

## تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای نقض تعهد (اجرای اجباری عین تعهد)

منصور امینی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

سید علیرضا شکوهیان

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۲/۱۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۷/۱۵)

### چکیده

اجرای اجباری و جبران خسارت، ضمانت اجرای اصلی نقض تعهدند که هر یک از نظام‌های حقوقی، با توجه به نگرش فلسفی، حقوقی و اخلاقی خود، اولویت را به یکی از آنها داده و از دیگری به عنوان ضمانت اجرایی استثنایی یا صلاح‌دید استفاده کرده است. تحلیل اقتصادی حقوق، با نگاهی پیامدگرایانه، ساختار بهینه‌ای از ضمانت اجرای قراردادی را معرفی می‌کند و به تناسب شرایط حاکم بر آن فرض، اولویت را به یکی از این ضمانت اجراها می‌دهد. البته، تحلیل‌های اقتصادی کارکرد مهم‌تری نیز دارند و به نظام‌های حقوقی نشان می‌دهند که هدف آنها واحد بوده و تنها در راه رسیدن به این هدف، مسیر متفاوتی را پیموده‌اند. از این رو می‌توان کارآمدی و همگرایی نظام‌های حقوقی را دو ارمغان مهم تحلیل‌های اقتصادی به‌شمار آورد. مقاله حاضر، با تأکید بر اجرای اجباری عین تعهد، موارد برتری این ضمانت اجرا بر جبران خسارت را برمی‌شمارد و پیشنهادهایی را به نظام‌های حقوقی عرضه می‌دارد.

### واژگان کلیدی

اجرای اجباری عین تعهد، جبران خسارت، عهدشکنی موجه، کارایی کالدور-هیکس، نقض کارآمد قرارداد.

## ۱. مقدمه

پایبندی به تعهدات قراردادی، از جمله قواعد عقلایی است که در مکاتب حقوقی مختلف بر ضرورت آن تأکید شده است. در حقوق اسلام که بنیان نظام حقوقی ایران را تشکیل می‌دهد، آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>۱</sup> و سایر آیات و روایاتی که در منابع فقهی بدان اشاره شده، بیانگر وجود این حکم تکلیفی در فقه مبین اسلام است (برای مطالعه بیشتر، رک: محقق داماد، ۱۳۹۰: ۴۰-۳۷). بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر نیز به این طریق رفته و با استناد به قاعده سنتی «Pacta sunt servanda»، «اجرای اجباری عین تعهد»<sup>۲</sup> را به‌عنوان طریق جبرانی اولیه شناسایی کرده‌اند که تنها در مواقع استثنایی از آن عدول می‌شود (Butler & Schlechtriem, 2009: 104). البته نظام‌های حقوقی دیگری که البته سهم زیادی از معاملات بین‌المللی را به خود اختصاص داده‌اند و واجد نظام حقوقی قدرتمندی در زمینه معاملات هستند، طریق دیگری را برگزیده‌اند.

نظام کامن‌لا، برخلاف نظام‌های حقوقی نوشته، جبران خسارت را به‌عنوان طریق جبرانی اولیه در نظر گرفته است و اجرای اجباری عین تعهد را تنها در موارد خاصی، بنابر صلاح‌دید دادگاه و به‌عنوان یک «طریق جبرانی منصفانه»<sup>۳</sup> می‌پذیرد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۵: ۲۷ و ۴۸). به همین دلیل، یکی از مهم‌ترین مصادیقی که در آن اجرای اجباری مورد پذیرش قرار می‌گیرد، فرضی است که جبران خسارت نتواند به‌نحو مقتضی خسارات وارده به خواهان را جبران کند و اجرای اجباری به عدالت نزدیک‌تر باشد (Treitel, 2003: 1026).

همان‌طور که ملاحظه شد، ضمانت اجراهای نقض تعهد در نظام‌های حقوقی متفاوت است؛ اما آیا این تفاوت در ضمانت اجراها بدین معناست که نظام‌های حقوقی نوشته و کامن‌لا، واگرایی دارند و اهداف مغایری را دنبال می‌کنند؟ یا اینکه همگرایی داشته و در پی نیل به مقصدی واحدند؛ اما نگرش‌های فلسفی متفاوت به مفاهیمی همچون تعهد و کارایی، آنها را به انتخاب ضمانت اجراهایی هرچند متضاد رهنمون ساخته است.

به‌نظر می‌رسد آنچه به تبیین این بحث کمک می‌کند، نگرش اقتصادی به حقوق و به‌طور خاص، نگرش اقتصادی به ضمانت اجراهای نقض قرارداد است. آگاهی از نتیجه انتخاب هر یک از ضمانت اجراها و پیامدهای ناشی از آن، به حقوقدانان کمک می‌کند تا با همگرایی بیشتری به تحلیل یک پدیده بپردازند؛ البته نمی‌توان نقش اخلاق معاملات را در تحلیل اقتصادی نادیده گرفت و تنها به ملاحظات اقتصادی صرف بسنده کرد؛ همان‌طور که

۱. مانده: ۱.

2. Specific Performance.

3. Equitable Relief.

البته بعضاً از عناوین دیگری همچون «Equitable remedy» و «Discretionary remedy» نیز استفاده شده است.

نظریه‌پردازان حوزه حقوق و اقتصاد نیز به این موضوع توجه داشته‌اند و بررسی تعارضات اخلاقی و اقتصادی، بخش مهمی از کار آنها را تشکیل داده است. پژوهش حاضر نیز با چنین رویکردی به تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای نقض تعهد پرداخته است، البته با عنایت به گستردگی مباحث، در چند مقاله این موضوع تحلیل می‌شود. این مقاله که آغازگر سلسله مباحث مذکور است، تنها به اجرای اجباری عین تعهد و تحلیل اقتصادی آن می‌پردازد و ضمانت اجرای دیگر را به مطالعات آتی واگذار می‌کند. با توجه به طرح بحث مذکور، مطالب در دو عنوان کلی ارائه خواهند شد؛ در مبحث نخست، طی گفتارهای مجزا، مفهوم کارایی و نگرش اقتصادی و اخلاقی به نقض تعهد، مورد توجه قرار خواهد گرفت؛ مبحث دوم نیز مزایای اقتصادی به‌کارگیری ضمانت اجرای اجباری عین تعهد را از منظر حقوق و اقتصاد ارزیابی کرده و جایگاه این ضمانت اجرا را در برخی نظام‌های حقوقی بررسی می‌کند.

## ۲. مفهوم کارایی و نگرش اقتصادی و اخلاقی به نقض تعهد

مفهوم کارایی از مباحث کلیدی حوزه حقوق و اقتصاد است؛ به‌طوری‌که انتخاب مفهومی خاص از کارایی، می‌تواند نتایج تحلیل را تغییر دهد. از این‌رو آغازگر مباحث، شناخت مفاهیمی از کارایی است که در مطالعات مربوط به این حوزه استفاده شده‌اند. همچنین، نگاه متفاوت نظریه‌پردازان حوزه حقوق و اقتصاد به نقض تعهد، موجب بروز تحلیل‌هایی نوین و شایان توجه در حوزه ضمانت اجرای نقض تعهد شده است؛ تا جایی که حتی این نگرش جدید، به اخلاق معاملاتی نیز ورود کرده و یافته‌های مسلم پیشین را نیز به بوتۀ نقد کشانده است. از این‌رو پیش از ورود به تحلیل اقتصادی، شناخت پیش‌فرض‌های حقوق و اقتصاددانان در تحلیل موضوع مورد بحث، ضروری خواهد بود.

### ۲.۱. مفهوم کارایی

همان‌طور که بیان شد، مفاهیم مختلفی از کارایی ارائه شده، اما سه مفهوم از کارایی، در ادبیات تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای نقض تعهد غلبه یافته است. آنچه در این مختصر ارائه خواهد شد، تعاریف نظریه‌پردازان مشهوری همچون ویلفرد پارتو<sup>۱</sup>، کالدور-هیکس<sup>۲</sup> و ریچارد پازنر<sup>۳</sup> است. در نهایت اشاره می‌شود که چه تعریف یا تعاریفی می‌تواند در تحلیل مباحث راهگشا باشد.

---

1. Vilfredo Pareto  
2. Kaldor-Hicks  
3. Richard A. Posner

### ۲.۱.۱. معیار کارایی پارتو

بر اساس معیار کارایی پارتو، زمانی عمل اقتصادی کارآمد است که حداقل شرایط یک نفر بهتر از قبل شود، بدون اینکه شرایط شخص دیگری بدتر شود. اینکه چه زمانی می‌توان گفت وضعیت یک نفر بهتر شده و وضعیت دیگری نیز بدتر نشده است، به ترجیحات انفرادی آنان وابسته است و این برآورد طرفین است که وضعیت آنان را نشان می‌دهد (کوتر و یولن، ۱۳۹۱: ۳۳). به چنین تغییراتی «کارآمدی پارتو» گفته می‌شود و اگر وضعیت به گونه‌ای باشد که دیگر امکان تغییرات کارآمد پارتو وجود نداشته باشد، اصطلاحاً بهینه پارتو<sup>۱</sup> محقق شده است (Wonnell, 2000: 6,7).

چنین تعریفی از کارایی، تعارضی با مفهوم عدالت ندارد و بسیاری از مکاتب اقتصادی با آن موافق‌اند. حتی ادعا شده که معیار ارائه‌شده از سوی پارتو صرف‌نظر از قضاوت‌های ارزشی آن-به‌دلیل تأکید بر استفاده عاقلانه از اموال، ایجاد حداکثر رضایت اجتماعی و حرکت به سمت قوام اقتصادی در تولید و مصرف، با قواعدی فقهی مانند رعایت حق مال<sup>۲</sup>، لاضرر<sup>۳</sup> و ضرورت دوری از اسراف، سازگار است (عیوضلو، ۱۳۸۴: ۱۴۲ و ۱۴۳). البته این معیار به لحاظ فنی، نواقصی دارد که همین امر، به ارائه معیار دقیق‌تری از سوی دو تن از نظریه‌پردازان دیگر به نام‌های نیکلاس کالدور<sup>۴</sup> و جان هیکس<sup>۵</sup> منجر شده است.

### ۲.۱.۲. معیار کارایی کالدور-هیکس

معیار کارایی پارتو با فرض بازار آزاد به تحلیل می‌پردازد که در آن اشخاص آزادند و وارد معاملات بازاری شوند یا خیر. اما عالم حقوق، از جنبه آمرانه برخوردار است. همچنین، ممکن است در برخی موارد گروهی متضرر شوند و در این موارد نمی‌توان به بن‌بست رسید (Posner, 1998: 15). سؤالی که ابتدائاً به ذهن کالدور رسید، این بود که قواعد حقوقی باید طوری تغییر کنند که بتوانند به اقتصاد به‌عنوان یک کل، سود رسانند؛ هرچند ممکن است گروهی نیز ضرر کنند. البته منفعت گروهی که سود می‌برند، باید از ضرر گروه متضرر بیشتر باشد (Mathis,

#### 1. Pareto Optimal

۳. در معیار پارتو، دو گزاره بسیار مهم وجود دارد: نخست اینکه هر فرد بهترین داور رفاه خود است و این داوری از اصل حاکمیت مصرف‌کننده (در فرض مورد بحث، طرفین قرارداد) منتج می‌شود. شایان ذکر است که در معیار پارتو نیز همانند دیگر نظریه‌پردازان حوزه اقتصاد، فرض بر عقلانیت است. دیگر آنکه، اگر تغییری در تخصیص منابع صورت پذیرد، به‌نحوی که رفاه (درآمد و فراغت) دست‌کم یک فرد (یا یک خانواده) بدون کاهش رفاه فرد دیگر افزایش یابد، در این صورت، در اثر این تغییر رفاه اجتماعی افزایش می‌یابد (Nath, 1973: 35-37). این دو گزاره آن‌قدر مهم است که قائلان به آن را «اقتصاددانان رفاه پارتویی» می‌نامند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: عیوضلو، ۱۳۸۴: ۱۴۳-۱۱۹).

۴. و لاضرر عن مواضعه و لاتصرفه عن حقائقه.

۵. لاضرر و لا ضرار فی الاسلام / فان اموال المسلمین لاتحتمل الا ضرار.

5. Nicholas Kaldor

6. John Hicks

39,40: 2009). اینجاست که با جبران ضرر از افرادی که زیان دیده‌اند، باز هم رفاه اجتماعی در بالاترین حد خود قرار خواهد گرفت، زیرا علاوه بر موارد مورد نظر پارتو و فرضی که هیچ‌کسی ضرر نمی‌کند، در موارد دیگری نیز می‌توان رفاه را ارتقا داد (کوتر و یولن، ۱۳۹۱: ۶۶ و ۶۷).<sup>۱</sup>

### ۲.۱.۳. معیار کارایی پازنر (بیشینه‌سازی ثروت)

ریچارد پازنر، نظریه خود را با دفاع از معیار کالدور-هیگس و اشاره به «اصل رضایت»<sup>۲</sup> و مفهوم «بیشینه‌سازی ثروت»<sup>۳</sup> پایه‌ریزی می‌کند. مفهوم رضایت از نظر پازنر، همان مفهوم «گرامت پیشینی»<sup>۴</sup> در لسان اقتصاددانان است. از نظر او، این مفهوم می‌تواند جایگزینی مناسب برای فایده‌گرایی پارتویی باشد. از این منظر، اگر شما بلیت بخت‌آزمایی بخرید و در قرعه‌کشی برنده نشوید، نمی‌توانید تحت عنوان تدلیس یا کلاهبرداری از طرف مقابل شکایت کنید، زیرا به این زیان رضایت داده‌اید.<sup>۵</sup> به همین شکل، بسیاری از زیان‌هایی که در بازار، به صورت غیرارادی و جبران‌ناپذیر، به اشخاص وارد می‌شود، از این قبیل خسارات است. برای مثال، اگر کارآفرینی بخواهد روش جدیدی را جهت تولید محصول به کار گیرد، باید سرمایه خود را بیمه کند، تا اگر رقیب او کالای بهتری ارائه کرد و فعالیت او با شکست مواجه شد، سرمایه خود را بازپایند. از این رو اگر خسارتی به او وارد شود، او از قبل بدان رضایت داشته است. در واقع، خود شخص باید برخی اقدامات احتیاطی را به کار گیرد و اگر چنین نکند، با ورود زیان، از دریافت گرامت محروم خواهد شد (Posner, 1980: 491,492).

پازنر در بیان مفهوم بیشینه‌سازی ثروت نیز بیان می‌دارد که هدف نهایی حقوق، افزایش ثروت اجتماعی است و حقوق کارآمد نیز باید به دنبال آن باشد که ثروت اجتماعی را افزایش دهد (Posner, 1998: 16). ثروت عبارت از ارزش دلاری یا معادل دلاری یک چیز در جامعه است و ارزیابی آن نیز بدین صورت است که مردم برای به دست آوردن یک چیز چقدر می‌پردازند و اگر آنها آن شیء یا کالا را قبلاً به دست آورده‌اند، برای از دست دادن آن چقدر

۱. البته معیار کالدور-هیگس نیز از انتقاد مصون نمانده و به دلایلی از جمله مشکل ارزیابی خسارت، مشکل عدم جبران، استقرار جمع‌گرایی به جای فردگرایی، عدم تضمین افزایش رفاه عمومی و ... مورد نقد قرار گرفته است (Mathis, 2009: 8-11; Zerbe, 2001: 42-49)؛ هرچند پاسخگویی به این انتقادات از موضوع بحث خارج است، اما یکی از این انتقادات و توجه به راه‌حلی برای آن، قاضی ریچارد پازنر را بر آن داشته است تا با اصلاح معیار کالدور-هیگس، معیار مورد نظر خود را ارائه دهد و مشکل ارزیابی مطلوبیت را حل کند و از استدلال ناموجه قابل اندازه‌گیری بودن و قابل مقایسه بودن مطلوبیت طرفین در معیار کالدور-هیگس، رها شود (Stringham, 2001: 42).

2. Principle of consent  
3. Wealth maximization  
4. Ex ante compensation

۵. چنین مفهومی را می‌توان در مقاله دیگر پازنر که در آن، به‌طور کامل مفهوم گرامت پسینی و پیشینی را توضیح می‌دهد نیز ملاحظه کرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: Posner, 1979 a: 464).

پول می‌خواهند (Posner, 1979 b: 119) البته پازنر از تمام مطلوبیت‌ها دفاع نمی‌کند و همه مطلوبیت را در نظر نمی‌گیرد، بلکه تنها مطلوبیتی مورد نظر اوست که پشتوانه آن تمایل به پرداخت<sup>۱</sup> یا قبول<sup>۲</sup> است (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۰۴ و ۱۰۵). از نظر پازنر جامعه تنها زمانی می‌تواند ثروت خود را به حداکثر رساند که هر منبع یا کالایی در دست کسی قرار گیرد که حاضر است بیشترین پول را برای آن بپردازد.<sup>۳</sup> در نهایت می‌توان گفت که پازنر، معیار کارایی کالدور-هیگس را به‌عنوان «قاعده مزایده»<sup>۴</sup> بازگو کرد و بر این باور بود که حق باید به کسی منتقل شود که بیشترین ارزش را برای آن قائل است.

## ۲.۲. نگرش اقتصادی و اخلاقی به نقض تعهد

نگرش اقتصادی به نقض تعهد، با مفهوم «قراردادهای ناقص» پیوند خورده است. این مفهوم، نقطه آغاز تحلیل‌هاست و پس از شناخت آن، می‌توان از مفهوم «نقض کارآمد قرارداد» پرده برداشت. البته همان‌طور که در مباحث مقدماتی نیز ذکر شد، نظریه‌پردازان حوزه حقوق و اقتصاد، نسبت به ضرورت اخلاقی ایفای تعهد بی‌تفاوت نبوده‌اند، از این‌رو، اشاره‌ای مختصر به مباحث اخلاقی آنان پایان بخش این گفتار خواهد بود.

### ۲.۲.۱. قراردادهای ناقص

اگر قرارداد طرفین همه وضعیت‌ها و حالات ممکن را شناسایی کند و اقداماتی را که هر یک از طرفین باید در این وضعیت‌ها انجام دهند مشخص سازد، به این قرارداد «کامل»<sup>۵</sup> گفته می‌شود. البته استیون شاول، از نظریه‌پردازان معروف حقوق و اقتصاد، چنین قراردادی را «قرارداد مشروط کامل براساس بهینه پارتو»<sup>۶</sup> می‌نامد. منظور از عبارت «مشروط» در بیان شاول، آن است که طرفین تمامی وضعیت‌های محتمل‌الوقوع را پیش‌بینی و مشخص کرده‌اند که با بروز هر وضعیت، نحوه انجام تعهد چگونه خواهد بود (Shavell, 1984: 124).

در عالم واقع، طرفین قرارداد به دلیل «اطلاعات نامتقارن»<sup>۷</sup> و «عقلانیت محدود»<sup>۸</sup>، امکان تنظیم چنین قراردادی را ندارند و اگر نظریه‌پردازی قائل به امکان تنظیم قرارداد کامل باشد، تصدیق خواهد کرد که به دلیل هزینه گزاف و زمان‌بر بودن (انصاری، ۱۳۹۰: الف: ۴۸۳-۴۸۱)، در عمل

1. Willingness to pay

2. Willingness to accept

۳. نکته شایان ذکر آن است که باید میان تمایل به پرداخت و توانایی پرداخت (ability to pay) تمایز قائل شد، زیرا فرض بر آن است که درآمد فرد و بودجه او، تأثیری در ارزش‌گذاری او ندارد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: Weigel, 2008: 20).

4. Auction rule

5. Complete Contract

6. Pareto Efficient Complete Contingent Contract

7. Asymmetric Information

8. Bounded Rationality

چنین قراردادی منعقد نخواهد شد. البته نظر مخالفی نیز وجود دارد و برخی، در مواردی که دادگاه، قاعده حقوقی واحدی را برای وضعیت‌های پیش‌بینی شده و پیش‌بینی نشده در قرارداد اعمال می‌کند، فرض قرارداد ناقص را منتفی می‌دانند. گاهی نیز طرفین طبق شرط «باقی‌مانده»<sup>۱</sup> در خصوص سایر مواردی که در قرارداد پیش‌بینی نکرده‌اند نیز چاره‌اندیشی می‌کنند (Hermalin *et al.*, 2007: 70,71). البته، اینکه آیا این فروض طبق تعریف شاول، از کارایی پارتو نیز پیروی می‌کند یا خیر، محل بحث است.

### ۲.۲.۲. نقض کارآمد قرارداد و اصل عهدشکنی موجه

نظریه «نقض کارآمد قرارداد»<sup>۲</sup>، بیان می‌دارد که در برخی موارد، نقض قرارداد آن قدر برای شخص متعهد سودآور است که او می‌تواند تمامی خسارات وارده به متعهدله را جبران کند، به طوری که وضعیت او از فرض اجرای تعهد، بدتر نشود. بنابراین، متعهد، از نقض تعهد سود می‌برد و متعهدله نیز حداقل ضرری را متحمل نخواهد شد و این عمل، منطبق بر قاعده کالدور-هیگس خواهد بود که از آن بحث شد. در چنین مواردی، عقیده بر آن است که نه تنها نباید نقض تعهد را سزا داد، بلکه باید زمینه‌های لازم جهت تحقق آن را فراهم کرد (Scalise, 2007: 722).

با پذیرش این نظریه، مفهوم پایبندی به تعهد نیز اندکی متفاوت خواهد شد، چنانکه در کامن‌لا نیز چنین مفهومی حاکم است. به بیان آلیور وندل هلمز (Holmez, 1897: 457, 462)، پایبندی به تعهد در کامن‌لا، بدین معناست که اگر متعهد به مفاد قرارداد پایبند نباشد، باید خسارات ناشی از این تصمیم خود را بپردازد (Perillo, 2000: 1085). البته این نظریه با انتقاداتی نیز مواجه شده است؛ برخی آن را غیراخلاقی یافته و برای آن جایگاهی قائل نیستند؛ عده‌ای نیز معتقدند که قضاوت میلی به اجرای این نظریه ندارند. اما برخی نظریه‌پردازان راه میانه‌ای را برگزیدند و معتقدند که اگر در نظریه نقض کارآمد، اصلاحاتی انجام گیرد، می‌تواند به صورت قاعده‌ای اخلاقی جلوه کند، زیرا قضاوت را قادر می‌سازد تا بدون زیر پا گذاشتن اصول اخلاقی، کارآمدی اقتصادی را تضمین کنند (Lahav, 2000: 164,165)؛ از این رو اصل «عهدشکنی موجه»<sup>۳</sup> را پیشنهاد داده‌اند. این اصل بیان می‌دارد که برای توجیه عهدشکنی، وجود دو شرط لازم است: نخست اینکه، ضمن رعایت معیار کالدور-هیگس، نقض تعهد، نسبت به پایبندی به تعهد، زیان کمتر یا منفعت بیشتری داشته باشد. دیگر آنکه، متعهدله راضی به نقض تعهد باشد، یا اگر رضایتی ندارد، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، نارضایتی او به لحاظ اخلاقی موجه نباشد (Lahav, 2000: 170).

1. Residual Clause
2. Efficient Breach of Contract
3. Principle of Justified Promise-Breaking

## ۲.۲.۳. توجهات اخلاقی در نقض کارآمد تعهد

از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، وقتی قرارداد کامل باشد یا حداقل برای وضعیت خاصی تعیین تکلیف کرده باشد، طرفین قرارداد مکلف‌اند به مفاد آن پایبند باشند. از این‌رو طرفین برای نقض تعهدات، ولو نقض کارآمد آن، آزاد نخواهند بود. برای مثال، شخص (الف) متعهد شده است که در صورت بارش برف، پیاده‌راه مقابل خانه (ب) را برف‌روبی کند، و نیز مقرر شده است که اگر تجهیزات برف‌روبی (الف) به سرقت رود، او باز هم مکلف به انجام تعهد خواهد بود؛ حال، در صورت به سرقت رفتن تجهیزات، (الف) نمی‌تواند ادعا کند که خسارات (ب) را جبران کرده و به قرارداد پایان خواهد داد (Shavell, 2005: 5,6)؛ لذا اولین محدودیت اخلاقی در نقض کارآمد، ضرورت احترام به ارزش‌گذاری طرفین و مفاد صریح قرارداد است.

محدودیت دیگر، آن است که تنها زمانی نقض کارآمد، اخلاقی خواهد بود که خسارات پرداختی کافی باشد. اما اگر قضاوت تنها خسارات قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد قرارداد را بپذیرند، از در نظر گرفتن عواملی که ارزیابی آنها دشوار است بپرهیزند یا خسارت تأخیر در انجام تعهد را به‌نحو شایسته‌ای مورد حکم قرار ندهند، کارایی کالدور-هیگس محقق نمی‌شود و به‌عبارت بهتر، اساساً چنین نقضی کارآمد نیست تا بخواهد اخلاقی باشد (Shavell, 2005: 15,16).

استیون شاول، برای اثبات اخلاقی بودن نقض در فرض جبران خسارت کامل، از یک جامعه آماری چهل‌ویک نفره نظرخواهی کرد؛ به‌طوری‌که این افراد می‌توانستند یکی از این گزینه‌ها را انتخاب کنند: ۱. قطعاً غیراخلاقی؛ ۲. گاهی غیراخلاقی؛ ۳. نه اخلاقی و نه غیراخلاقی؛ ۴. گاهی اخلاقی؛ و ۵. قطعاً اخلاقی. آخرین سؤال و مهم‌ترین سؤالی که از آنان پرسیده شد، آن بود که اگر شخصی تعهدی را بر عهده گیرد و پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که هزینه‌های انجام تعهد از سوی او بسیار بالا رفته است، اگر او زیان‌های مربوط به تأخیر در انجام تعهد، ایجاد ناراحتی، اجاره فردی دیگر جهت انجام تعهد و خساراتی از این دست را بپردازد، نقض قرارداد از جانب او چگونه است؟ امتیازی که در پاسخ به این پرسش به دست آمد، ۳/۵۶ بود؛ یعنی بین وضعیت‌های به لحاظ اخلاقی خنثی و گاهی اخلاقی (Shavell, 2005: 18-21).

توجیه اخلاقی دیگری که در دفاع از نقض کارآمد ارائه می‌شود، آن است که پرداخت خسارت، جایگزین نقض تعهد نیست، بلکه جایگزین اجرای تعهد خواهد بود (Eisenberg & Miller, 2013: 10). لذا پرداخت خسارت حق متعهد برای بی‌اعتنایی به تعهد نیست، بلکه حق متعهدله جهت به‌دست آوردن توقعات قراردادی اوست.



### ۳. موارد برتری اجرای اجباری بر پرداخت خسارت

ضمانت اجرای اصلی نقض تعهد، اجرای اجباری و جبران خسارت است که هر یک از نظام‌های حقوقی، با توجه به نگرش فلسفی، حقوقی و حتی اخلاقی حاکم بر آن نظام، اولویت را به یکی از آنها داده است. روش‌شناسی موجود در تحلیل اقتصادی، بدون هر گونه پیش‌داوری و برخورد مغرضانه، به بیان نقاط قوت و ضعف هر یک از این ضمانت اجراها می‌پردازد و در نهایت، مواردی را که اجرای اجباری بر ضمانت اجرای رقیب - یعنی جبران خسارت - برتری دارد، مشخص می‌کند. البته بدیهی است که جبران خسارت نیز می‌تواند در برخی موارد به‌عنوان ضمانت اجرای بهینه و کارآمد شناسایی شود که این موضوع به مقاله دیگری واگذار شده است. در تقسیم‌بندی این مبحث، موارد برتری اجرای اجباری عین تعهد، در دو گفتار ارائه خواهد شد: گفتار نخست به تجربیات و نحوه عملکرد نظام‌های حقوقی اختصاص یافته است و گفتار دوم به برخی فرضیات اقتصادی می‌پردازد که در صورت تحقق در عالم واقع، می‌تواند از مرجحات این ضمانت اجرا محسوب شود.

#### ۳.۱. ترجیحات مبتنی بر نحوه عملکرد نظام حقوقی

نحوه عملکرد نظام حقوقی نشان داده است که در برخی موارد، اجرای اجباری عین تعهد بر جبران خسارت برتری دارد، البته این برتری، گاهی در اثر مزایای اجرای اجباری است و گاهی به سبب کاستی‌های نظام جبران خسارت و عملکرد دادگاه‌ها در ارزیابی خسارات قابل جبران. از این رو اهمیت این ترجیحات، در سه بند آتی، تحت عنوان عدم امکان دستیابی به اصل بی‌تفاوتی، کاهش هزینه‌های اجرایی دادگاه و برتری اجرای اجباری در قراردادهای مربوط به انتقال اموال، ارائه خواهند شد.

##### ۳.۱.۱. عدم امکان دستیابی به اصل بی‌تفاوتی

برخی معتقدند که هیچ‌گاه نمی‌توان به «اصل بی‌تفاوتی»<sup>۱</sup> رسید و به نوعی از متعهدله جبران خسارت کرد که از نظر او تفاوتی بین اجرای تعهد و نقض آن نباشد (Eisenberg, 2005: 1018). حقیقت آن است که وارد ساختن چنین انتقادی به نظام جبران خسارت، تا حدی افراطی و غیرقابل اعتماد است. بدیهی است که در برخی موارد، دادگاه نمی‌تواند به ارزش‌گذاری طرفین قرارداد در زمان نقض، دست یابد و خسارت متوقع او را به‌درستی ارزیابی کند؛ در همین موارد است که ضمانت اجرای اجباری، به دلیل نواقص موجود در نظام جبران خسارت برتری می‌یابد (Eisenberg & Miller, 2013: 11,12)، زیرا در اجرای اجباری تعهد، نیازی نیست که دادگاه ارزش‌گذاری متعهدله و حتی طرفین را ارزیابی کند.

به نظر کرومنن توجه به همین انتقاد، شالوده نظام ضمانت اجراهای نقض قرارداد در کامن‌لا را شکل داده است و کامن‌لا، در مواردی که تعیین ارزش‌گذاری طرفین قرارداد (خسارت متوقع) دشوار بوده، به دادگاه اختیار داده است که از اجرای اجباری استفاده کند. مصداق بارز این امر را نیز می‌توان در فرض کالاهای منحصربه‌فرد ملاحظه کرد (Kronman, 1978: 351). البته شوارتز، پا را از این نیز فراتر می‌گذارد و با این ادعا که مشکلات اطلاعاتی مربوط به ارزش‌گذاری، اجبار و مواردی از این دست همواره وجود دارد، اجرای اجباری تعهدات را به‌عنوان قاعده پیش‌فرض معرفی می‌کند (Schwartz, 1979: 271).

اشاره به «اصل اتکای به قرارداد»<sup>۱</sup> می‌تواند راهگشا باشد. این اصل در برخی مطالعات، به‌منزله یکی از ادله مربوط به تقدم اجرای اجباری عین تعهد بر جبران خسارت، ارائه شده است؛ بدین شرح که متعهدله، به اعتبار اجرای قرارداد از سوی شخص متعهد، هزینه‌هایی را صورت می‌دهد که لازمه جلوگیری از هدررفت هزینه‌های اتکایی، اجرای اجباری عین تعهد است (انصاری و همکاران، ۱۳۹۶: ۸۸ و ۸۹). با وجود این، هرچند نگارندگان چنین استدلالی را به‌خودی‌خود جهت حکم به این تقدم کافی نمی‌دانند و جبران این هزینه‌ها نیز با استفاده از روش‌های خاصی از جبران خسارت (همانند حکم به جبران خسارات اتکایی) امکان‌پذیر است، در برخی موارد، قائل به پیوند این اصل با اصل بی‌تفاوتی هستند؛ به کیفیتی که در موضعی، مرز بین خسارات اتکایی قابل جبران و غیرقابل جبران و استفاده از معیارهای نوعی (به‌جای شخصی) در تعیین محدوده خسارات، موجب می‌شوند تا متعهدله با جبران خسارات این‌چنینی به بی‌تفاوتی نائل نشود.

به‌طور خلاصه می‌توان گفت که هر گاه ارزیابی خسارات وارده در اثر نقض، امکان‌پذیر نباشد یا جبران خسارت نتواند به‌طور کامل خسارات وارده را جبران کند، باید از اجرای اجباری استفاده کرد و متعهد را به انجام عین تعهد مجبور کرد.

### ۳.۱.۲. کاهش هزینه‌های اجرایی دادگاه

آنچه در این عنوان بررسی می‌شود، در واقع پاسخ به یکی از انتقادات وارده به اجرای اجباری است که علاوه بر پاسخگویی به انتقاد، خود به یکی از مزایای این ضمانت اجرا اشاره دارد. انتقاد وارده بدین شرح است که اجرای اجباری تعهدات، هزینه‌های اجرایی زیادی را در بردارد؛ درحالی‌که اگر از جبران خسارت استفاده شود، چنین هزینه‌هایی به‌بار نخواهد آمد. برای مثال، در فرض اجرای تعهدات استخدامی یا تعهدات مربوط به انجام یا ترک فعل، این هزینه‌ها چشمگیر خواهند بود. از سوی دیگر، نمی‌توان این هزینه‌ها را به نظام قضایی تحمیل کرد، زیرا به بودجه عمومی کشور و مالیات‌دهندگان تحمیل می‌شود و باید از راه‌حلی استفاده شود که

## 1. The Reliance Principle

هزینه‌های کمتری را برای جامعه به دنبال داشته باشد.<sup>۱</sup> همچنین، اگر بنا باشد تا تمامی تعهدات، با اجبار دادگاه به اجرا درآیند، نظام قضایی متحمل هزینه‌های گزافی خواهد شد. در پاسخ به این انتقاد می‌توان گفت اینکه اجرای اجباری تعهدات، مداخله نظام قضایی در اجرای تعهدات و نظارت بر تعهدات قراردادی را افزایش می‌دهد، عقیده‌ای سنتی است. اگر اجرای اجباری در همه تعهدات به کار گرفته شود یا طرفین بتوانند در تعهدات خود این ضمانت اجرا را انتخاب کنند، تعهدات کمتر نقض می‌شوند و شاید حتی تعداد دعاوی حقوقی نیز کاهش یابد (Kronman, 1978: 374). در واقع، تفاوت بین این انتقاد و پاسخ به آن، از تفاوت بین «هزینه کل»<sup>۲</sup> و «هزینه نهایی»<sup>۳</sup> در اقتصاد ریشه می‌گیرد؛ بنابراین، درست است که اگر در یک پرونده خاص، اجرای اجباری با نظام جبران خسارت مقایسه شود، ممکن است هزینه‌های اجرای اجباری بیشتر باشد، اما اگر در مجموع و با نگاهی کلی به تمامی پرونده‌های مربوط به حقوق قراردادهای موضوع توجه شود، نتیجه آن خواهد بود که اجرای اجباری می‌تواند حجم زیادی از دعاوی را پاسخ داده و حتی مانع از نقض قرارداد در موارد مشابه شود؛ از این رو هزینه نهایی کاهش خواهد یافت.<sup>۵</sup>

### ۳.۱.۳. برتری اجرای اجباری در قراردادهای مربوط به انتقال اموال

استیون شاول قراردادهای را به دو دسته تقسیم می‌کند: ۱. قراردادهای انتقال اموال و دارایی‌های موجود؛ و ۲. قراردادهای ساخت کالا یا ارائه خدمت. او بر این باور است که در قراردادهای دسته اول، اجرای اجباری ترجیح دارد، در حالی که در قراردادهای دسته دوم، جبران خسارت برتری خواهد داشت (Shavell, 2006: 831,832). به عقیده شاول، اگر در قراردادهای ساخت کالا یا ارائه خدمت، اجرای اجباری امکان‌پذیر باشد، ناکارآمدی‌هایی بروز خواهد کرد؛ شخص متعهد مجبور می‌شود حتی در فرضی که اجرای تعهد بسیار پرهزینه شده و هزینه اجرا از سودی که عاید متعهدله می‌شود بیشتر است نیز قرارداد را اجرا کند. همچنین، ممکن است شخص متعهد، برای جلوگیری از زیان‌های احتمالی در آینده، لوازمی را خریداری کند یا اقداماتی احتیاطی را انجام دهد که به لحاظ اقتصادی توجیهی ندارد. حتی ممکن است متعهد مجبور شود برای رهایی از تعهداتش، با متعهدله وارد مذاکره شود و هزینه گزافی را به او

1. For Example; See: Marble Co. v. Ripley, 77 U.S. 339, 358-59 (1870)

2. Total cost

3. Marginal cost

۴. «هزینه کل» به تمامی هزینه‌های یک بنگاه گفته می‌شود که با میزان فعالیت آن بنگاه ارتباط مستقیم دارد، اما «هزینه نهایی»

به نسبت تغییر هزینه کل به تغییر تولید گفته می‌شود؛ به عبارت دیگر، اگر یک واحد به تولید اضافه شود، مقدار هزینه‌ای که به سبب تولید آن واحد به هزینه کل افزوده می‌شود، هزینه نهایی خواهد بود (برای مطالعه بیشتر ر.ک: دادگر، ۱۳۹۲: ۱۴۱-۱۳۹).

۱. برای شناخت تمایزات مفاهیم اقتصادی «هزینه کل» و «هزینه نهایی» و کاربرد آن در آرای قضایی، می‌توان به پرونده مشهور «پنجره برن-سقوط آزاد» در نظام قضایی سوییس توجه کرد (برای مطالعه ر.ک: شکوهیان، ۱۳۹۵: ۵۳ و ۵۴).

بپردازد. علاوه بر این، ممکن است اجبار به انجام تعهد نیز هزینه‌های گزافی را در پی داشته باشد، اما در قراردادهای دسته اول، چنین ناکارآمدی‌هایی وجود ندارد و می‌توان از اجرای اجباری استفاده کرد (Shavell, 2006: 833). البته به نظر می‌رسد که باید در قراردادهای مربوط به انتقال اموال نیز قائل به تفکیک شد و در جایی که اشباه و نظایر آن مال در بازار فراوان است، تأکید بر اجرای اجباری تعهد را کنار گذاشت.

### ۲.۳. ترجیحات مبتنی بر فرضیات اقتصادی

برخلاف امتیازاتی که در مبحث پیشین بدان اشاره شد، اجرای اجباری، در صورتی که برخی فرضیات اقتصادی به درستی عمل کنند، می‌تواند به عنوان ضمانت اجرای برتر معرفی شود. برای مثال، اگر رفتار طرفین قرارداد عقلانی باشد و این عقلانیت بدون دخالت عیوب اراده، در قرارداد انعکاس یابد، یا اینکه اگر هزینه‌های مبادله به قدر کافی پایین باشد، اجرای اجباری می‌تواند بر جبران خسارت برتری یابد. البته، هر دو این موارد از فروض اقتصادی محسوب می‌شوند که باید در هر پرونده به صورت مجزا ارزیابی شوند.

#### ۱.۲.۳ رعایت عقلانیت فردی بازتاب یافته در قرارداد

از منظر اقتصادی فرض بر این است که انتخاب و تصمیم‌گیری افراد، به شکلی عقلایی است؛ یعنی بیشتر را بر کمتر ترجیح می‌دهند و درصدد تحصیل حداکثر نفع خالص در چارچوب نظام علایق و ترجیحات خود هستند (طوسی، ۱۳۹۳: ۵۲). حال، اگر طرفین قرارداد به صورت عقلانی رفتار کنند، قراردادی را منعقد خواهند کرد که بهینه بوده و عوضین آن، با منظور طرفین (بیشینه‌سازی منافع) سازگار است. پس، دادگاه باید شروطی را که آنان در قرارداد پیش‌بینی کرده‌اند، به اجرا گذارد و نمی‌تواند اختیار دیگری (پرداخت خسارت) را برای یکی از طرفین قرارداد در نظر گیرد<sup>۱</sup>، درحالی که طرفین هیچ مذاکره‌ای در مورد آن نکرده‌اند (Posner, 2003: 835,836).

همچنین، با توجه به اینکه طرفین، اطلاعات بهتری در مورد دادگاه در اختیار دارند، می‌توانند با در نظر گرفتن همه جوانب توافق، آنچه را که مدنظرشان است پیش‌بینی کنند؛ لذا شایسته است که دادگاه نیز بر توافق آنها مهر تأیید بزند و به اجرای آن حکم کند (Eisenberg & Miller, 2013: 12). علاوه بر این، اجرای اجباری به طرف قرارداد این امکان را می‌دهد که ضمانت اجرایی را که مناسب می‌داند برگزیند (Eisenberg & Miller, 2013: 12,13)؛ البته،

۱. «اصل دادوستد» یا «The Bargain Principle» نیز بیانگر چنین مضمونی است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: Eisenberg, 2005: 1018, 1019)

نمی‌توان بر پایه این فرض اقتصادی، تمامی توافقات خصوصی طرفین در خصوص انتخاب ضمانت اجرای نقض قرارداد را معتبر دانست.

اگر به سبب اطلاعات محدود طرفین، اکراه، تدلیس یا مواردی از این دست، رفتار آنها در انعقاد قرارداد عقلانی نباشد، به اجرا گذاشتن ضمانت اجرای مورد نظر طرفین ضرورتاً نمی‌تواند کارایی اقتصادی را در پی داشته باشد. شاید به همین دلیل بوده است که به عقیده کرومن، دادگاه‌های کامن‌لا<sup>۱</sup>، تمایلی به پذیرش چنین شرطی نداشته و به دنبال آن هستند تا مانع سوءاستفاده خصوصی از ضمانت اجرای موجود شوند (Kronman, 1978: 370,371). این نگرانی طبیعی است، اما اگر بنا باشد جلوی سوءاستفاده گرفته شود، می‌توان از ابزارهای حقوقی دیگری مثل ضمانت اجرای اکراه، تدلیس و به خصوص حسن نیت استفاده کرد.

از سوی دیگر، اگر توافق طرفین تنها برای سوءاستفاده و جلوگیری از اعمال ضمانت اجرای در نظر گرفته شده از سوی نظام حقوقی باشد و ارتباط روشنی با کارایی و پیشینه‌سازی ثروت نداشته باشد، باز هم دادگاه می‌تواند این توافق را نادیده بگیرد و ضمانت اجرای کارآمد را برگزیند؛ هم از باب اعمال قاعده منع سوءاستفاده از حق و هم از این جهت که طرفین نمی‌توانند با توافق خود به جامعه ضرر رسانند و موجب هدررفت منابع شوند، زیرا اصل آزادی قراردادی، در تحلیل اقتصادی حقوق، منشعب از اصل «فایده‌گرایی» بوده و این اصل نیز متأثر از «خط مشی‌های فایده اخلاقی» است. از این رو دولت می‌تواند محدوده این اصل را با توجه به منافع و هزینه‌های آن برای جامعه محدود کند (حبیبی درگاه، ۱۳۸۹: ۱۷).

### ۲.۲.۳. برتری اجرای اجباری در صورت پایین بودن هزینه‌های مبادله

برخی نظریه پردازان معتقدند، در فرضی که «هزینه‌های مبادله»<sup>۲</sup> پایین است، اجرای اجباری عین تعهد، بر جبران خسارت برتری دارد؛ برعکس، زمانی که هزینه‌های مبادله بالا باشد، نظام حقوقی باید جبران خسارت را به عنوان ضمانت اجرای پیش فرض برگزیند. در واقع، زمانی که هزینه‌های مبادله میان متعهد و متعهدله پایین است، اگر نظام حقوقی به اجرای اجباری حکم کند، طرفین می‌توانند حق اجرای اجباری را به صورت داوطلبانه و کارآمد به اجرا گذارند. برای مثال، اگر هزینه‌های انجام تعهد بالا باشد، متعهدله می‌تواند با دریافت مبلغی در ازای انجام تعهد، متعهد را از اجرا معاف کند.

حال، اگر هزینه‌های مبادله به حدی بالا باشد که امکان چنین توافقی وجود نداشته باشد، دادگاه باید مداخله کرده و معامله‌ای را با ثمنی نوعی بر طرفین تحمیل کند. در واقع، منظور از

1. For Example; See: Stokes v. Moore, 262 Ala. 59, 77 So.2d 331 (1955).

2. Transaction cost

برای مطالعه تعریف «هزینه مبادله» از منظر اقتصاددانانی چون کوز، ارو، چونگ، ویلیامسون و نورث؛ رک: صادقی و طارم‌سری، ۱۳۸۷: ۱۰-۸.

ثمن نوعی در اینجا، خسارتی پولی است که دادگاه در ازای عدم انجام تعهد در نظر می‌گیرد؛ یعنی چون هزینه‌های مبادله بالاست و به همین دلیل طرفین انگیزه‌ای برای مبادله حق اجرای قرارداد ندارند، دادگاه خود اقدام کرده، و در قراردادی فرضی، ثمن نوعی و معادل تعهد مقرر را تعیین می‌کند.

در عالم واقع، با توجه به اینکه احتمالاً رابطه‌ای پیش‌قراردادی میان طرفین وجود داشته، دادگاه باید فرض کند که هزینه‌های مبادله پایین است؛ پس، باید اجرای اجباری عین تعهد را به‌عنوان ضمانت اجرای پیش‌فرض در نظر گیرد (88: 1997 Miceli) و جبران خسارت را به‌منزله ضمانت اجرایی استثنایی بپذیرد؛ یعنی عکس آنچه در حقوق کامن‌لا معمول است (Ulen, 1984: 401). شایان ذکر است که پایین بودن هزینه مبادله در بیشتر قراردادهای، تنها یک فرض اقتصادی است که ممکن است در کشورها، قراردادهای، طرفین قراردادی و اوضاع اقتصادی مختلف به‌گونه‌ای دیگر باشد یا اساساً پذیرش این فرض که در قراردادهای عموماً هزینه‌های مبادله پایین است، انکار شود.

#### ۴. نتیجه‌گیری

می‌توان حاصل‌نگرش اقتصادی به اجرای اجباری عین تعهد را در دو محور مهم «اقتصاد اثباتی»<sup>۱</sup> و «دستوری»<sup>۲</sup> ارائه کرد. اقتصاد اثباتی بررسی می‌کند که این ضمانت اجرا، چگونه و در چه موقعیتی می‌تواند انضباط و کارایی اقتصادی را تضمین کند. اقتصاد دستوری نیز توصیه می‌کند که قوانین موجود باید به‌گونه‌ای طراحی شوند یا تغییر یابند که یافته‌های اقتصاد اثباتی را عملی سازند (دادگر، ۱۳۸۵: ۱۹۰ و ۱۹۱).

از منظر اقتصاد اثباتی نقض قرارداد همواره مورد نکوهش نبوده و براساس معیار کالدور-هیکس، هر گاه ناقض قرارداد بتواند ضمن جبران زیان‌های وارده به متعهدله، کماکان سود برد، این نقض کارآمد است و نظام حقوقی باید از آن حمایت کند. البته برخی انتقادات اخلاقی وارد بر این نظریه<sup>۳</sup>، موجب شده است تا «نظریه عهدشکنی موجه» مطرح شود. این نظریه سعی کرده است با بهره‌گیری از منطق حاکم بر نقض کارآمد قرارداد و تلفیق آن با مضامین اخلاقی - به‌خصوص رضایت متعهدله - راه‌حل میانه‌ای را برگزیند. ملاحظه شد که تمام این تلاش‌ها برای ارائه این نظر بوده است که گاهی اوقات نقض تعهد می‌تواند به لحاظ اقتصادی مثبت و کارآمد باشد.

1. Positive economics
2. Normative economics

۳. برای مطالعه انتقادات اخلاقی وارد بر نظریه نقض کارآمد قرارداد، رک: انصاری، ۱۳۹۰: ۵۰-۴۸.

از سوی دیگر، نمی‌توان به صورت عام، اجرای اجباری عین تعهد را به عنوان ضمانت اجرای پیش فرض به منظور پاسخگویی به نقض تعهد در نظر گرفت. با تحلیل این ضمانت اجرا آشکار می‌شود که به لحاظ اقتصادی، تنها در شرایط خاصی امکان استفاده از این ابزار وجود دارد و شرایطی نیز وجود دارند که جبران خسارت کارآمدتر خواهد بود.

به طور کلی، اجرای اجباری عین تعهد را می‌توان در چند فرض، بر ضمانت اجرای رقیب (جبران خسارت)، برتری داد: نخست، فرضی است که امکان محاسبه خسارت وارده به شخص زیان‌دیده از نقض وجود نداشته باشد، یا نتوان با پرداخت خسارت او را نسبت به اجرا یا عدم اجرای تعهد بی تفاوت ساخت؛ مورد دوم، جایی است که اجرای اجباری بتواند هزینه‌های نهایی کمتری را بر نظام قضایی تحمیل کند؛ مورد سوم، فرض نقض تعهد در قراردادهای انتقال اموال است که برخلاف قراردادهای ارائه خدمات یا ساخت کالا، اجرای اجباری عین تعهد، می‌تواند ضمانت اجرای مناسب‌تری باشد.

علاوه بر این سه مورد، اقتصاددانان دو موقعیت فرضی را نیز در نظر می‌گیرند که اگر در عالم واقع محقق شود، اجرای اجباری بر جبران خسارت برتری خواهد یافت. یکی اینکه طرفین قرارداد، ضمن رفتاری عقلانی، اجرای اجباری را به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهد برگزینند، و دیگری آنکه هزینه‌های مبادله آن قدر پایین باشد که اگر اجرای اجباری ناکارآمد بود، طرفین با توافقی دیگر نسبت به بهینه‌سازی وضعیت و بهینه‌سازی ثروت خود اقدام کنند. با توجه به این نتایج مشخص می‌شود که نظام‌های حقوقی کامن‌لا و حقوق نوشته، بعضاً در مسیری ناکارآمد قدم برداشته‌اند. در حقوق کامن‌لا، در صورتی حکم به اجرای اجباری تعهد می‌شد که جبران خسارت نمی‌توانست زیان‌های وارده به خواهان را پوشش دهد، اما از نظر برخی حقوقدانان، دادگاه‌های کامن‌لا، با این استدلال که پرداخت خسارت هیچ‌گاه نمی‌تواند جایگزین اصل تعهد شود، بیش از پیش به اجرای اجباری تعهدات روی آورده‌اند. از این رو اگر خواهان اجرای اجباری تعهد را از دادگاه بخواهد، دادگاه نیز اولویت را بر ضمانت اجرای مورد نظر او می‌گذارد (Laycock, 1990: 691). بنابراین پیشنهاد می‌شود، کشورهای حقوق نوشته نیز با استمداد از یافته‌های تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد ناظر بر ضمانت اجراهای نقض قرارداد را منعطف‌تر سازند و در جایی که جبران خسارت کارایی بیشتری دارد، اولویت را بر آن دهند.

## منابع

### الف) فارسی

- انصاری، علی؛ بادینی، حسن؛ شاهی، احد (۱۳۹۶). «بررسی کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد در حقوق آمریکا و ایران»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، سال بیست و چهارم، ش ۱۱.

۲. انصاری، مهدی (۱۳۹۰ الف). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، ج اول، تهران: جاودانه، جنگل.
۳. ----- (۱۳۹۰ ب). «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۱.
۴. جمعی از نویسندگان (۱۳۹۵). تفسیری بر حقوق بیع بین الملل (کنوانسیون ۱۹۸۰ وین)، ترجمه دکتر مهربان داراب‌پور، ج ۲، ج سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۸۹). تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی (ماهوی-شکلی)، ج اول، تهران: مجد.
۶. دادگر، یدالله (۱۳۸۵). «پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۴۳.
۷. ----- (۱۳۹۲). اصول تحلیل اقتصادی: خرد و کلان، ج دوم، تهران: آماره.
۸. شکوهیان، سید علیرضا (۱۳۹۵). تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی پزشک، ج اول، تهران: خرسندی.
۹. صادقی، حسین؛ طارم‌سری، مسعود (۱۳۸۷). علل نقض قرارداد در اقتصاد ایران و تعیین هزینه‌های اجتماعی آن، ج اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۱۰. طوسی، عباس (۱۳۹۳). تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها، ج اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۱۱. عیوضلو، حسین (۱۳۸۴). عدالت و کارایی در تطبیق با نظام اقتصاد اسلامی، ج اول، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۱۲. کوتر، رابرت؛ یولن، تامس (۱۳۹۱). حقوق و اقتصاد، ترجمه دکتر یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، ج هفتم، تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم.
۱۳. محقق‌داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰). قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ج یازدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).

## ب) خارجی

14. Eisenberg, Melvin 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.
15. Eisenberg, Theodore and Miller, Geoffrey P. (2013). "Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts", *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 334.
16. Hermalin, Benjamin E., Katz, Avery W. and Craswell, Richard (2007). *Contract Law (Handbook of Law and Economics)*, A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell (Eds.), Vol.1, 1<sup>st</sup> Edition, Elsevier.
17. Holmes, Oliver Wendell (1897). "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Vol.10.
18. Kronman, Anthony (1978). "Specific Performance", *The University of Chicago Law Review*, Vol.45, Iss.2.
19. Lahav, Gil (2000). "A Principle of Justified Promise-Breaking and Its Application to Contract Law", *NYU Annual Survey of American Law*, Vol.57, Issue.2.
20. Laycock, Douglas (1990). "The Death of the Irreparable Injury Rule", *Harvard Law Review*, Vol.103, No.3.
21. Mathis, Klaus (2009). *Efficiency instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Translated by Deborah Shannon, 1<sup>st</sup> Edition, Springer.
22. Miceli, Thomas J. (1997). *Economics of the Law*, 1<sup>st</sup> Edition, Oxford University Press.
23. Nath, S. K. (1973), *A Perspective of Welfare Economics*, 1<sup>st</sup> Edition, The Macmillan Press.
24. Perillo, Joseph M. (2000). "Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference", *Fordham Law Review*, Vol.68.
25. Posner, Eric A. (2003). "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?", *The Yale Law Journal*, Vol.112, No.4.
26. Posner, Richard A. (1979 a). "Epstein's Tort Theory: A Critique", *The Journal of Legal Studies*, Vol.8, No.3.



- 27.----- (1979 b). "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *The Journal of Legal Studies*, Vol.8, No.1.
- 28.----- (1980). "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra Law Review*, Vol.8, No.487.
- 29.----- (1998) . *Economic Analysis of Law*, 5<sup>th</sup> Edition, New York.
30. Scalise, Ronald J. (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, No.4.
31. Schlechtriem, Peter and Butler, Petra (2009). *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer.
32. Schwartz, Alan (1979). "The Case for Specific Performance", *Yale Law Journal*, No.89.
33. Shavell, Steven (1984). The Design of Contracts and Remedies for Breach, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.99, No.1.
34. ----- (2005). "Is Breach of Contract Immoral?", *Harvard, John M. Olin Center For Law, Economics and Business*, Discussion Paper No.531.
35. -----(2006). "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", *Texas Law Review*, Vol.84, No.4.
36. Stringham, Edward (2001). "Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning", *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol.4, No.2.
37. Treitel, Sir Guenter (2003). *The Law of Contract*, Eleventh edition, Sweet and Maxwell.
38. Ulen, Thomas S. (1984). "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", *Michigan Law Review*, Vol.83, No.2.
39. Weigel, Wolfgang (2008). *Economics of the Law: A Primer*, 1<sup>st</sup> Edition, Routledge.
40. Wonnell, Christopher T. (2001). "Efficiency and Conservatism", *University of San Diego School of Law*, Working paper 30.
41. Zerbe, Richard O. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*, 1<sup>st</sup> Edition, Edward Elgar.

#### ج) پرونده‌های حقوقی

42. Marble Co. v. Ripley, 77 U.S. 339, 358-59 (1870).
43. Stokes v. Moore, 262 Ala. 59, 77 So.2d 331 (1955).