

بررسی کارآیی تقدّم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد در حقوق آمریکا و ایران

علی انصاری^۱

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه

خوارزمی تهران

حسن بادینی^۲

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه

تهران

احد شاهی^۳

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه

خوارزمی تهران

تاریخ پذیرش ۱۳۹۶/۴/۳

تاریخ دریافت ۱۳۹۵/۹/۲۱

چکیده

از جمله مسأله مبنایی در تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، جایگاه ضمانت اجرای الزام به انجام عین تعهد و چگونگی ارتباط آن با فسخ قرارداد و پرداخت خسارات است و نظام‌های حقوقی کام‌لا و رومی - ژرمنی مقررات متفاوتی در این خصوص دارند. چنان‌که به نظر برخی استادان نگرش اقتصادی به حقوق، اصول بی تفاوتی و اتکای به قرارداد، اخلاقی بودن اجرای عین تعهد، پیامدهای اطلاعاتی و امکان انعقاد قراردادِ جبران خسارات ناشی از عدم امکان تعهد، کارآیی تقدّم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد را ثابت می‌کنند. در مقابل، موافقان کارآیی تقدّم فسخ قرارداد بر انجام عین تعهد به دلایلی، هم‌چون ملاحظات عرفی و انصاف در ضمانت‌اجراهای نقض قراردادی، مولد انگیزه بودن ضمانت‌اجراها و اصل خوداتکایی متعهدله در ضمانت‌اجراها، استناد کرده‌اند؛ که بررسی دلایل هر دو گروه به‌منظور رسیدن به نتیجه‌ای موافق با

1- Ali.ansari1975@yahoo.fr.

2- hbadini@ut.ac.ir.

۳- نویسنده مسئول: Ahadshahi@yahoo.com

مؤلفه‌های تحلیل اقتصادی حقوق ضروری است. پژوهش حاضر با تحلیل و تبیین دلایل موافقان تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد، رابطه معنادار اقتصادی بین ضمانت‌اجراهای یادشده را نشان می‌دهد و پس از تحریر محل بحث، با تکیه بر تحلیل اقتصادی حقوق به نتیجه‌ای می‌رسد که به طور مطلق کارآیی تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد از دلایل مورد استناد طرفداران آن‌ها قابل برداشت نیست؛ بلکه باید در این خصوص قائل به نظریه تفصیلی شد و برحسب ویژگی قراردادهای عادی، مصرفی و تجارّتی - تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد را پذیرفت.

کلید واژه‌ها: تحلیل اقتصادی، کارآیی، انجام عین تعهد، فسخ قرارداد، پرداخت خسارات.

۱- مقدمه

از نظر تحلیل اقتصادی، در حقوق قراردادهای ضمانت‌اجرائی کارآیی دارد که منجر به تخصیص کارای منابع و افزایش ثروت اجتماعی شود و نقش اساسی در خوشایندی طرفین قرارداد داشته باشد. البته زمانی این خوشایندی تحقق می‌یابد که طرفین قرارداد در اجرای تعهدات خود با انگیزه عمل کنند و چنانچه یکی از آن‌ها از اجرای تعهدش خودداری کند، طرف مقابل با ضمانت‌اجرای منتخب و با کم‌ترین هزینه به مطلوبش - اجرای عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت خسارات - نائل شود.

بر همین اساس، از جمله مسائل چالشی در ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، کارا یا ناکارا بودن انجام عین تعهد و چگونگی ارتباط آن با فسخ قرارداد و پرداخت است: در واقع، نظام حقوقی آمریکا پرداخت خسارات را به عنوان ضمانت‌اجرای عمومی نقض تعهدات قراردادی پذیرفته است و در پاره‌ای از شرایط و اوضاع و احوال استثنایی، الزام متعهد به انجام عین تعهد را جایز می‌داند. با وجود این، در حقوق ایران، قاعده کلی در نقض تعهدات قراردادی، ضمانت - اجرای الزام به انجام عین تعهد است. البته چنانچه به دلیل لزوم تخصیص متعهد در انجام تعهد، نتوان آن را به وسیله شخص ثالث اجرا کرد، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کند (مستنبط از مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ و ۴۷۶ قانون مدنی). ناگفته پیداست که فسخ قرارداد با امکان اجبار متعهد به اجرای تعهد، مانند خیار تأخیر ثمن (ماده ۴۰۲ قانون یادشده)، خلاف قاعده کلی مورد اشاره است و نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد و نباید آن را به موارد مشکوک تسری داد.

با توجه به آنچه گفته شد، پرسش اصلی تحقیق پیش‌رو این است که تقدّم انجام عین تعهد بر

فسخ قرارداد و پرداخت خسارات کارا به شمار می آید یا خیر؟ در پاسخ به پرسش بالا، فرض بر این است که از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، برحسب ویژگی قراردادها - مصرفی یا تجارتي یا عادی بودن آنها - تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت خسارات کارا شمرده می شود و به طور کلی نمی توان اعتقاد به تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد داشت.

از نظر سابقه تحقیقاتی، استادان تحلیل اقتصادی حقوق آمریکا، به شیوه های مختلفی به تجزیه و تحلیل کارآیی تقدم انجام عین تعهد یا پرداخت خسارات پرداخته اند؛ چنان که برخی از آنها پس از بررسی چالش های انجام عین تعهد، ضمانت اجرای یادشده را به انجام عین تعهد «واقعی» و «حکمی» تقسیم کرده اند و در کالاهای کلی و در دسترس، پرداخت خسارات، که متعهدله را در وضعیت مشابه انجام تعهد قرار می دهد، در حکم اجرای عین تعهد و معادل آن دانسته اند و با این تقسیم بندی، چالش های انجام عین تعهد را رفع کرده اند (Eisenberg, 2005: 977-978).^۱ در مقابل، بعضی باور به کارآیی مطلق تقدم ضمانت اجرای عین تعهد بر فسخ قرارداد دارند و برای توجیه و تحلیل نظریه شان به دلایل گوناگونی استناد کرده اند (Schwartz, 1979: 276-278). هم چنین، بعضی از نویسندگان آمریکایی در این خصوص قائل به نظریه تفصیلی شده اند و در قراردادهای مربوط به انتقال مالکیت کالاهای موجود و در دسترس، تقدم انجام عین تعهد و در قراردادهای سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات، تقدم پرداخت خسارات را پذیرفته اند (Shavell, 2006: 831-837).

با وجود این، حقوق دانان ایرانی، عموماً به توجیه ناپذیری تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات از نظر تحلیل حقوقی پرداخته اند (Sadeghi Neshat, 2009: 297-314; Olfat et al., 2010: 43-62; Daroui, 2014: 117-144) و بعضی از استادانی نیز تألیفاتی درباره تحلیل اقتصادی حقوق دارند، پژوهش و دقت نظر در دلایل کارآیی تقدم یادشده نداشته اند (Ansari,

۱. چنان که برخی استادان تحلیل اقتصادی حقوق آمریکا اعتقاد دارند، قوانینی مانند شرح دوم قراردادها و یکتوخت تجارتي به گونه ای تصویب شده اند که پرداخت خسارات تمام زیان های متعهدله را جبران کند و او را در وضعیت مشابه اجرای عین تعهد قرار دهد. بنابراین، از نظر تحلیلی پرداخت خسارات نمودی از اجرای عین تعهد است و بدل آن شمرده نمی شود و به نحو کامل متعهدله را در یک موقعیت بی تفاوتی در قبال انجام تعهد یا پرداخت خسارات قرار می دهد (Markovits, et al., 2017: 2-3; 26).

(2014:493-497) بنابراین، علی‌رغم اهمیت موضوع مقاله و آثار عملی آن، تحقیق جامع و مستقلی یافت نمی‌شود که با نگرش اقتصادی به بررسی کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا پرداخته و در نظریه پردازی‌هایش نیز نگاهی به ویژگی بارز قراردادها اعم از عادی، مصرفی و تجارتي داشته باشد و در نهایت، ضمانت‌اجراهای انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد را برحسب ویژگی قراردادها درونی‌سازی کرده باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، موارد یادشده جنبه‌های نوآوری و ضرورت مقاله کنونی را نیز می‌رساند.

از نظر روش‌شناسی پژوهش، روش نگارندگان ترکیبی از روش‌های تبیینی (بیان دلایل طرفین کارآیی تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد)، تحلیلی (ارائه نظریه برگزیده با توجه به بررسی و ملاحظه دلایل یادشده)، تطبیقی (تطبیق بین حقوق آمریکا و ایران) و تفصیلی (تفاوت بین ویژگی قراردادها در اولویت انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد) خواهد بود. البته در مطالعات به مقتضای رویکرد اصلی مقاله، باید تحلیل اقتصادی را به کار بست و در پایان، به تبیین نتایج آن با توسل به تحلیل یادشده پرداخت.

بدین ترتیب، در مقاله حاضر دلایل کارآیی تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد بررسی و مطالعه می‌شود (بند‌های دوم و سوم) و در خاتمه، با توجه به دلایل یادشده، نظریه برگزیده تبیین می‌گردد (بند چهارم). زیرا لازمه ارائه نظریه اقتصادی منطقی و پیشنهاد علمی به قانون‌گذار در این باره، واکاوی دلایل تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد است.

۲- دلایل طرفداران کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد

برخی از نویسندگان تحلیل اقتصادی حقوق، برای اثبات کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات به دلایل مختلفی استناد کرده‌اند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۲- اصل بی‌تفاوتی

نخستین دلیل کارآیی تقدم یادشده، «اصل بی‌تفاوتی»^۱ است که برای نخستین بار در حقوق

1. The Indifference Principle

ایران مطرح می‌شود. در واقع، مطابق این اصل، قانون‌گذار باید ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی را به گونه‌ای پیش‌بینی کند که در فرض نقض تعهد، متعهدله را نسبت به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت خسارات بی‌تفاوت نگه دارد (Eisenberg, 2005:979, 1018) و بیش‌ترین حمایت را از او کند. البته در تطبیق مطالب بالا بر ضمانت‌اجرای انجام عین تعهد، می‌توان گفت این ضمانت‌اجرای قراردادی، بیش‌ترین حمایت را از متعهدله می‌کند و او را در وضعیتی قرار می‌دهد که در فرض اجرای عین تعهد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. بر همین اساس، باید ضمانت‌اجرای انجام عین تعهد را بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات تقدم داشته باشد. زیرا فرض بر این است که متعهدله با انجام عین تعهد، به هدف نهایی خود از انعقاد قرارداد - که همان رسیدن به موضوع تعهد باشد - دست می‌یابد و به همین دلیل، او را در یک وضعیت بی‌تفاوت و منفعل نگه می‌دارد و از نظر تحلیل اقتصادی، کارا و مطلوب است.

مطلبی که باید بیافزاییم، این است که استادان حقوق ایران به اصل بی‌تفاوتی در ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات اشاره‌ای نداشته‌اند؛ اگرچه از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، از جمله مبانی اقتصادی وضع مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی (تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد)، می‌تواند اصل یادشده باشد. امید است پژوهش فعلی سرآغاز دیگر واکاوی‌ها در این زمینه باشد.

۲-۲- اصل اتکای به قرارداد

دلیل دوم کارآیی تقدم مورد اشاره، «اصل اتکای به قرارداد»^۱ است که براساس آن، طرفین قرارداد با اعتماد به اجرای تعهد طرف مقابل، بر روی قرارداد سرمایه‌گذاری می‌کنند و کارهای هزینه‌بری را انجام می‌دهند که از اتکای به قرارداد و اجرای آن ناشی می‌شود (Eisenberg, 2005:981-982; Cooter et al., 1985: 1465; Miceli, 1997: 89-90). به عنوان مثال، «الف» قرارداد خرید بلیط سفر هوایی با آژانس هواپیمایی «ب» منعقد می‌کند و با اتکای به اجرای قرارداد، مبادرت به انجام کارهایی، از جمله خرید چمدان مسافرتی، لوازم و مایحتاج سفر، گرفتن مرخصی از محل کار و مانند این‌ها، می‌نماید که تمام این کارها برای «الف» هزینه‌بر است. بنابراین، اصل اتکای به قرارداد و اعتماد به اجرای تعهدات ناشی از آن ایجاب می‌-

1- The Reliance Principle

نماید، تقدّم با انجام عین تعهد باشد. با توجه به آن چه گفته شد، چنین بر می آید که چون از نظر اقتصادی، ضمانت اجرای انجام عین تعهد از تحمیل هزینه های ناشی از اتکای به قرارداد به متعهدله جلوگیری می کند، کارآمد است و باید بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات تقدّم داشته باشد. به نظر می رسد، در حقوق ایران نیز می تواند یکی از دلایل اقتصادی تقدّم یادشده، اصل اتکای متعهدله به اجرای عین تعهد باشد و لازمه جلودگیری از ورود خدشه به این اعتماد، تقدّم الزام به انجام عین تعهد، به عنوان قاعده کلی نقض تعهدات قراردادی، است (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی).

۳-۲- اخلاقی بودن اجرای عین تعهد

اخلاق ایجاب می نماید که طرفین به قرارداد وفادار باشند و قانون باید طرف نقض کننده قرارداد را ملزم به اجرای عین تعهد بداند و اخلاقی بودن اجرای تعهد، به اولویت ضمانت اجرای الزام به انجام عین تعهد حکم می دهد (Shavell, 2003:13). بنابراین، به دلالت اصل یادشده، طرفین نباید قرارداد را نقض کنند و در صورت نقض، مرتکب یک عمل غیراخلاقی شده اند (Shavell, 2005:1) و پرداخت خسارات موجب از بین رفتن جنبه غیراخلاقی نقض تعهد نمی شود و نظام های حقوقی باید از قواعد اخلاقی مانند اخلاقی بودن اجرای عین تعهد پیروی کنند (Al-Tawil, 2014:353)؛ همان طور که در حقوق ایران، یکی از مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی - که آن مواد را نیز توجیه می کند - اخلاقی بودن اجرای عین تعهد است و قانون گذار باید در تصویب مقررات، اخلاق را در رأس امور قرار دهد و اقدام به اجرای حقوقی اخلاق کند و در واقع، تقدّم فسخ قرارداد بر الزام به انجام عین تعهد، ترویج بی اخلاقی در جامعه است.

۴-۲- پیامدهای اطلاعاتی

دلیل چهارم قائلین به تقدّم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، پیامدهای اطلاعاتی^۱ است. زیرا به ندرت متعهد می تواند از بهای مورد نظر متعهدله آگاهی پیدا کند تا بتواند

1- Informational Effects

با پرداخت بهای آن به متعهدله، جبران خسارات کند و چون اطلاعات دقیقی از ارزش تعهد نزد او ندارد، عموماً پرداخت خسارات، متعهدله را در وضعیت مشابه اجرای عین تعهد قرار نمی دهد (Eisenberg, 2005: 1000). بنابراین، متعهد نمی تواند بهای قرارداد برای اجرای تعهد را در هنگام نقض قرارداد پیش بینی کند و بر همین مبنا، معمولاً طرفین با انجام عین تعهدات به قرارداد خاتمه مشترک می دهند (Eisenberg, 2005:1019).

بیهوده نیست که قانون گذار ایرانی به پیروی از قصد مشترک طرفین، قاعده عمومی را تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد دانسته است (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) و از جمله مبانی اقتصادی مواد یادشده، پیامدهای اطلاعاتی است که شرح آن گذشت.

۲-۵- سازگاری با هدف ضمانت اجرای قراردادی

از دید تحلیل اقتصادی، ضمانت اجرای قراردادی باید به گونه ای پیش بینی شوند که چنانچه قرارداد به وسیله متعهد نقض شود، منافع متعهدله را با کمترین هزینه و بیشترین کارایی تأمین کنند. بنابراین، تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، هماهنگ با هدف ضمانت اجرای قراردادی - جبران کامل خسارت زیان دیدندگان ناشی از نقض قراردادها - است. زیرا از نظر تحلیلی، نتیجه مستقیم اصل اجرای قراردادها، پذیرش الزام به انجام عین تعهد در قراردادها به عنوان قاعده کلی است و منطقی به نظر نمی رسد که با وجود امکان انجام عین تعهد و تأمین انتظارات متعهدله، قانون گذار فسخ قرارداد و پرداخت خسارات را پیش بینی کند.

همان گونه که در رویه قضایی، دادگاهها چنانچه الزام به انجام عین تعهد مقدور باشد، رأی به فسخ قرارداد نمی دهند. برای مثال، در دعوی که طرفین آن توافق کرده بودند که برای جبران خسارات وارده به عین مستأجره، در ابتدا مستأجر خرابیها و معایب را به حالت اولیه اعاده کند و با این وصف، موجر بدون تقاضای الزام به انجام عین تعهد رفع معایب و اعاده تغییرات به وضعیت نخستین، دادخواست مطالبه خسارات به طرفیت مستأجر تقدیم کرده بود، دادگاه به توافق طرفین قرارداد احترام گذاشت. زیرا شعبه ۲۲ دادگاه حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران، طی دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۸۲۰۰۸۱۰ مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۲۴ دعوی موجر را به دلیل طرح آن (قبل از

الزام مستأجر بر جبران خسارات وارده از طریق رفع معایب و تغییرات و خرابی‌ها و اعاده وضع به حالت سابق .. قابل استماع ندانسته» و به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، رد کرده است.^۱ افزون بر این، محدودیت‌های ملاک خسارات مورد انتظار موجب می‌شود که در نقض تعهدات قراردادی، خسارات وارده به متعهدله را به‌طور کارآمد و کامل جبران نشود (Eisenberg et al., 2013: 11-12) و به همین دلیل، از نظر اقتصادی قابل توجیه نیست.

در خاتمه، در حقوق ایران نیز، مقررات پیش‌بینی شده در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، که در قراردادهایی که انجام تعهد قائم به تخصص متعهد است، امکان فسخ قرارداد را منوط به تعذر اجبار متعهد به اجرای عین تعهد از طریق دادگاه می‌داند، از این نظر که در قراردادهای مورد اشاره فسخ مطلوب نیست و اساساً با هدف حقوق ضمانت‌اجراهای قراردادی^۲ سازگاری ندارد، از نگاه تحلیل اقتصادی منطقی به نظر می‌رسند.

۲-۶- سازگاری با استفاده بهینه از منابع

از چشم‌انداز تحلیل اقتصادی، قواعد حقوقی، از جمله ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، باید به گونه‌ای پیش‌بینی شوند که استفاده بهینه و تخصیص کارایی منابع را فراهم سازند

۱- افزون بر این که، مطابق رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۱۴۶ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۸ شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، فسخ قرارداد منوط به تعذر اجرای عین تعهد به استناد ماده ۲۳۷ قانون مدنی است و به صرف تخلف از انجام تعهد، نمی‌توان قرارداد را فسخ کرد.

۲- نکته‌ای که ذکر آن ضروری می‌رسد، این است که در حقوق آمریکا در تألیفاتی با عنوان «حقوق ضمانت‌اجراها» (Law of Remedies) به تحلیل مفهوم ضمانت‌اجراهای قراردادی نقض تعهدات، مبانی، اقسام و موارد اعمال آن‌ها پرداخته‌اند (Dobbs, 1993:1-9). البته در حقوق ضمانت‌اجراهای قراردادی، ضمانت‌اجراهایی، مانند الزام به انجام عین تعهد، مطالبه خسارت و حق فسخ ناشی از قرارداد، که مربوط به مرحله‌ای بعد از نقض قراردادند و جنبه جبرانی دارند، بررسی می‌شود و شامل ضمانت‌اجراهای پیش‌گیرانه‌ای، مثل حق حبس، حق تعلیق اجرای قرارداد و حق فسخ متعاقب پیش‌بینی عدم اجرای قرارداد، که همه آن‌ها جنبه پیش‌گیرانه دارند و پیش از نقض قرارداد به مرحله اجرا در می‌آیند، نمی‌شود. با وجود این، عنوان یادشده در حقوق ایران متعارف نیست و برخی استادان حقوق، زیرعنوان‌هایی، مانند «اجرای قرارداد» (Katouzian, 2014:79-113) و «آثار قراردادها و تعهدات» (Shahidi, 2014:31-48) پاره‌ای از ضمانت‌اجراهای قراردادی را مطالعه کرده‌اند.

(Dadgar, 2006: 165-166; Badini, 2003:98-99).

بنابراین، استفادهٔ بهینه از منابع و تخصیص کارای منابع - به عنوان هدف ضمانت‌اجراهای قراردادی - ایجاب می‌نماید، استفاده از ملاک خسارت مورد انتظار در قراردادها فوق‌العاده کاهش یابد. زیرا ارزیابی بهای اجرای تعهد برای دادگاه‌ها و طرفین قرارداد با دشواری همراه است (Kronman, 1978:367-369; Posner, 2003:836).
افراطی قراردادها و اقامهٔ دعاوی پرهزینه می‌شود.

البته به نظر نگارندگان، دلیل نقض افراطی قراردادها در نتیجهٔ استفاده از ملاک خسارات مورد انتظار، ایراد اساسی تقویم اندک ارزش تعهد در مقایسه با ارزش مورد نظر متعهدله است. زیرا دادگاه‌ها در ارزیابی بهای تعهد، تنها به برخی معیارهای موضوعی توجه می‌کنند و بر همین پایه، غالباً ارزیابی ارزش آن‌ها از تعهد کم‌تر از ارزش مورد نظر متعهدله است؛ در حالی که با اجرای عین تعهد، منابع در اختیار متعهدله قرار خواهد گرفت که بیش‌ترین ارزش را برای آن‌ها قائل است و دادگاه‌ها را از ورود به مسائل هزینه‌بر ارزیابی ارزش عین تعهد نیز بی‌نیاز می‌سازد.
سخن کوتاه این که، منطق اقتصادی ندارد تا زمانی که الزام به انجام عین تعهد ممکن باشد، دادگاه حکم به فسخ قرارداد دهد (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی)؛ مگر این که قانون‌گذار به دلایلی خلاف آن را پیش‌بینی کرده باشد (مانند خیار تأخیر ثمن مقرر در ماده ۴۰۲ همان قانون).

۷-۲- امکان انعقاد قرارداد جبران خسارات ناشی از عدم انجام تعهد

به باور برخی استادان، حتی به فرض این که در بعضی موارد اجرای عین تعهد برای متعهد طاقت‌فرسا است و او را از هستی ساقط می‌کند، هم چنان نمی‌تواند به پذیرش تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد - به عنوان قاعده کلی - خدش‌های وارد نماید. زیرا متعهد می‌تواند از طریق مذاکره با متعهدله از اجرای عین تعهد رهایی یابد و قرارداد را فسخ کند و خسارات دهد (Schwartz, 1979: 274-278).

همان‌طور که در حقوق ایران، متعهد در مواردی که اجرای عین تعهد طاقت‌فرسا است و با وجود این، نتواند قرارداد را با معاذیری مانند تغییر بنیادین اوضاع و احوال و شرایط، قرارداد را فسخ کند، می‌تواند با متعهدله وارد مذاکره شود و با پرداخت هزینه‌هایی از اجرای عین تعهد برائت یابد و چنین راه‌حلی را از قواعد عمومی قراردادها، به ویژه قواعد مربوط به اقاله (ماده ۲۸۳ قانون مدنی)، برداشت شدنی است.

۳- دلایل طرفداران کارآیی تقدّم فسخ قرارداد بر انجام عین تعهد

با وجود آن چه در بند پیشین گفته شد، بعضی از استادان تحلیل اقتصادی حقوق به کارآیی تقدّم فسخ قرارداد بر انجام عین تعهد اعتقاد دارند و به منظور توجیه نظریه شان، دلایل گوناگونی ارائه دادند. البته پیش از تبیین دلایل یادشده، نباید از این نکته غافل ماند که برخی از دلایلی خواهد آمد، می تواند پاسخی برای ادله قائلین به کارآیی تقدّم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد نیز باشد.

۳-۱- توجه به ملاحظات عرفی و انصاف در ضمانت اجرای قراردادی

مطابق این دلیل، ملاحظات عرفی و انصاف جایگاه اساسی در چگونگی پیش بینی ضمانت اجرای قراردادی به وسیله قانون گذاران دارند^۱ و بر همین مبنا، عرف و انصاف در خصوص تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت خسارات بین دو فرض تفاوت می گذارد: ۱- بهای قراردادی برابر با بهای معاملی عین تعهد یا حتی بیش تر از آن است. به عنوان مثال، «الف» قراردادی با «ب» با موضوع ساخت مبل با اوصاف معین و تحویل آن منعقد می کند و بهای قراردادی مبل مورد تعهد با بهای معاملی آن در هنگام ساخت و تحویل برابر یا بیش تر است؛ در این فرض، «الف» با رضایت کامل، عین تعهد را انجام می دهد و عرف و انصاف نیز اجرای تعهد را کارا می داند؛

۲- بهای قراردادی برابر با بهای معاملی نیست و کم تر از آن است. البته در فرض دوم، از نظر عرف و انصاف، چنان چه تقدّم با انجام عین تعهد باشد، تعهد قراردادی متعهد از جنبه رضایی و ارادی به جنبه اکراهی و تحمیلی تبدیل می شود. زیرا اعتقاد به انجام عین تعهد در فرض دوم، منجر به از دست دادن فرصت های دیگر یا چشم پوشی از فرصت های جدید برای متعهد، که از منظر اقتصادی مطلوب تر است، می شود و در حقیقت، آنچه برای یک طرف قرارداد کارا است، برای

۱- شایان ذکر است که اصطلاح «ضمانت اجرای منصفانه» در نظام حقوقی کامن لا، از جمله آمریکا، ناشی از تقابل انصاف و قانون است. زیرا قاعده کلی در ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی کامن لا، پرداخت خسارات است و انصاف جنبه ناکارآیی حقوق ضمانت اجرای کامن لا را با پیش بینی الزام به انجام عین تعهد تعدیل می کند و عبارت مشهور بین حقوق دانان «جایی که ضمانت اجرای قراردادی کامن لا کارآمد است، انصاف نقشی ندارد» دلالت بر مطلب گفته شده دارد و در واقع، ملاک بی بدیلی، به عنوان استثنای قاعده عمومی پرداخت خسارات، ریشه در نظام مبتنی بر انصاف دارد (Berryman, 1985: 306; 312).

طرف مقابل عینِ ناکار آیی و بی‌عدالتی است (Eisenberg, 2005: 980). بنابراین، عرف و انصاف، نقض قرارداد به وسیلهٔ متعهد و پرداخت بهای قراردادی را جایز می‌داند. با وجود این، اعتقاد به تقدم مطلق انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد حداقل در برخی موارد با عرف و انصاف تعارض دارد و از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، اعتقاد به اولویت فسخ قرارداد بر انجام عین تعهد منطقی‌تر به نظر می‌رسد.

۲-۳- مولد انگیزه بودن ضمانت‌اجراهای قراردادی

بر اساس تحلیل اقتصادی حقوق، ضمانت‌اجراهای قراردادی باید مولد انگیزه در طرفین قرارداد باشند (Cooter et al., 2000: 225-226) و در متعهد برای اجرا یا نقض قرارداد و جبران خسارات ناشی از نقض و متعهده در کاستن از هزینه‌های نقض انگیزه به وجود آورند. با این وصف، به نظر نگارندگان، از آنجایی که در تقدم الزام انجام عین تعهد، متعهد در هر حال ملزم به اجرای عین تعهد است و متعهده نیز می‌داند، ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی اولویت را بر انجام عین تعهد قرار داده است، نه متعهد در اجرا یا نقض قرارداد و جبران خسارات ناشی از نقض و نه متعهده در کاستن از هزینه‌های نقض، انگیزه کارآمد دارد و با پیش‌بینی امکان فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، ایراد یادشده از بین خواهد رفت.

علاوه بر این‌ها، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات با قاعدهٔ مقابله با خسارات تعارض دارد و باعث نهادینه شدن عنصر تعلل و اهمال در متعهده می‌شود (Eisenberg, 1998: 21-24; Darabpour, 2005: 1022-1024). چنان‌که می‌دانیم، از جمله قواعد عمومی قراردادها، این است که زیان‌دیده باید اقدامات متعارف برای تقلیل خسارات ناشی از نقض و در نهایت، خسارات متعهد انجام دهد (Wittman, 2006: 168-169; Cavendish Law cards Series, 2004: 152-153).

با وجود این، ضمانت‌اجرای الزام به انجام عین تعهد، مخالف قاعدهٔ مقابله با خسارات است. زیرا ضمانت‌اجرای یادشده به متعهده کاهل با تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، فرصت ورود زیان‌های ناشی از کوتاهی خود به متعهد و به جامعه می‌دهد. به‌عنوان مثال، «الف» تعهد به فروش کالایی مثلی به «ب» می‌کند که «الف» از تسلیم کالا خودداری می‌کند و قیمت کالا از هنگام نقض قرارداد تا زمان اقامهٔ دعوا - به دلیل نوسانات بازار - رو به

افزایش است و «ب» می‌تواند با خرید کالای مشابه از ورود زیان بیش‌تر به خود مانع شود؛ در حالی که با به‌اتکای تقدّم انجام عین تعهد و در حاشیه امنیت دیدن خود، اقدام به تهیه کالای مشابه موضوع تعهد نمی‌کند؛ بی‌جهت نیست که در حقوق آمریکا، قاعده کلی با پرداخت خسارات است و متعهدله در صورتی می‌تواند به ضمانت اجرای انجام عین تعهد توسل یابد که پرداخت خسارات غیرمنصفانه است (Perillo, 2000: 1085; Arbel, 2015:113; Schwartz, 1990:387-390; Nehf, 1999:766).

چنان‌که ملاحظه می‌شود، در صورت تقدّم فسخ قرارداد بر الزام به انجام عین تعهد، زمینه تعلل و کوتاهی متعهدله در تدارک بدل و مشابه کالای موضوع تعهد و تحمیل مخارج اضافی به متعهد و جامعه از بین خواهد رفت و از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، تقدّم علی‌الاطلاق الزام به انجام عین تعهد به شرح پیش‌بینی شده در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی قابل توجیه نیست.

۳-۳- اصل خوداتکایی متعهدله در ضمانت‌اجراهای قراردادی

در برابر اصل اتکای به قرارداد و سرمایه‌گذاری بر اجرای عین تعهد که در گذشته به آن اشاره شد،^۱ «اصل خوداتکایی متعهدله در ضمانت‌اجراهای قراردادی» وجود دارد؛ مطابق اصل خوداتکایی در ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، در هر حال متعهدله باید احتمال نقض قرارداد را مد نظر داشته باشد و با اتکای به خود، زمینه ورود خسارات به‌واسطه نقض قرارداد را از بین ببرد (Eisenberg, 2005: 982-983).

به‌ویژه این‌که در برخی از قراردادها، اوضاع و احوالی دیده می‌شود که دلالت بر نقض قرارداد در آینده دارند و به همین دلیل، در این‌گونه قراردادها، متعهدله با در نظر گرفتن این اوضاع و احوال، باید «اتکای بر احتمال نقض قرارداد» کند. برای مثال، در قراردادهای پیمانکاری دولت مقرراتی را پیش‌بینی می‌کند که ساخت آپارتمان‌ها را منوط به رعایت ضوابط سنگین ایمن‌سازی آن‌ها می‌کند که بر هزینه‌های اتمام فرایند ساخت و تکمیل هر یک از واحدهای ساختمانی می‌افزاید و بر همین مبنای چنان‌چه متعهدله هزینه‌های رعایت ضوابط ایمن‌سازی را فراهم نکند،

۱- ر.ک. دلیل شماره ۲-۲ از بند دوم.

زمان تحویل واحدها از موعد قراردادی به تأخیر خواهد افتاد. بنابراین، در مثال گفته شده، متعهدله نمی تواند به بهانه اتکای به اجرای تعهد از پرداخت هزینه های اضافی خودداری کند و در موعد مقرر تحویل واحدهای ساختمانی را بخواهد.

افزون بر این ها به نظر نگارندگان، در کالاهایی که در بازار ماندهای فراوانی دارند (کالاهای مثلی)، اصل اتکای به قرارداد مطرح نمی شود. زیرا در قرارداد فروشی که موضوع آن به سهولت قابل دسترس در بازار است، فروشنده تعهد به تهیه فردی از افراد آن کالا دارد و چنانچه قرارداد به وسیله او نقض شود، خدشه ای اصل اتکای به قرارداد وارد نمی گردد. به عنوان مثال، در صورتی - که فروشنده قرارداد فروش گندم را نقض کند، قاعدتاً خریدار اقدام به خرید گندم مشابه می نماید و نوبت به بحث اتکای به قرارداد نمی رسد. وانگهی، ایراد دیگری که بر اصل اتکای به قرارداد وارد به نظر می رسد، این است که بدون تقدم اجرای عین تعهد بر فسخ قرارداد، خسارات ناشی از اعتماد و سرمایه گذاری متعهدله بر اجرای تعهد در کنار فسخ قرارداد قابل مطالبه است (Treitel, 2003:1048-1049; Hosseini et al., 2015:18-19).

به دیگر سخن، مطابق قواعد عمومی قراردادها در حقوق ایران، فسخ قرارداد با مطالبه خسارات قابل جمع است و جبران خسارات یادشده ملازمه ای با تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قراردادها ندارد.

باری، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، مبنای اقتصادی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی پذیرفتنی نیست و به استناد اصل خوداتکایی متعهدله در نقض قرارداد، می توان تقدم فسخ قرارداد را توجیه کرد. زیرا متعهدله باید با دقت در شرایط و اوضاع و احوال قرارداد، احتمال نقض را پیش بینی کند و اقدام مقتضی را به عمل آورد. البته زمینه اقدام مقتضی با تقدم فسخ قرارداد یا تخییر بین انتخاب بین الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر فراهم خواهد شد.

۳-۴- تفکیک بین قراردادها در شناسایی جایگاه واقعی اخلاقی بودن اجرای تعهد

از چشم انداز تحلیل اقتصادی حقوق، براساس اخلاقی بودن اجرای تعهدات، باید بین قراردادهای کامل و ناقص تفاوت گذارد. درواقع، از نظر اقتصادی «قراردادی کامل» است که تعهدات کارآمد در هر یک از وضعیت های قابل تصور به وسیله طرفین پیش بینی شده باشند و در اجرای تعهدات طرفین، خلأ قراردادی وجود نداشته باشد. (Shavell, 2006:865-868)

با وجود این، عموماً طرفین به دلایل گوناگونی از قبیل مقتضیات تجاری، محدودیت‌های عقلانی، نابرابری اطلاعاتی و مانند این‌ها، قرارداد را به‌نحو ناقص انعقاد می‌کنند و تعهدات کارآمد را در وضعیت‌های مختلف پیش‌بینی نمی‌کنند که در اصطلاح به آن‌ها «قراردادهای ناقص» می‌گویند. برای مثال، در قرارداد حفاری و گودبرداری محلی برای احداث ساختمان، می‌توان دو حالت مختلف را تصور کرد: ۱- در محل مورد حفاری، سنگ‌های سخت فراوان وجود دارد که عملیات حفاری را غیرممکن می‌سازد و به دلیل نیاز به مواد منفجره فراوان و دستگاه‌های گران‌قیمت برای از بین بردن سنگ‌ها، اجرای تعهد کارا و مقرون به صرفه نیست (وضعیت غیرمتعارف حفاری و گودبرداری)؛ ۲- محل مورد حفاری، سست و عاری از هرگونه سنگ سخت باشد (وضعیت متعارف حفاری و گودبرداری).

معمولاً در قراردادهای کامل طرفین پیش‌بینی می‌کنند که متعهد از اجرای تعهد حفاری در وضعیت غیرمتعارف آن معاف باشد. بنابراین، اخلاقی بودن اجرای تعهد در قراردادهای کامل مطرح می‌شود و وظیفه مورد اشاره تنها در وضعیت متعارف حفاری وجود دارد. به دیگر سخن، شبهه اخلاقی بودن اجرای تعهد در فرض غیرمتعارف بودن آن تنها در قراردادهای ناقص به ذهن می‌رسد. زیرا قراردادهای ناقص در مورد این فرض ساکت‌اند و ممکن است گفته شود که اجرای عین تعهد در فرض یادشده اخلاقی است. با این وصف، به منظور رفع شبهه بالا می‌توان گفت از آنجایی که در قراردادهای ناقص، شروط صریح برای وضعیت‌های مختلف اجرای تعهدات پیش‌بینی نشده‌اند، نقض قرارداد و پرداخت خسارت نه تنها غیراخلاقی نیست؛ بلکه کارا و مطلوب نیز است. چه این که اعتقاد به اجرای تعهد حفاری در وضعیت غیرمتعارف، با تعهد به رعایت حسن‌نیت و داشتن صداقت طرفین قرارداد سازگاری ندارد.

به نظر نگارندگان، اخلاق در حقوق تعهدات دو گونه کارکرد متفاوت دارد: ۱- ایجابی: در واقع، در برخی از شرایط و اوضاع و احوال، اخلاق به اجرای قرارداد حکم می‌دهد و نقض قرارداد را مذموم می‌شمارد، همان‌طور که عدم اجرای تعهد در وضعیت متعارف از این قرار است؛ ۲- سلبی: در بعضی موارد، اخلاق انجام عین تعهد را غیراخلاقی می‌داند و لو این که در قراردادها نسبت به عدم اجرای این گونه تعهدها توافق شده (قراردادهای کامل) یا نشده باشد (قراردادهای

ناقص). به عنوان مثال، اعتقاد به الزام متعهد به اجرای تعهد در وضعیت غیرمتعارف، عین بی اخلاقی است.^۱

۳-۵- تفصیل بین خاتمه کارآمد و غیرکارآمد قراردادها

به نظر می‌رسد، به منظور شناساندن جایگاه دقیق الزام به انجام عین تعهد باید به تفصیل بین خاتمه کارآمد و غیرکارآمد قراردادها تفاوت گذارد. زیرا مطابق خاتمه کارآمد قراردادها، چنانچه اجرای عین تعهد هزینه نامتعارفی برای متعهد نداشته باشد و او را از هستی ساقط نکند، خاتمه دادن به قرارداد از طریق انجام عین تعهد، به دلیل کارآیی و مطلوب بودن آن، قابل توجیه اقتصادی است. با وجود این، در برخی موارد، خاتمه دادن به قرارداد با پرداخت خسارات کارآمدتر از اجرای عین تعهد است: توضیح این که، خاتمه غیرکارآمد قرارداد مربوط به فرضی است که انجام عین تعهد هزینه برتر از تأدیه خسارات است و در عین حال، از طریق انجام عین تعهد باید به قرارداد خاتمه داده شود. برای مثال، «الف» تعهد به راه اندازی خط تولید ذغال سنگ در برابر «ب» می‌کند؛ پس از انعقاد قرارداد مربوط به آن، به دلایلی از قبیل دشواری حفاری محل معدن به علت سخت بودن سنگ‌های موجود در آن، افزایش قیمت دستگاه‌های استخراج و فرآورده سازی ذغال سنگ و مانند این‌ها، اجرای عین تعهد برای «الف» دشوار می‌شود. بنابراین در مثال بالا، منطقی این است که «الف» اقدام به پرداخت خسارات به «ب» کند و «ب» نیز به عنوان متعهدله در عوض انجام عین تعهد، تأدیه خسارات را بپذیرد.

به نظر نگارندگان، هر انجام عین تعهدی منجر به خاتمه قرارداد می‌شود؛ ولی هر خاتمه قراردادی با انجام عین تعهد، کارا نیست و به همین دلیل، در مثال مورد اشاره، فسخ قرارداد و پرداخت خسارت بر اجرای عین تعهد تقدم دارد. زیرا از نظر تحلیل اقتصادی، فسخ قرارداد و پرداخت خسارات از منافع طرفین حمایت می‌کند و باعث تخصیص کارای منابع و افزایش ثروت اجتماعی می‌شود. وانگهی، زیان متعهدله با فسخ قرارداد و پرداخت خسارات جبران می‌شود و

۱- باید بیافزاییم که برخی حقوق دانان آمریکایی (هولمز) نظر به حذف اصول اخلاقی از حقوق قراردادها دارند و معتقدند نهایت معنایی که از لزوم وفای به قراردادها برداشت می‌شود، این است که متعهد می‌تواند تعهد را انجام دهد یا قرارداد را نقض کند و خسارات بپردازد. (Birmingham, 1970: 280)

متعهد نیز از هزینه‌های سنگین اجرای عین تعهد رهایی می‌یابد و اساساً نقض قرارداد جنبه فرصت‌گرایانه ندارد.

بنابراین، از نظر تحلیل اقتصادی، اطلاق مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی قابل توجیه نیست و اصلاح آن‌ها ضروری است. زیرا در همه موارد، خاتمه قرارداد با انجام عین تعهد کارآمد نیست و منطقی‌تر این است که در مواردی اجرای عین تعهد برای متعهد طاقت‌فرسا است، قانون‌گذار به‌نحو صریح فسخ قرارداد برای متعهد به رسمیت شناسد و امکان استناد متعهدله به مواد یادشده به‌منظور سوءاستفاده‌های احتمالی او از بین برد.

۳-۶- مقرون به صرفه نبودن مذاکره بین طرفین قرارداد

باید دانست که تقدّم فسخ قرارداد بر الزام به انجام عین تعهد باعث می‌شود تا در فرض غیرمتعارف بودن اجرای تعهد، لازم نباشد که متعهد برای رهایی از تعهد با متعهدله مذاکره کند؛ چرا که از نظر تحلیل اقتصادی، همیشه مذاکره بین طرفین قرارداد نتیجه مطلوب بدست نمی‌آید و متعهدله به دریافت خسارات به جای انجام عین تعهد رضایت نمی‌دهد و در عمل فرصت سوءاستفاده برای متعهدله فراهم است. به دیگر سخن، در مذاکره بین متعهد و متعهدله، دو نفع متقابل وجود دارد که در بیش‌تر موارد جمع بین آن‌ها دشوار به نظر می‌رسد: نفع متعهد در رهایی از انجام تعهد و پرداخت خسارات و نفع متعهدله در اجرای عین تعهد است و به‌طور معمول اشخاص به‌سختی از منافع خود به خاطر تأمین مصالح دیگری چشم‌پوشی می‌کنند. افزون بر این به نظر نگارندگان، هزینه‌های مذاکره برای متعهد سنگین است و از نگاه اقتصادی مقرون به صرفه نیست. زیرا از آنجایی که متعهد از نظر اقتصادی و قراردادی در مقایسه با متعهدله وضعیت مطلوبی ندارد، از قدرت چانه‌زینی بالایی در حصول توافق بر پرداخت خسارات ناشی از عدم انجام تعهد برخوردار نیست.

از آن‌چه گفته شد، چنین بر می‌آید که به دلایل مختلف مذاکره بین متعهد و متعهدله در فرض غیرمتعارف بودن اجرای عین تعهد منجر به توافق طرفین در فسخ قرارداد و پرداخت خسارات نمی‌شود و در مواردی که اجرای تعهد برای متعهد طاقت‌فرسا باشد، کارساز نیست و نمی‌تواند قاعده کلی تقدّم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد به شرح پیش‌بینی شده در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی را توجیه کند.

۴- نظریه برگزیده

ایرادی که به دلایل طرفداران تقدم الزام به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت خسارات وارد به نظر می‌رسد، این است که به‌طور کلی نمی‌توان گفت انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد کارا است. به نظر نگارندگان، باید در این خصوص قائل به نظریه تفصیلی شد و برحسب ویژگی قراردادها - عادی، مصرفی و تجارتي - تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد را پذیرفت تا بتوان بین دلایل طرفداران تقدم الزام به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد جمع کرد. بر همین اساس، پذیرش اطلاق مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی نیز در زمینه تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد دشوار به نظر می‌رسد و تعدیل و اصلاح آن‌ها ضروری می‌نماید.

بنابراین، قانون‌گذار باید بین قراردادهای مصرفی یا مصرف‌کننده، تجارتي و عادی تفاوت گذارد: منظور از قراردادهای مصرفی، قراردادهایی است که نیازهای اساسی اشخاص به‌عنوان مصرف‌کنندگان را تأمین می‌کند. مانند قراردادهای مربوط به خریداران داورهای بیماران خاص یا پیش‌خریداران ساختمان‌ها یا خودروها. البته در این‌گونه قراردادهای، مبانی حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، به‌عنوان طرف ضعیف قراردادهای، ایجاب می‌نماید تا تقدم با انجام عین تعهد باشد یا به محض این‌که عرضه‌کنندگان کالا و خدمات موضوع قرارداد را مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین یا قرارداد یا عرف در معاملات تسلیم نکنند، مصرف‌کنندگان از اختیار فسخ قرارداد در عرض الزام به انجام عین تعهد برخوردار باشند. هم‌چنین، در صورتی که کالاها و خدمات مورد تسلیم منطبق با شرایط و ضوابط یادشده نباشد، آن‌ها اختیار انتخاب یکی از ضمانت‌اجراهای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد داشته باشند.

البته ماده ۲ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان سال ۱۳۸۸ اعلام می‌کند: «کلیه عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسؤول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه‌شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات هستند. اگر موضوع معامله کلی باشد، در صورت وجود عیب یا عدم انطباق کالا با شرایط تعیین‌شده، مشتری حق دارد صرفاً عوض سالم را مطالبه کند و فروشنده باید آن را تأمین کند و اگر موضوع معامله جزئی (عین معین) باشد، مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند یا ارزش کالای معیوب و سالم را

مطالبه کند و فروشنده موظف است پرداخت کند...»^۱. بنابراین، با توجه به ماده‌ای که خوانیم، چنانچه موضوع معامله جزئی باشد و کالای تسلیم شده منطبق با شرایط قرارداد یا قانون یا عرف معاملات نباشد، متعهدله مصرف کننده مخیر بین فسخ قرارداد یا دریافت ارزش کالای معیوب و سالم است و اگر کلی باشد و عیب داشته باشد یا منطبق با شرایط تعیین شده نباشد، مشتری تنها می‌تواند عوض سالم را از فروشنده بخواهد. به نظر می‌رسد، در مورد اخیر (کلی بودن موضوع قرارداد) قانون‌گذار تقدّم را با انجام عین تعهد دانسته است. زیرا متعهد با تسلیم مصداقی غیرمنطبق با شرایط پیش‌بینی شده یا معیوب، اساساً به تعهد خود وفا نکرده است. با وجود این، چنین مقرره‌ای با مبانی حقوق مصرف‌کنندگان سازگار نیست و منطقی‌تر این است که قانون‌گذار در عرض امکان مطالبه عوض سالم، حق فسخ قرارداد برای مصرف کننده را نیز پیش‌بینی کند.

مقصود از قراردادهای تجارّتی، قراردادهایی است که حوایج ضروری تجار را تأمین می‌کند و در این گونه قراردادهای، هدف مبنایی بازرگان در معاملاتی تجارّتی و لزوم هماهنگی با مقتضیات روز دنیای تجارت ایجاب می‌نماید، قانون‌گذار قائل به اعمال یکی از ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد به‌طور هم‌عرض برای متعهدله باشد^۲ و به‌هیچ وجه منطقی نیست که تاجرّی بابت فسخ قرارداد، نخست دعوای الزام به انجام عین تعهد را اقامه کند و در صورت تعدّر

۱- همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ماده ۲ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان در خصوص فرض اساسی‌ای که متعهد از تحویل موضوع معامله خودداری می‌کند، مقرراتی پیش‌بینی نکرده است و فرض‌های آن ماده، مربوط به تخلف از انجام تحویل موضوع معامله منطبق با مندرجات در قوانین یا قرارداد یا شرایط عرف می‌شود. بنابراین، برای به دست آوردن حکم فرض اساسی مورد اشاره، چاره‌ای جز رجوع به مقررات عمومی (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) نیست. با وجود این، اعتقاد به تقدّم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد نیز با مبانی حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان سازگاری ندارد و پیش‌بینی مقررات ویژه‌ای در این زمینه ضروری است. خلاصه این که، اشکالی که به قانون حمایت از مصرف‌کنندگان سال ۱۳۸۸ وارد به نظر می‌رسد، این است که قانون‌گذار نگاه جامعی به مبانی حقوق مصرف‌کنندگان نداشته است تا بتواند نظام ضمانت‌اجراهای متناسبی در زمینه تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد هم‌سو حقوق مصرف‌کنندگان پیش‌بینی کند.

۲- به‌موجب بند ۲ ماده ۷۱۶ قانون یکنواخت تجارّتی آمریکا: «(۱) در جایی دستور انجام عین تعهد صادر می‌شود که کالاها بی‌بدیل باشد یا در سایر شرایط، اوضاع و احوال متناسب، پذیرفتنی باشد...»؛ به‌منظور مطالعه تفصیلی مفهوم «سایر شرایط و اوضاع و احوال» که می‌تواند موجب صدور دستور انجام عین تعهد در قراردادهای تجارّتی شود و نقش دادرسی در این خصوص ر.ک. (Schmitt et al., 1976: 64-66).

آن، بتواند قرارداد را فسخ نماید. زیرا قراردادی که امروز برای متعهدله تاجر مقرون به منفعت است، احتمال دارد فردا برای او زیان آور باشد، به ویژه جایی که متعهد نیز به تعهد خود وفادار نیست، همان طور که برخی استادان حقوق گفته اند؛ در عمل بازرگانان امروز برای اجرای عین تعهد مهلت اضافی به متعهد می دهند و چنان که مهلت اعطایی بدون حصول نتیجه به پایان رسید، آن ها بدون فوت وقت به منظور مطالبه خسارات اقامه دعوا می کنند (Scalise JR, 2007: 732).

در پایان، قرارداد عادی بر قراردادهایی اطلاق می شود که جنبه مصرفی یا تجارتي ندارند و مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی مربوط به این گونه قراردادها است و اصولاً نظام مقرر در مواد یادشده، مختص جامعه ای است که ساختار اقتصادی و اجتماعی ساده ای دارد. با این وصف، در قراردادهای عادی باید بر حسب موضوع آن ها تقدم الزام به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد پذیرفته شود. بر همین اساس، باید در قراردادهای انتقال مالکیت (مانند فروش کالاهای موجود و در دسترس)، اصل بر انجام عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات باشد، چنان که مطابق ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی: «هرگاه محکوم به عین معین منقول یا غیر منقول باشد و تسلیم آن به محکوم له ممکن باشد، دادورز (مأمور اجرا) عین آن را گرفته و به محکوم له می دهد» و در این گونه قراردادها باید اولویت و رجحان با انجام عین تعهد باشد.

برعکس، در قراردادهای سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات، باید متعهدله در انتخاب بین الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر اختیار داشته باشد. البته چنان چه در قراردادهای اخیر، اجرای تعهد به دلایل فنی، مانند مقرون به صرفه نبودن اجرای تعهد به واسطه گرانی غیر متعارف لوازم انجام عین تعهد، طاقت فرسا باشد و اجرای آن، متعهد را از هستی ساقط کند، باید قائل به اختیار متعهد در فسخ قرارداد شد.

بنابراین، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق تفکیک بین قراردادها به شرح بالا، منجر به تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی می شود و بدین وسیله قانون گذار گامی در راستای «درونی سازی هزینه های خارجی ضمانت اجراها» برداشته است و نتیجه مستقیم آن، «کار آیی ضمانت اجراهای قراردادی» خواهد بود؛ در حالی که با تقدم علی الاطلاق الزام به انجام عین تعهد و امکان فسخ قرارداد در صورت اثبات قضایی تعذر آن از طریق مدلول رأی دادگاه، هزینه های ناشی از نقض تعهد به متعهدله و جامعه تحمیل می شود و اساساً اجازه مدیریت تبعات ناشی از نقض قرارداد را به طرفین آن نمی دهد که با نظریه «خودیاری در ضمانت اجراها در قراردادها» تعارض

دارد. زیرا مفهوم نظریه یادشده این است که ضمانت‌اجراهای قراردادی باید به گونه‌ای پیش‌بینی شوند که اختیار حل و فصل اختلافات ناشی از نقض قرارداد را به طرفین آن بدهند و آن‌ها بدون مراجعه به دادگاه، بتوانند از طریق صلح و سازش به اختلافات خاتمه دهند (Gergen, 2009: 1397-1399).

افزون بر این‌ها، عاملی که کارآیی نظریه تفصیلی را ثابت می‌کند، این است که ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد با بیش‌تر نهادهای حقوقی مانند مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، نقض کارآمد قراردادهای، قاعده بازی در اجرا یا نقض قراردادهای و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها ارتباط نزدیکی دارد و تقدّم الزام به انجام عین تعهد مانع تحقق نهادهای مورد اشاره می‌شود؛ در صورتی که پذیرش نظریه تفصیلی، زمینه تحقق نهادهای یادشده را در حقوق ایران نیز فراهم می‌سازد.

۵- نتیجه و پیشنهادها

از آن‌چه در طول مقاله گفته شد، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱- از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، دلایل طرفداران تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد به طور مطلق نمی‌توانند کارآیی انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد را اثبات کنند. بر همین اساس، به منظور جمع بین دلایل آن‌ها، باید قائل به نظریه تفصیلی در این خصوص شد؛ همان‌گونه که قانون‌گذار آمریکایی نیز در بند ۲ ماده ۷۱۶ قانون یکنواخت تجارتي، انجام عین تعهد را به عنوان ضمانت-اجرای عمومی نقض تعهدات قراردادی نپذیرفته و اولویت انجام عین تعهد بر پرداخت خسارات را بسته به شرایط و اوضاع و احوال خاص هر دعاوی دانسته و به اختیار دادرس واگذار کرده است. بنابراین، تحولات قانون‌گذاری معاصر نیز به سمت و سوی پذیرش نظریه تفصیلی در خصوص تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد گام برداشته‌اند.

۲- مؤلفه‌های اقتصادی‌ای، مانند کارآیی، تخصیص کارای منابع و استفاده بهینه از آن‌ها، افزایش ثروت اجتماعی، درونی‌سازی هزینه‌های خارجی ناشی از نقض تعهدات و مانند این‌ها ایجاب می‌نمایند تا قانون‌گذار ضمن اصلاح و تعدیل مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی (تقدّم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد)، برحسب ویژگی قراردادهای قائل به تقدّم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد شود و به جای پراکنده‌گویی این قواعد در قوانین مختلف، از قبیل تجارت، حمایت از

مصرف کنندگان و امثال این‌ها، قاعده کلی متناسب با ویژگی قراردادهای یادشده را یک‌جا در قانون مدنی پیش‌بینی کند و مانع سردرگمی‌های عملی نیز در استنباط حکم قضیه شود.

۳- با توجه به آن‌چه گفته شد، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که در قراردادهای مربوط به مصرف کنندگان، چنان‌چه عرضه کنندگان کالاها و خدمات موضوع قرارداد را مطابق با ضوابط و شرایط یادشده در قوانین یا قرارداد یا عرف در معاملات تسلیم نکنند، مصرف کنندگان اختیار انتخاب یکی از ضمانت‌اجراهای انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد داشته باشند. هم‌چنین است، در قراردادهای تجارتي، به‌منظور هماهنگی با مقتضیات دنیای بازرگانی، باید به تخییر متعهدله تاجر در انتخاب یکی از ضمانت‌اجراهای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد گرایش داشت.

در خاتمه، درخصوص قراردادهای عادی، که اساساً مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی ناظر به قراردادهای یادشده است، با توجه به موضوع آن‌ها، تقدم به الزام به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد پذیرفته شود: درواقع، در قراردادهای انتقال مالکیت کالاها موجود و در دسترس، باید اولویت و رجحان با انجام عین تعهد باشد؛ ولی در قراردادهای سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات، متعهدله در انتخاب بین الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد اختیار داشته باشد. البته چنان‌چه در قراردادهای عادی با موضوع اخیر، اجرای تعهد به دلایل فنی، مانند مقرون به صرفه نبودن اجرای تعهد به‌واسطه گرانی غیرمتعارف لوازم انجام عین تعهد، طاقت‌فرسا باشد و اجرای آن، متعهد را از هستی ساقط کند، باید قائل به اختیار متعهد در فسخ قرارداد شد.

References

- [1] Al – Tawil, T. (2014). Damages, Breach of Contract: Compensation, Cost of Cure and Vindication, *Adelaide Law Review*.
- [2] Ansari, M. (2014). *Economic Analysis of Contract Law*, 2thed, Tehran, Javdaneh _ Jungle Publication (in Persian).
- [3] Arbel, Y.A. (2015). Contract Remedies in Action: Specific Performance, *West Virginia Law Review*, Vol. 118, 2015.
- [4] Badini, H. (2003). Philosophical Foundations of the Economic Attitude to Law, the *Journal of Faculty of Law and Political Sciences* (in Persian).
- [5] Berryman, J. (1985). The Specific Performance Damages Continuum: An Historical Perspective, *Ottawa Law Review*, Vol. 17.
- [6] Birmingham, R. (1970). Breach of Contract, Damages Measures, and Economic Efficiency, *RUTGERS LAW REVIEW*, Vol. 24.
- [7] Cavendish Law cards Series. (2004). *Contract Law*, 4thed, London. Sydney. Portland. Oregon, Cavendish Publishing Ltd.

- [8] Cooter, R. & Eisenberg, M. A. (1985). Damages for Breach of Contract, *California Law Review*, Vol. 73, No. 5.
- [9] Cooter, R. & Ulen, T. (2000). *Law and Economics*, 3thed, the United State of America, Library of Congress Cataloging in _ Publication Data.
- [10] Cooter, R. & Ulen, T. (2012). *Law and Economics*, 6thed, the United State of America, Library of Congress Cataloging in _ Publication Data.
- [11] Dadgar, Y. (2006). An Introduction to the Synthesis of Law and Economic, *Journal of Legal Researches of Shahid Beheshti University*, No. 43 (in Persian).
- [12] Darabpour, M. (1998). *Doctrine of Mitigation of Damages*, Tehran, Ganje danesh Publication (in Persian).
- [13] Daroui A. (2014). Termination for the Reason of Breach of Contract (Primary Termination). *Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence of Semnan University* (in Persian).
- [14] Dobbs, D.B. (1993). *Law of Remedies: Damages-Equity-Restitution*, 2thed, The United States of America, West Publishing Co.
- [15] Eisenberg, M. A. (1982). The Bargain Principle and Its Limits, *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 4.
- [16] Eisenberg, M. A. (2005). Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law, *California Law Review*, Vol. 93, NO. 4.
- [17] Eisenberg, T. & Miller, G. P. (2013). *Damages Versus Specific Performance : Lessons From Commercial Contracts*, New York University School of Law.
- [18] Gergen, M. A. (2009). A Theory of Self_Help Remedies in Contract, *Boston University Law Review*, Vol.89.
- [19] Hosseini, M., Shahi, A. & Parsapour, M.B. (2015). Cumulativeness of Contractual Remedies in Islamic and Iranian Law and in the Relevant Instruments, *Comparative Study on Islamic & Western Law, The Quarterly Journal of the University of Qom*, Vol. 2. No. 1 (in Persian).
- [20] Katouzian, N. (2014). *Course of Civil Law: General Principles of Contracts*, Vol. 4 (Effects of Contracts). 8thed, Tehran, Enteshar Publication Co (in Persian).
- [21] Klass, G. (2013). Efficient Breach, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 13- 018.
- [22] Kronman, A. T. (1978). *Specific Performance*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series.
- [23] Markovits, D. & Schwartz, A. (2017). (In) Efficient Breach Contract, *Oxford Handbook of Law and Economics*, Oxford University Press.
- [24] Miceli, T.J. (1997). *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, New York, Oxford University Press.
- [25] Nehf, J. P. (1999). Contract Damages as Substitute for Full Performance, *Indiana Law Review*, Vol. 32.
- [26] Olfat, N. & Safai, H. (2010). Compulsory Enforcement to Specific

- Performance and Its Precedence over Termination of Contract, Comparative Law of Mofid university, Vol. 5. No. 3 (in Persian).
- [27] Perillo, J. M. (2000). Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference, *Fordham Law Review*, Vol. 68.
- [28] Posner, E. A. (2003). Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?, *The Yale Law Journal*, Vol. 112.
- [29] Scalise JR, RJ. (2007). Why No “Efficient Breach” in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55.
- [30] Sadeghi Neshat, A. (2009). the Option to Terminate of Contract Despite the Possibility of Enforcement to Specific Performance in Iranian Law, Vol. 3, No. 4 (in Persian).
- [31] Shahidi, M. (2014). Civil Law: Effect contracts and obligations, 6thed, Tehran, Majd Publication (in Persian).
- [32] Schmitt, M. A & Pasterczyk, M. (1976). Specific Performance under the Uniform Commercial Code – Will Liberalism Prevail? *DEPAUL LAW REVIEW*, Vol. 26.
- [33] Schwartz, A. (1990). the Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measure, the *Yale Law Journal*, Vol. 100.
- [34] Schwartz, A. (1979). the Case for Specific Performance, *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship Series.
- [35] Shavell, S. (2003). *Economic Analysis of Contract Law (Part of Foundations of Economic Analysis of Law)*. Cambridge, Harvard University Press.
- [36] Shavell, S. (2005). Is Breach of Contract Immoral?, Cambridge, MA 02138, Discussion Paper No. 531, Harvard Law School.
- [37] Shavell, S. (2006). Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis, *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 4.
- [38] Treitel, G. H. (2003). *the Law of Contract*, 11thed, England: Thomson Sweet & Maxwell.
- [39] Varadarajan, D. (2001). Tortious Interference and the Law of Contract: The Case for Specific Performance Revisited, the *Yale Law Journal*, Vol. 111.
- [40] Wittman, D. (2006). *Economic Foundation Law and Organization*, 1thed, New York, Cambridge University Press.