد را می‌توان از بازار تهیه کرد تأثیری بر میزان تعهد اجرای اجباری اصل تعهد ندارد. امکان جایگزینی تعهد در شرایط معقول، مانع از این نیست طلبکاری که از تقصیر سود آور زیان می‌بیند در صورت ترجیح اجرای اصل تعهد، نتواند آن را از بدهکار مطالبه کند. در واقع، وضعیت واقعی حقوق ایران و فرانسه به این صورت است که اجرای الزامی اصل تعهد مانعی در راه نقض کارآمد قرارداد محسوب می‌شود.

دشواری دیگر در حقوق فرانسه و ایران نسبت به پذیرش نظریه نقض کارآمد، ناشی از تملیکی بودن عقد بیع است. زیرا قرارداد بیع از عقود رضایی و موجب انتقال مالکیت می‌شود.^۱ «بنابراین، در اثر عقد بیع، نه تنها مبیع به ملکیت خریدار درمی‌آید، فروشنده نیز ملزم می‌شود آنچه را فروخته است در اختیار مشتری قرار دهد و به موجب ضمان درک، هرگاه مبیع از آن دیگری باشد، فروشنده ضامن است پولی را که بابت چنین کالایی گرفته به خریدار بازگرداند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۶۷).

بدینسان، نظام ضمانت اجراهای پولی و مالی از سه جهت مانع ارتکاب تقصیرهای سودجویانه می‌شود: نخست اینکه در حقوق فرانسه شروط کیفری خسارت مشروع هستند.

۱. ماده ۳۶۲ قانون مدنی می‌گوید: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است: ۱- به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بائع مالک ثمن می‌شود».

باری، بدون تردید این شرط وصف سودجویانه را در موردی که میزان جریمه بیشتر از سودی است که بدهکار می‌پنداشت می‌تواند در اثر نقض تعهد خود بدست آورد، از عدم اجرای قرارداد می‌گیرد. این خطر، در صورتی وجود دارد که مبلغ جریمه به طور فاحش «گزارف» است و دادرس «راساً» یا به درخواست بدهکار، می‌تواند میزان آن را تعدیل کند. علاوه بر این، شواری دیگر درباره نقض کارآمد این است که رویه قضایی فرانسه به دلیل «اصل جبران کامل خسارت» میزان خسارت را در زمان صدور حکم قطعی ارزیابی می‌کند و طلبکار تکلیفی کلی و با قلمرو وسیع درباره کاستن از خسارت ندارد. در نتیجه، از یک سو، سنگینی جبران خسارت در حقوق فرانسه بیشتر از کامن لا است و احتمال این که عدم اجرای قرارداد، سودآور باشد کمتر است. از سوی دیگر، در حقوق فرانسه، محاسبه بدهکار درباره ضرر نقض به طور کامل مبتنی بر شانس و خطرناک است. در واقع، ارزیابی خسارت وارد به طلبکار در زمان عدم اجرا، بویژه با بررسی وضعیت بازار، بسیار ساده تر از زمان صدور حکم است که گاهی چند سال طول می‌کشد. طلبکار تکلیفی برای کاستن از خسارت ندارد در نتیجه، نوسانات بازار خطر را برای بدهکار تشدید می‌کند در حالی که وی می‌توانست با نقض سودجویانه از این ضرر جلوگیری کند.

مانع دیگر برای پذیرش نظریه نقض کارآمد، این است که در حقوق فرانسه عمدی بودن نقض قرارداد آثار حقوقی خاص دارد و موجب تشدید مسئولیت می‌گردد (Viney et Jourdain, 1998, n. 602 et sui). بر اساس رأی دیوان عالی فرانسه «اگر مدیون به طور عمدی تعهدات قراردادی خود را نقض کند هرچند که قصد ضرر رساندن به طرف مقابل را نیز نداشته باشد»، مرتکب تقصیر قراردادی شده است (Terre, Simler et Lequette, 2002, n 574) پس، تقصیر سودجویانه نوعی از تقصیر تدلیسی محسوب می‌شود زیرا بدهکار به طور 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. اگر در حقوق ایران تقصیر عمدی مدیون موجب تشدید مسئولیت عهدشکن نشود، با وجود این، از جهت دیگر مؤثر است؛ در خودداری عمدی و تقلب آمیز، توافق قبلی دو طرف نمی‌تواند مسئولیت را از بین ببرد یا کاهش دهد، در حالی که «شرط عدم مسئولیت» در نقض غیر عمدی و ناشی از اشتباه امکان دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش ۷۶۲).

ب. مسئولیت بدهکار از دیدگاه حقوق کامن لا

در مقایسه با حقوق فرانسه، وضعیت حقوقی مدیونی که مرتکب تقصیر عمدی می‌شود در حقوق آمریکا و انگلیس بسیار مطلوب است: تکلیف به کاستن از خسارت وجود دارد که طلبکار با بهانه اینکه مدیون سوء نیت دارد از این تکلیف رها نمی‌شود. قاعده کاستن از

خسارت به نحوی قابل ملاحظه قلمرو اجرای اجباری اصل تعهد را کاهش می‌دهد. باری، این که تعهد قراردادی اغلب به خسارت تبدیل می‌شود، نقض قرارداد را تسهیل و احتمال سود آور بودن را زیاد می‌کند به طوری که مبلغ و میزان جبران خسارت از لحاظ نظری نسبت به حقوق ایران و فرانسه کمتر می‌شود. زیرا، در این صورت، جبران خسارت محدود به خسارت هایی می‌شود که عرفاً غیرقابل اجتناب هستند. علاوه بر این، ارزیابی خسارت در زمان نزدیک به زمان عدم اجرای قرارداد صورت می‌گیرد و این حُسن را دارد که موجب می‌شود مدیون به طور دقیق هزینه اختصاصی تقصیر خود را پیش بینی کند. بطوری که به طور رسمی با شروط کیفری در کامن لا مخالفت شده است (Mattei, 1995, passim). با وجود این، در حقوق کامن لا نیز به کلی از وصف عمدی یا غیرعمدی بودن رفتار بدهکار در نقض قرارداد غافل نیستند: نخست اینکه دادگاهها در برخی از ایالت‌های آمریکا نقض همراه با سوء نیت تعهدات قراردادی را موجب مسئولیت مدنی دانسته و در چنین موردی حکم به خسارت های تنبیهی می‌دهند (Ibid). رویه قضایی آمریکا در این باره، نخست در مورد قراردادهای بیمه شکل گرفت و بیمه گرهایی که به نحو غیرمعارف تلاش می‌کردند از بار تعهدات خود فرار کنند مجبور به پرداخت خسارتهای تنبیهی شدند. پس از ۱۹۸۰ این راه حل در مورد سایر قراردادها نیز استفاده شد. علاوه بر سنگینی مسئولیتها و ارتباط آن با اصل جبران کننده در زمینه قراردادی، همواره به دلیل ضرورت پذیرش نقض کارآمد قراردادها، نویسندگان در مقابل گسترش ضمانت اجراهای کیفری عدم اجرای تعهدات قراردادی، مخالفت کردند (Curtis, 1986, pp.163-178). بنابراین، ملاحظه رفتار مدیون در ارزیابی خسارتها که در حقوق کامن لا نیز تا حدی در ارزیابی وجود دارد به عنوان مانعی در مقابل تقصیرهای سودجویانه محسوب می‌شود. با وجود این، در نظام حقوقی ضمانت اجرای نقض قرارداد در حقوق کامن لو، مدیون آزادی بیشتر در نقض تعهدات قراردادی به امید بردن سود دارد.

ج. مسئولیت اشخاص ثالث سهیم در نقض قرارداد

اساس بازار آزاد، مبتنی بر رقابت است و لازمه آن پیشنهاد معامله بهتر با قیمت بیشتر است. کیفری کردن رقابت،^۱ تلاشها را از مسیر منحرف می‌سازد زیرا انگیزه تکاپو از بین می‌رود و

۱. ماده (۱) «قانون راجع به انتقال مال غیر» مصوب فروردین ۱۳۰۸ مقرر می‌دارد که: «هر کسی مال غیر را با علم به این که مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و همچنین است انتقال گیرنده مال که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال دهنده باشد» و به موجب ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک عمل شخصی که «به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیر منقول) حقی به شخص یا اشخاصی داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور نماید» را به کلاهبرداری تشبیه کرده است.

بازده نیز بهینه پارتو نیست. در حالی که قرارداد وسیله‌ای برای تخصیص بهتر منابع است. اگر این تخصیص، با عدم اجرای قرارداد و بدون ضرر به ثالث، بهبود یابد، یعنی بهینه پارتو بهبود یابد، هدف حقوق قراردادی برآورده شده است. علی‌الاصول، انجام عمل قانونی مسئولیت مدنی ندارد. بنابراین، بین نظریه حق بر نقض قرارداد و مسئولیت مدنی ناشی از دخالت در رابطه قراردادی تعارض وجود دارد. پس چگونه می‌توان مسئولیت مدنی ثالثی را که یکی از متعاقبین را به اجرای حق خود (نقض قرارداد) تشویق می‌کند، پذیرفت؟ (Friedmann, p.20). امروز، گرایش اصلی در حقوق کامن‌لا، شناسایی مسئولیت مدنی برای نقض کارآمد است. شخص ثالث در صورت پیشنهاد معامله بهتر و تشویق به نقض قرارداد، مسئولیت مدنی دارد.

۱. حقوق ایران و فرانسه

در حقوق ایران و فرانسه، اگر اشخاص ثالث با علم به جهت، در نقض عهد به مدیون کمک نمایند، مسئولیت مدنی آنها در برابر طلبکار زیان دیده محقق می‌شود. بر اساس نظر حقوق دانان فرانسه که دیوان عالی نیز از آن تبعیت کرده این قاعده، مبتنی بر اصل «قابلیت استناد» قراردادها در برابر اشخاص ثالث است (Carbonnier, n 122; Flour, Aubert et Savaux, 2002, n 434; Terre, Simler et Lequette, n 490). مسئولیت خریداری که می‌داند مالی را با اشتباه حقوقی طلبکار بدست می‌آورد (برای نمونه، وقتی وعده بیع وجود دارد)، مسئولیت کارفرمایی که کارگری را اخراج می‌کند در حالی که می‌داند با وی قرارداد الزام آوری منعقد کرده است از اینگونه موارد هستند. یا «در موردی که شخص ثالث در تجاوز به قرارداد شریک یکی از دو طرف می‌شود، در برابر طرف دیگر مسئولیت پیدا می‌کند: فرض کنیم کارگر فنی یا هنرپیشه‌ای در برابر کارفرمای خود تعهد کرده باشد که نزد دیگری کار نکند و خدمت خود را به انحصار در اختیار کارفرما قرار دهد. مدیر کارگاه یا تماشاخانه دیگر به عمد و با پیشنهاد دستمزد بیشتر و شرایط بهتر کارگر را می‌فریبد و به موسسه خود می‌برد. این اقدام نوعی تقصیر و اقدامی نامتعارف است، زیرا اغواکننده نیز باید به تعهد میان زیان‌دیده و کارگرا احترام گذارد و قرارداد در برابر او قابل استناد است. همچنین است در موردی که مالکی به موجب قولنامه تعهد کرده است ملک خود را 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 در برابر خریدار قابل استناد است و شرکت در این نقض عهد، تقصیر به شمار می‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش. ۶۲۸). برای تحقق مسئولیت اشخاص ثالث، نیازی به قصد ضرر زدن به دیگری یا تقلب از ناحیه اشخاص ثالث نیست. مسئولیت اشخاص ثالث در صورت آگاهی از رابطه قراردادی محقق می‌شود و اگر در روابطی که با بدهکار می‌بندد 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. با وجود این، دیوان عالی فرانسه اجرای اجباری تعهد را در مورد تعهد یک طرفه یا پیش قرارداد و یا وعده بیع نپذیرفت و اشخاص ثالثی را هم که با حسن نیت مال مورد تعهد را بدست آورده‌اند، مسئول ندانست. دیوان عالی در سال‌های ۱۹۹۳ و ۱۹۹۹ دو رأی در این زمینه صادر کرد که به موجب آنها، اجرای اجباری تعهد یک طرفه یا تعهد فروش را غیرممکن و نادرست دانست. برخی از نویسندگان، آراء دیوان عالی فرانسه 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 نظریه عدم اجرای کارآمد قرارداد می‌گنجد (Mainguy, 2004, p. 18).

۲. حقوق کامن لا

اصل مسئولیت اشخاص ثالث که در نقض قرارداد مشارکت داشته‌اند در حقوق معاصر انگلستان به رای مشهوری (Lumley V Gye) در سال ۱۸۵۳ بر می‌گردد که پس از آن در تمام ایالت‌های آمریکا پذیرفته شد. در این پرونده، مدیر تئاتری با خواننده‌ای قرارداد انحصاری اجرای موسیقی می‌بندد و رقیب وی نیز برای اجرای همان برنامه پول بیشتر به آوازه خوان پیشنهاد می‌کند و موجب می‌شود خواننده قرارداد خود را با مدیر اولیه تئاتر نقض کند. به دنبال آن، مدیر از ثالث شکایت و مطالبه خسارت می‌کند. دادگاه چنین استدلال می‌کند که اصل نسبی بودن قرارداد مانع از تحقق مسئولیت ثالثی که به طور عمدی عدم اجرای قرارداد را فراهم کرده نیست. امروز، تفکیک بین اثر نسبی و قابلیت استناد قرارداد در کامن لا آشکار نیست و حقوقدانان نیز این مسئولیت را همانند یک سرپیچی از اثر نسبی قرارداد می‌دانند (Treitel, p. 619). برخی از نویسندگان نیز برای تشدید مشروعیت آن حق بر طلب را با حقوق عینی یکسان دانسته و مانند آن در برابر همه قابل استناد می‌دانند (Farnsworth, n 111). با وجود این، در مورد مسئولیت اشخاص ثالث این انتقاد اساسی وارد است که اعمال مسئولیت مدنی، آزادی فردی را محدود و مانعی دیگر در راه آزادی داد و ستد ایجاد می‌کند (Perlman, 1982, p. 62). در واقع، چگونه می‌توان از نقض کارآمد حمایت کرد و در عین حال مسئولیت اشخاص ثالث را در این باره پذیرفت (Friedman, p. 20)؟

نتیجه

نظریه نقض کارآمد از نظر اقتصادی قابل توجیه و مفید است. با وجود این، پذیرش آن از نظر حقوق فرانسه و ایران با تردیدهای جدی روبروست: حق طلبکار بر اجرای اصل تعهد، تردید درباره پذیرش قاعده کاهلی زیان‌دیده در حقوق قراردادی، تملیکی بودن بیع و اجاره در حقوق ایران، مانع از پذیرش چنین نظریه‌ای می‌شود. با وجود این، به نظر می‌رسد که اجرای اصل تعهد، قاعده‌ای آمره محسوب نمی‌شود و طرفین می‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند. از سوی دیگر، فرض بر این است که تمامی قراردادها ناقص هستند و در موردی که بتوان از رضای ضمنی و اوضاع و احوال استنباط کرد که طرفین در صورت مذاکره، چنین شرطی را به طور مسلم پیش بینی می‌کردند یا بنای عقلاء چنین حکمی دارد، می‌توان از اجرای ناکارآمد قراردادها پیش‌گیری و از تلف منابع جلوگیری کرد.

منابع و مآخذ

الف- فارسی و عربی

۱. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۳۷۸)، مکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۲. خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۶۷)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد ۷، انتشارات وجدانی.
۳. نجفی خوانساری، شیخ موسی بن محمد، (۱۴۲۱)، تقریرات محمد حسین نائینی، منیه الطالب، جلد سوم، موسسه نشر اسلامی.
۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، سهامی انتشار، سوم.
۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار.
۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی؛ معاملات معوض - عقود تملیکی: بیع - معاوضه - اجاره - قرض، نشر انتشار، چ ششم.
۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، سهامی انتشار، چ سوم.

ب- خارجی

- 1-Bentham, Germy, (1789.), **The theory of legislation, Principles of the civil code**, at: <http://www.jstor.org>.
- 2-Birmingham, Robert, (1970), **Breach of contract, damage measures, and economic efficiency**, Rutgers law review, pp 273284: <http://www.jstor.org>.
- 3-Brousseau, Eric, (2005), **La sanction adéquate en matière contractuelle: Analyse Economique**, at: www.brousseauinfo/pdf/2005_EB-sanctionpdf.
- 4-Calabresi (Guido) and Melamed (A Douglas), (1972), **Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral**, Harvard Law Review : <http://www.jstor.org>.
- 5-Calabresi, Guido, (1961), **some thought on risk distribution and the law of torts**, Yale law journal, , at: <http://www.jstor.org>.
- 6-Carbonnier, Jean, (2000), **Les obligation**, 22 ed, Paris, PUF.
- 7-Charles JGoetz and Robert Escott, (1977), **Liquidated Damages, Penalties and Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach**, Columbia Law Review, Vol 77, n4, at: <http://www.jstor.org>.
- 8-Coase, Ronald H, (1960), **The problem of social cost**, Journal of law and economics, , at: www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960pdf.

- 9-Cooter (Robert) and Ulen (Thomas), (2000), **Law and economics**, 3 edition, Addison-Wesley.
- 10-Craswell, Richard, (1996), **Offer, acceptance, and efficient reliance**, Stanford law review, at: <http://www.jstor.org>.
- 11-Curtis, L, (1986), **Damage measures for bad faith breach of contract: an economic analysis**, Stanford law review, at: <http://www.jstor.org>.
- 12-Eisenberg, Melvin, (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>.
- 13-Epstein, Richard, (1997), **contracts small and contracts large: contract law through the lens of laissez faire**, at: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10573.
- 14-Terre(F), Simler(PH), Lequette, (Y), 2002, **les obligations**, 8 éd, Paris, Dalloz .
- 15-Farnsworth, E Allan, (1985), **Your loss of my gain? The dilemma of disgorgement principle in breach of contract**, 94 Yale Law Journal, at: <http://www.jstor.org>.
- 16-Flour,(J), Aubert, L, Savaux, É, (2002), **Les obligations**, L'acte juridique,' 10 éd, Paris, Armand colin.
- 17-Friedman, Daniel,(1989), **The Efficient Breach Fallacy**, *The Journal of Legal Studies*, Vol 18, No 1, at: <http://www.jstor.org>.
- 18- Hatzis, Aristides N, (2006) , **Civil Contract Law and Economic Reasoning-An Unlikely Pair?** Kluwer Law International, at: www.econ.uagr.ua/files/1974297083.pdf.
- 19-Hesselink, Martijn W, (2001), **The Principle of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission**, *Global Jurist Frontiers*, at: <http://www.bepress.com/gj>
- 20-Holmes, Oliver Wendell, (1881), **Common law**, at: <http://biotech.law.lsu.edu/Books/Holmes/claw.htm>.
- 21-Holmes, Oliver Wendell, (1897), **The path of the law**, Harvard Law Review, at: www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm.
- 22-LAHAV, GIL, (2000), **A principle of justified promise-breaking and its application to contract**, at: [www1.law.nyu.edu/pubs/annualsurvey/documents/57%20N.Y.U.%20Ann.%20Surv.%20Am.%20L.%20163%20\(2000\).pdf](http://www1.law.nyu.edu/pubs/annualsurvey/documents/57%20N.Y.U.%20Ann.%20Surv.%20Am.%20L.%20163%20(2000).pdf).
- 23-Laithier, Yves-Marie, (2004), **Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat**, Edition DELTA.
- 24-Mainguy, Daniel, (2004), **L'efficacité de la rétraction de la promesse de contracter**, RTD civ.
- 25-Mattei, U, (1995), **The comparative law and economics of penalty clauses in contracts**, journal of comparative law, , passim, at: <http://www.jstor.org>.
- 26-Mercuro (Nicolas) and Medema (Steven G), (2006), **Economics and The Law**, 2ed, Princeton University Press.
- 27-Oppetit, B, (1998), **Droit et Economie**, in Droit et Modernité, Paris, PUF.
- 28-Perlman, HS, (1982), **Interference with contract and other economic expectancies, a clash of tort and contract doctrine**, Chicago law review, at : <http://www.jstor.org>.
- 29-Posner, Richard, (1979), **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**, *The Journal of Legal Studies*, Vol 8, No 1, at: <http://www.jstor.org>.
- 30-Posner, Richard, (1998), **Economic analysis of law**,5 edition, New York, Aspen publishers.
- 31-Posner, Richard, (1998), **The problematic of moral and legal theory**, Harvard Law Review, at: <http://www.jstor.org>.
- 32-Schafer (Hans-Bern) and Ott (Claus), (2004), **The economic analysis of civil law**, Edward Elgar publication.
- 33-Schwartz, Alan, (1979), **The case for specific performance**, Yale law journal, at: <http://www.jstor.org>.
- 34-Sidhu, Dawinder, (2006), **The immorality and efficiency of an efficient breach**, The Tennessee Journal of business law, at: papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID963640_code688955.pdf pap.
- 35-Smith (Stephen A) and Dawson Scholar (William), (2004), **Contract Theory**, Oxford university press.
- 36-Treitel, G H, (2003), **The law of contract**, 11 ed, London, Sweet and Maxwell.
- 37-Viney, Genevieve; Jourdain, Patrice, (2001), **les effets de la responsabilité**; 2 ed, LGDJ.
- 38-Viney, Genevieve; Jourdain, Patrice, **Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité**, 2 éd, Paris, LGDJ, 1998.