

«تحلیل حقوقی-اقتصادی قابلیت پذیرش خسارات مبتنی بر نفع عایدی ناقض قرارداد»

میر حسین عابدیان *

مونا عبدی **

تاریخ پذیرش: ۹۸/۰۲/۰۹

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۸/۲۸

چکیده

خسارات مبتنی بر نفع عایدی، به عنوان یک ضابطه جدید و استثنایی ارزیابی خسارات، در برابر خسارات مبتنی بر ضرر یا خسارات جبرانی قرار می‌گیرد. در این ضابطه ارزیابی خسارات، به جای توجه به زیان وارده بر زیان دیده، به منافع حاصل از نقض برای ناقض توجه می‌شود. مهم‌ترین پرسشی که در این خصوص مطرح می‌شود، این است که آیا توجه به منافع حاصله از نقض برای ناقض، می‌تواند به عنوان ضابطه ای برای ارزیابی خسارات مدنظر قرار گیرد یا خیر و اگر چنین است آیا می‌توان از پذیرش چنین ضابطه ای در نظام حقوقی ایران سخن گفت. این نوشتار با رویکردی تحلیلی درصدد یافتن پاسخ این پرسش هاست. یافته های این تحقیق دو نتیجه مهم را در پی خواهد داشت: اول آنکه پذیرش این ضابطه جدید با توجه به ابعاد حقوقی و اقتصادی آن، در یک نظام جامع مسئولیت قراردادی ضروری به نظر می‌رسد و دوم آنکه پذیرش این ضابطه در نظام حقوقی ما با مانعی مواجه نبوده، به ویژه آنکه بر اساس ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، تعیین میزان خسارت و طریقه و کیفیت جبران آن به قضات واگذار شده است.

کلید واژگان:

استرداد منافع حاصل از نقض قرارداد، حداکثرسازی ثروت، کارآمدی، کاهش هزینه‌های معاملات.

* مدرس مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

mh_abedian@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

monaabdi7@yahoo.com

مقدمه

خسارات مبتنی بر نفع عایدی^۱ - در برابر خسارات مبتنی بر ضرر^۲ (خسارات جبرانی)^۳ - ضابطه جایگزین و ثانویه در ارزیابی خسارات محسوب می‌شود. مهم‌ترین تفاوت این ضابطه با ضابطه سنتی خسارات مبتنی بر ضرر (خسارات جبرانی) این است که در خسارات مبتنی بر نفع عایدی، برای محاسبه و ارزیابی خسارت به منافع حاصل از نقض قرارداد برای ناقض، توجه می‌شود نه زبانی که زیان دیده متحمل شده است و در اعمال آن تفاوتی در شیوه‌های مختلف تحصیل منافع برای ناقض وجود ندارد: به عنوان مثال، این منافع ممکن است به‌طور مستقیم از نقض قرارداد حاصل شده باشد یا به صورت غیرمستقیم با صرفه‌جویی در منابع و هزینه‌های لازم در اجرای قرارداد پدید آمده باشد. همچنین، تفاوتی نمی‌کند که این منافع با استفاده از اموال و دارایی‌های خواهان پدید آمده باشد یا با استفاده از اموال دیگری. به همین ترتیب، این منافع ممکن است صرفاً از نقض قرارداد حاصل شده باشد یا در کنار نقض قرارداد، نقض تعهد دیگری هم رخ دهد و از طریق آن منفعی حاصل شود، مثل نقض حقوق مالکانه، نقض وظیفه امانی یا نقض تعهد به رازداری و عدم افشای اطلاعات.

خسارات مبتنی بر نفع عایدی به دو قسم اصلی تقسیم می‌شود: ۱. استرداد یا اعاده منفعی که خواننده از دارایی خواهان تحصیل کرده است و مبنای آن نظریه منع دارا شدن غیرعادلانه است؛^۴ ۲. رد منفعی که خواننده در نتیجه نقض، نه لزوماً از خواهان، بلکه از ثالث به دست آورده است^۵ و مبنای آن، دست‌کم در غالب نظام‌های حقوقی کامن‌لا، این قاعده انصافی است که هیچ خطاکاری نباید از خطای خود منتفع گردد.^۶ روشن است که این مورد اخیر مستلزم پس دادن-

1. Gain-based damages.
2. Loss-based damages.
3. Compensatory damages.
4. Restitution.
5. Disgorgement.
6. 'A wrongdoer should not be enabled by law to take any advantage from his actions' or 'No one should be enabled to profit from her own wrong'.

یعنی استرداد به معنی اخص کلمه^۱ - نیست، بلکه عنصر تسلیم کردن در آن وجود دارد و در معنی دقیق کلمه باید به آن «رد» منافع تحصیل شده ناشی از نقض قرارداد^۲ اطلاق نمود.^۳

با وجود آنکه مهم‌ترین عرصه استفاده از این ضابطه در حوزه حقوق مالکیت‌های فکری (معنوی) است، اما در سال‌های اخیر تمایل به گسترش استفاده از آن در موارد دیگری نیز وجود دارد؛ از جمله فرضی که خواهان ضرر ملموسی از نقض متحمل نشده است یا زیان وارده در زمره ضررهای قابل جبران در نظام حقوقی نیست و یا اثبات ضرر حاصله از نقض مواجه با مشکلات اثباتی است.

هدف اصلی از اعمال این ضابطه و مسترد نمودن منافع حاصل شده از نقض، علاوه بر پیش‌بینی طریق جبرانی مؤثر برای زیان‌دیده از نقض، حذف انگیزه ناقض برای نقض قرارداد و جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه اوست.

بررسی دقیق و تحلیلی این ضابطه بدیع در ارزیابی خسارت، مستلزم توجه به ابعادی از تحلیل اقتصادی حقوق، ویژگی‌های حقوق مالکیت فکری و حقوق مربوط به خسارات و طرق جبرانی است: بر اهل تحقیق پوشیده نیست که پذیرش این ضابطه یا عدم پذیرش آن عمدتاً متکی بر تحلیل‌های اقتصادی است؛ مضافاً کاربرد عمده این ضابطه، در ارزیابی خسارات ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری است و در نهایت واضح است که کل بحث از فروعات مباحث مربوط به مسئولیت قراردادی به جبران خسارت بوده و از مبانی حاکم بر این حوزه تبعیت می‌کند.

تبیین اصولی این ضابطه، بررسی کارکردها و اهداف آن و نیز شرایط اعمال و شیوه محاسبه

۱. نکته قابل توجه این است که در ادب فارسی واژه «استرداد» ممکن است دارای دو معنای عام و خاص باشد. در معنای عام دربردارنده هر دو نوع خسارات مبتنی بر نفع عایدی است؛ یعنی هم شامل استرداد منافی است که ناقض از اموال خواهان به دست آورده است و هم شامل رد منافی است که ناقض نه از دارایی خواهان، بلکه ممکن است از ثالث به دست آورده باشد. این در حالی است که استرداد در معنای خاص خود صرفاً برای تسلیم منافی که ناقض از اموال خواهان به دست آورده است، به کار برده می‌شود و برای حالت دیگر از اصطلاح رد منافع تحصیل شده ناشی از نقض استفاده شده است.

2. Disgorgement.

معنای لغوی واژه Disgorgement به معنای استفراغ و بالا آوردن است، اما به دلیل نامناسب بودن، در معنای اصطلاحی به عنوان «استرداد یا رد منافع تحصیل شده ناشی از نقض» به کار می‌رود.

3. Mc Camus, John D, "The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment", *Canadian Bar Review*, vol: 92.2, (2011), p 446.

در صورت تمسک به آن در نوشتاری جداگانه توسط نگارندگان به عمل آمده^۱ و اینک نوبت آن است که در تحلیل قابلیت پذیرش این ضابطه در یک نظام جامع مسئولیت مدنی قراردادی به جبران خسارت، به عنوان گام اول، مهم‌ترین تحلیل‌های حقوقی و اقتصادی مطرح در خصوص قابلیت پذیرش آن مورد اشاره قرار گیرد. با توجه به اینکه این ضابطه ارزیابی، مصون از ایراد و خرده‌گیری‌های محققین باقی نمانده است، بررسی قابلیت پذیرش این ضابطه در مقام ارزیابی خسارت، لزوماً مستلزم تحلیل نقادانه و علمی این ایرادات می‌باشد. از این‌رو، این مقاله درصدد طرح و بررسی این ایرادات در چارچوب بحث از قابلیت پذیرش این ضابطه در نظام‌های حقوقی به طور کلی (۱) و قابلیت پذیرش آن در نظام حقوقی ایران به طور خاص (۲) است.

۱. قابلیت پذیرش ضابطه «خسارات مبتنی بر نفع عایدی ناقض قرارداد» برای ارزیابی خسارات

از جمله موضوعات بحث‌برانگیز در خصوص خسارات مبتنی بر نفع عایدی، بحث قابلیت پذیرش آن به عنوان یک ضابطه در ارزیابی خسارت است. مرور اجمالی بر استدلال‌های مطرح شده به منظور قابلیت یا عدم قابلیت پذیرش آن، منتهی به شناخت بهتر این نوع خسارات و آشنایی با معایب، مزایا و ضرورت‌های پذیرش آن می‌شود. این قسمت از مقاله عهده‌دار تبیین اشکالات مطروحه بر قابلیت پذیرش این ضابطه (۱-۱) و بررسی و نقد این اشکالات (۲-۱) به منظور نیل به نتیجه‌ای عمومی در موضوع امکان اصولی پذیرش این ضابطه در نظام‌های حقوقی است.

۱.۱. اشکالات مطروحه بر قابلیت پذیرش ضابطه

ایرادات مطرح شده بر قابلیت پذیرش این ضابطه، مشتمل بر مجموعه‌ای از ایرادات اقتصادی و حقوقی است. منتقدین با طرح این ایرادات، به‌ویژه با تکیه بر ایرادات اقتصادی، نظر بر عدم قابلیت پذیرش این ضابطه در نظام‌های حقوقی دارند. اهم دلایل ارائه شده بر عدم قابلیت پذیرش این ضابطه را می‌توان در موارد زیر طبقه‌بندی نمود:

۱. مقاله حاضر در واقع بخش دومی از سلسله مقالات در تبیین و تحلیل ضابطه ارزیابی خسارت مبتنی بر نفع عایدی ناقض قرارداد است. بخش اول متکفل معرفی ضابطه، بررسی کارکردها، اهداف، شرایط اعمال و نحوه محاسبه در صورت به‌کارگیری این ضابطه بود این بخش، متکی بر یافته‌های بخش پیشین، بررسی مبنایی قابلیت پذیرش این ضابطه در یک نظام جامع مسئولیت مدنی قراردادی را عهده‌دار است.

۱. پذیرش ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی با پاره‌ای ملاحظات اقتصادی در تعارض است. موارد زیر به عنوان مهم‌ترین این ملاحظات مطرح شده است:

الف) تعارض با نظریه نقض کارآمد: یکی از مهم‌ترین ملاحظات اقتصادی مدنظر منتقدین این است که پذیرش خسارات مبتنی بر نفع عایدی با نظریه نقض کارآمد در اقتصاد تعارض دارد.

برای توضیح این استدلال لازم است مقدماتی مطرح گردد. از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق، قرارداد در اصل یک نهاد، یا به تعبیر برخی نویسندگان، یک مکانیسم برای تسهیل همکاری میان رفتارهای اشخاصی است که به دنبال هدف خاصی اند. مهم‌ترین هدف قرارداد نیز ترغیب و توانا ساختن طرفین معامله به ایجاد یک «زیادت»^۲ با یک روش مؤثر و کارآمد است.^۳ بر اساس ادبیات اقتصادی، کارآمدی^۴ یک معامله بر اساس میزان زیادتی است که به وسیله طرفین، نسبت به هزینه‌های صورت گرفته در زمان ورود به معامله، لحاظ می‌شود. در هر صورت، برای حصول کارآمدی در این معادله، نتیجه (خروجی) باید بیشتر از هزینه‌ها و منابع صرف شده (ورودی) باشد.^۵

مطابق نظریه نقض کارآمد، اگر یک طرف قرارداد فرصت پیگیری یک فعالیت سودآورتری را داشته باشد، اما برای استفاده از این فرصت، لازم باشد تا قرارداد خود را با متعهدله نقض نماید، اصل کارایی اقتصادی و همین‌طور حداکثرسازی ثروت ایجاب می‌نماید که به رابطه قراردادی خود با متعهدله خاتمه دهد، به شرط آنکه طرف ناقص، خسارات متوقع و انتظاری طرف مقابل را

۱. از دیدگاه برخی از نویسندگان، به این دلیل که کارآمدی یک مفهوم نسبی است و کارآمدی نقض یک قرارداد صرفاً با مقایسه میان وضعیت اجرای آن قرارداد و تخصیص منابع مورد استفاده برای اجرای قرارداد به مصارف جایگزین به دست می‌آید، لذا آنچه ممکن است کارآمد باشد، تخصیص مجدد منابع اجرای قرارداد، برای یک استفاده جایگزین است و نه خود نقض قرارداد. از این رو دقیق‌تر این است که به جای اصطلاح «نقض کارآمد» "Efficient breach" از اصطلاح «باز تخصیص کارآمد منابع اجرای قرارداد» "Efficient Reallocation of Performance Resources" استفاده نماییم.

DeLong, Sidney. W, "The Efficiency of a Disgorgement as a Remedy for Breach of Contract", *Indiana. Law. Review*, vol: 22, no:3, (1989), p 743.

2. Surplus.

3. Kronman, Anthony & Posner, Richard, *The Economic of Contract Law*, Boston: Toronto: Little Brown & Co, 1975, p 5.

4. Efficiency

5. Harrison, Jeffrey L, *Law and Economics in a Nutshell*, 4th Edition, Thomson, West Publishing, 2007, pp 28-30.

پرداخت نماید. این نقض، منافی برای هر دو طرف دارد؛ طرف زیان دیده در موقعیتی قرار می‌گیرد که انتظار آن را داشته و در صورت اجرای قرارداد در آن موقعیت قرار می‌گرفته است و طرف ناقض نیز در موقعیت بهتری نسبت به زمان اجرای قرارداد قرار می‌گیرد و منافع بیشتری تحصیل می‌کند.^۱ این ایده در ادبیات اقتصادی با عنوان کارایی پارتوئی^۲ شناخته می‌شود که در آن وضعیت حداقل یک طرف بهتر می‌شود، بدون آنکه طرف دیگر وضعییش بدتر شود. اگرچه نقض قرارداد ممکن است تأثیری در بدتر کردن وضعیت طرف زیان دیده داشته باشد، روشی که حقوق قراردادهای در پیش می‌گیرد، در نزد اقتصاددانان با عنوان کارایی کالدور-هیگس^۳ شناخته شده است.^۴ با داراشدن یک طرف، وضعیت طرف دیگر بدتر می‌شود، اما می‌توان با جبران خسارت طرف زیان دیده آن را جبران نمود؛ چراکه ناقض صرفاً زمانی قرارداد را نقض می‌کند که ببیند پس از جبران خسارت زیان دیده از نقض (و قرار گرفتن او در موقعیت مورد انتظار از اجرای قرارداد)، هنوز نقض او را در وضعیت اقتصادی بهتری قرار می‌دهد. حقوق، حسب دیدگاه‌های مطرح در تحلیل اقتصادی حقوق، نه فقط باید این نقض را تحمل نماید، بلکه آن را مورد تشویق هم قرار دهد.

با این مقدمات، مهم‌ترین ایراد اقتصادی منتقدین به ضابطه خسارت مبتنی بر نفع عایدی روشن می‌شود: در صورت پذیرش و اعمال این ضابطه، در حقیقت نظریه نقض کارآمد مورد لحاظ قرار نخواهد گرفت؛ زیرا سود حاصله از نقض، به جای اینکه عاید متعهد ناقض قرارداد شود، نصیب متعهدله زیان دیده از نقض خواهد شد؛ در نتیجه ناقض، قرارداد را نقض نخواهد کرد و به دنبال سود بیشتر نخواهد رفت. به تعبیر دیگر، اعمال این ضابطه در واقع مانع از حداکثرسازی ثروت در جامعه و نتیجتاً مانع از افزایش کارآمدی قراردادهاست.^۵

1. Rickett, Jessica, "Disgorge for Breach of Contract: my loss, your gain", *Auckland University Law Review*, vol: 9, (2000- 2003), p 389.

2. Pareto

3. Kaldor-Hicks

4. Cooter, Robert & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Sixth Edition, Pearson, 2010, p 14.

5. Siems, Mathias, "Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis", *Edinburgh Law Review*, Vol: 7, (2003), p 53.

ب) همچنین منتقدین معتقدند پذیرش و اعمال ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی دارای اثر دلسردکنندگی و یأس‌آور^۱ بر فعالیت‌های اقتصادی خواهد داشت؛ چراکه اگر قرار باشد خواننده هر آنچه را که به دست آورده است، به خواهان مسترد نماید، دیگر انگیزه‌ای برای فعالیت‌های اقتصادی و حداکثر کردن ثروت برای او باقی نمانده، دلسرد خواهد شد.

ج) ایراد دیگر منتقدین این است که پذیرش این نوع از خسارات، ممکن است منتهی به افزایش حق بیمه^۲ مربوط به تخلف احتمالی در ایفای تعهدات قراردادی شود؛ چراکه ممکن است، سطح ریسک مسئولیت بیمه‌شده (متخلف از ایفای تعهدات قراردادی) افزایش یابد.

۲. از بُعد حقوقی، ایراد شده است که پذیرش ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی ممکن است باعث ایجاد ثروت بادآورده برای خواهان شود.^۲ درست است که پذیرش این ضابطه، از جمله به دلیل اثر بازدارندگی آن و تنبیه خواننده به خاطر نقض قرارداد بوده و در نهایت دارای منافع عمومی است، اما منافع عمومی صرفاً می‌تواند توضیح دهد که چرا خواننده باید منافع به دست آمده را پس بدهد؛ اما از توجیه این نکته ناتوان است که چرا باید آن را به خواهان پس بدهد نه به دولت. اینکه، با وجود عدم ورود ضرر و تحمل خسارت، متعهدله مستحق منافی باشد که ناقض از محل نقض تحصیل کرده است، قانع کننده، قابل توجیه و قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد.

۳. ایراد دیگری که به پذیرش ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی وارد شده، این است که اعمال این ضابطه در نهایت منجر به برخورد نامناسب با ناقض (متعهد) می‌شود. ایجاد منفعت بیشتر نیاز به مهارت، تلاش و ابتکار متعهد دارد و اگر قرار باشد همه منافع اکتسابی به متعهدله داده شود، مهارت‌ها و تلاش‌های متعهد در ایجاد منافع بیشتر نادیده گرفته می‌شود.^۳

۴. به علاوه غیرواقعی است که گفته شود این خسارت برای پیشگیری از نقض قرارداد ضروری و دارای اثر بازدارندگی است؛ چراکه بیشتر مردم از جزئیات حقوق قراردادهای آگاهی ندارند یا از آن تأثیر نمی‌پذیرند و در عمل، نسبت به اقامه دعوا هم بی‌میل هستند.^۴

1. Chilling effect

2. Rickett, Jessica, Op. cit, p 382.

3. Siems, Mathias, Op. cit, pp 54-55.

4. Ibid, p 49.

۵. از طرف دیگر، کافی نیست که برای توجیه ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی به معیار عدالت استناد کنیم؛ چراکه تمسک به مفهوم کلی عدالت می‌تواند در دعاوی متفاوت، با توجیهاات مختلف منتهی به نتایج متفاوتی شود. به عنوان نمونه، دیوان عالی ایالت لوئیزیانا در یک دعوا،^۱ با توسل به توجیهااتی به ظاهر معقول، رأی داده است که خواهان هیچ سبب عادلانه برای اقامه دعوا ندارد، مگر اینکه نشان دهد از عدم اجرای قرارداد، متحمل خسارت شده است. اما در دعاوی دیگری^۲ نتیجه گرفته شد که عادلانه نیست خطاکار از عمل خطاکارانه خود منتفع شود و لذا حتی در فرض عدم اثبات ورود خسارت، امکان صدور حکم به رد منافع تحصیل شده از نقض را باید مدنظر قرار داد.^۳ بنابراین عدالت خود یک مفهوم نسبی کلی است و اگرچه عدالت هدف اصلی برای تشریح و قانون گذاری است، تمسک به این مفهوم کلی نسبی، به ویژه در مقام صدور حکم، در زمان ها و مکان های گوناگون و با توجیهاات متفاوت، ممکن است منتهی به نتایج مختلفی شود.

۶. آخرین ایراد مطروحه بر پذیرش ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی، تعارض آن با قاعده تقلیل خسارت^۴ است. بدین معنا که اگر قرار باشد تمام منافی که متعهد ناقض در نتیجه نقض قرارداد به دست می‌آورد، به خواهان (متعهدله) داده شود، دیگر خواهان تلاشی برای کاهش خسارات وارده به خود نخواهد کرد؛ زیرا تمام منافع حاصله را از متعهد دریافت خواهد نمود. بنابراین با پذیرش این نوع خسارت، قاعده تقلیل زیان که جزء وظایف متعهدله (خواهان) زیان دیده از نقض است، از بین خواهد رفت یا دست کم سست خواهد شد.^۵

۱.۲. نقد و تحلیل اشکالات مطروحه بر قابلیت پذیرش ضابطه

در مقابل ایرادات مطرح شده در مخالفت با پذیرش ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی، پاسخ‌هایی از سوی موافقان پذیرش آن ارائه شده است. این پاسخ‌ها در واقع، متضمن تحلیل

1. City of New Orleans v. Fireman [1891], 9 So 486.

2. Holifax Bulding Society v. Thomas Glidewell [1996] Ch 217 at 229.

3. Siems, Mathias, Op. cit, p 51.

4. Mitigation of Damages.

5. Roberts, Caprice. L, "Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol: 42, (2008), pp 171-172.

ایرادات و تبیین جهاتی است که پذیرش این ضابطه را توجیه می‌کند. موارد زیر از جمله مهم‌ترین این جهات و پاسخ‌هاست:

در خصوص ایراد تعارض خسارات مبتنی بر نفع عایدی با نظریه نقض کارآمد، باید گفت که اساساً به خود نظریه نقض کارآمد ایرادات بسیاری وارد شده است؛ تا حدی که علاوه بر منتقدین آن، برخی از طرفداران این نظریه هم پذیرفته‌اند که در موارد نقض فرصت‌طلبانه نباید آن را پذیرفت. ایرادات وارده بر نظریه نقض کارآمد، در این مقام، در سه دسته ایرادات حقوقی، اقتصادی و اخلاقی جای می‌گیرند که به طور خلاصه به آنها اشاره می‌شود:

الف) ایرادات حقوقی را می‌توان در یک نگاه کلی در دو دسته طبقه‌بندی کرد:

۱. به لحاظ حقوقی، یکی از مهم‌ترین ایرادات نظریه نقض کارآمد زیر پا گذاشتن قاعده لزوم قراردادی (لازم‌الوفا بودن مفاد تعهدات قراردادی) و تعارض آن با اصل آزادی قراردادهاست.
۲. ایراد دیگر این نظریه به لحاظ حقوقی این است که گفته می‌شود اگر مثلاً فروشنده، قرارداد خود را نقض نماید، وضعیت خریدار با جبران خسارت، به همان اندازه بهتر می‌شود که گویی قرارداد اجرا شده است. چنین ادعایی را نمی‌توان به راحتی پذیرفت؛ زیرا مبنای چنین جبران خسارتی این است که ضرر زیان‌دیده به گونه‌ای جبران شود که برای او تفاوتی میان انجام قرارداد و نقض آن نباشد؛ در حالی که در مورد کالاهای قیمی یا نامتجانس و یا کالاهایی که واجد ارزش عاطفی یا احساسی ویژه‌ای هستند، این ایراد رفع نمی‌شود؛ چراکه ممکن است خسارت تعیینی بر اساس قیمت کالای جایگزین، مطلوبیت لازم را برای خواهان نداشته باشد.^۱ همچنین در عمل، در موارد مطالبه و احتساب خسارت، غالباً ارزش کامل خسارات به زیان‌دیده از نقض داده نمی‌شود؛ بسیاری از اشکال خسارات‌اند که برای زیان‌دیده قابل جبران نیستند؛ مثل خسارت‌هایی که قطعی نیستند یا در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نبوده‌اند یا خسارت‌هایی که زیان‌دیده باید با اتخاذ اقدامات معقول، آنها را تقلیل می‌داد اما این کار را انجام نداده یا بسیاری از ناراحتی‌های روحی و عاطفی که به واسطه نقض قرارداد متحمل شده است. به همین دلیل، برخی معتقدند که جبران خسارت بیشتر^۲ (در اینجا استرداد یا رد منافع

۱. انصاری، مهدی، نظریه نقض کارآمد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی در حقوق، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، بهار ۱۳۹۰، شماره ۱، صص ۴۷ - ۴۸.

2. Super/over compensation

حاصله از نقض) حتی از معیار خسارات متوقع یا انتظاری هم کارآمدتر است؛ اینکه در مقام جبران، زیان دیده از نقض مبلغ بیشتری خسارت دریافت کند، بهتر از وضعیتی است که خسارت کمتری^۱ جبران شود یا بخشی از ضررهای وارده بلاجبران باقی بماند.^۲

(ب) ایرادات اقتصادی: به لحاظ اقتصادی نیز منتقدین نظریه نقض کارآمد قرارداد، انتقادات متقاعدکننده‌ای مطرح می‌نمایند:

۱. مهم‌تر از همه اینکه، محل تردید است که در صورت اعمال نظریه نقض کارآمد، سطح کلی هزینه‌های معاملاتی پایین‌تر خواهد آمد. در حقیقت، واقع‌بینانه نیست که بگوییم پرداخت خسارت هیچ نوع هزینه معاملاتی ندارد. هزینه اقامه دعوی مربوط به جبران خسارت، به احتمال زیاد و دست کم در مواردی، سنگین‌تر از هزینه‌های معاملاتی مربوط به چانه‌زنی خواهد بود.

۲. اینکه استفاده از نظریه نقض کارآمد منتهی به استفاده بهتر از منابع شود، مورد تردید جدی است: سست کردن روابط قراردادی آثار زیان‌باری بر کارآمدی قرارداد دارد و شاید مهم‌ترین هزینه آن، خسارت به اعتماد در روابط طرفین قرارداد است؛ به این دلیل که طرفین نمی‌توانند به اجرا اعتماد کنند یا ممکن است در فرض عدم اجرا، بیم از ضررهای جبران نشده داشته باشند. هر یک از این عوامل ممکن است بازدارنده طرفین در هر مرحله از انعقاد قرارداد باشد یا آنها را تحت فشار مذاکرات ناکارآمد و پرهزینه در ارتباط با شروط قراردادی قرار دهد.

۳. کارآمدی اقتصادی، با وجود اهمیت آن، نباید تنها اصل مورد توجه در این عرصه باشد: پذیرش نظریه نقض کارآمد در نهایت، نهاد قرارداد را از بین می‌برد یا آن را بسیار سست می‌کند. زمانی که کسی قراردادی با دیگری منعقد می‌نماید (مثلاً قرارداد خرید یک اسب)، خریدار در ازای پول پرداختی یک اسب می‌خرد نه حق جبران خسارت. اگر قرار باشد متعهد به راحتی تعهدش را در ازای جبران خسارت متعهدله نقض کند، ضربه بزرگی به اصل آزادی قراردادی و لازم‌الاتباع بودن مفاد قرارداد وارد می‌گردد. حقوق باید در اندیشه طرق جبرانی و ضمانت‌اجراهایی باشد که طرفین را تشویق به اجرای قرارداد نماید، نه نقض تعهد که

1. Under compensation

2. Farber, Daniel. A, "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract", *Virginia Law Review*, vol: 66, (1980), p 1443.

هزینه‌های بسیاری را هم بر طرفین و هم بر جامعه تحمیل می‌نماید و سبب رواج بی‌اعتمادی در جامعه می‌شود.^۱

۴. یکی از راه‌های شناسایی قاعده کارآمد، مقبولیت آن نزد مردم به هنگام بی‌هزینه بودن معامله است. به راحتی می‌توان بررسی کرد که آیا اگر متعاقبین در زمان انعقاد قرارداد، از احتمال نقض کارآمد آگاه باشند، آن را مورد پذیرش قرار می‌دهند؟ مطابق یک مطالعه تجربی که در سال ۱۹۹۰ در ایالت کارولینای شمالی انجام شده است، ۱۰۵ شرکت از ۱۱۹ شرکت در پاسخ به این پرسش که «اگر شریک تجاری در مقابل پیشنهاد بهتر به طور عمدی قرارداد را نقض کند، عمل غیراخلاقی انجام داده است یا خیر؟» پاسخ مثبت داده‌اند.^۲ پس این قاعده نزد عموم نیز مقبولیتی ندارد و در نتیجه نمی‌توان کارآمدی آن را به عنوان حکم عمومی پذیرفت.

۵. علاوه بر همه این موارد، منتقدین معتقدند که اشتباهات اساسی در اعمال قاعده حداکثرسازی ثروت برای نقض قرارداد وجود دارد و طرف‌داران کارآمدی اقتصادی این قاعده را بد به کار می‌برند. این دیدگاه که به عنوان «نظریه کوز»^۳ شناخته شده است، بیان می‌کند که جدا از هزینه‌های معاملاتی، ثروت و کارآمدی باید به موجب اثر کامل آن اندازه‌گیری شود، نه صرفاً بر اساس آثار توزیعی آن. به عبارت دیگر، آثار آن بر اجتماع به عنوان یک کل باید مدنظر قرار گیرد.^۴ به علاوه، حکم به رد منافع حاصله از نقض، مانع کارایی اقتصادی نمی‌شود: این امر صرفاً بر اینکه چگونه نتایج نقض کارآمد توزیع شود، اثر می‌گذارد و نحوه توزیع سود، یک جزء کم‌اهمیت در تحلیل موضوع با یک نگاه کلی است. مهم‌تر این است که از دیدگاه کلی، ثروت جامعه افزایش یافته و این خود موجب کارآمدی نهاد قرارداد است. خلاصه اینکه، همان‌طور که قاضی استین^۵ مطرح کرده است، عمل به نظریه نقض کارآمد ما را در تله‌ای از استدلال‌ات جذاب می‌اندازد که نتیجه نهایی آن مناسب نیست.^۶

1. Siems, Mathias, Op. cit, pp 53-54.

۲. انصاری، پیشین، صص ۴۶ - ۴۷.

3. Coase theorem.

4. Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economic*, vol: 3, 1960, p 44.

5. Steyn J

6. Rickett, Jessica, Op. cit, pp 389- 390.

ع. هزینه‌های فرصت نیز در محاسبات مربوط به نظریه نقض کارآمد، به نحو جامعی مد نظر قرار نگرفته است. برای هیچ واحدی از زمان، حتی اگر بسیار هم کم باشد، جایگزینی وجود ندارد. زمان ذاتاً دارای ارزش است. به نظر می‌رسد که زمان احتمال تحقق برخی از منافع را ایجاد می‌کند، پس درست‌تر این است که بگوییم «زمان فرصت است.»^۱ اهمیت زمان در این است که در صورت نقض قرارداد، متعهدله به ناچار و در بیشتر موارد، زمان و فرصت سرمایه‌گذاری بر روی منافع دیگر را از دست می‌دهد. این ضرر که در نزد اقتصاددانان به «هزینه فرصت»^۲ مشهور است،^۳ در تبیین و توجیه نظریه نقض کارآمد، به حد کافی محور توجه قرار نمی‌گیرد. ج) ایراد تعارض با قواعد اخلاقی: یکی از معایب اساسی نظریه نقض کارآمد زیر پا گذاشتن ارزش‌های اخلاقی است. حذف نیروی اخلاق از قلمروی قراردادها، کارایی نظام قراردادی را کاهش می‌دهد؛ زیرا دعاوی را زیاد می‌کند و این امر هزینه‌های زیادی دارد؛ در حالی که درونی کردن وفاداری به تعهد، بر مبنای اخلاق، بدون هزینه است. پذیرش نظریه نقض کارآمد موجب می‌شود که طرفین از ابزارهای غیرقراردادی پرهزینه برای تأمین پابندی به تعهد استفاده کنند.^۴

ریچارد پازنر با اینکه یکی از طرفداران اصلی نظریه نقض کارآمد است، در چاپ چهارم کتاب *تحلیل اقتصادی حقوق* می‌نویسد: «در صورتی که نقض قرارداد فرصت‌طلبانه باشد و متعهد تنها برای بردن امتیاز و سود بیشتر، 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 [حاصله از نقض] است که می‌تواند با بی‌ارزش کردن چنین رفتاری برای متعهد، از وقوع آن جلوگیری نماید.»^۵

1. Time is opportunity.

2. Opportunity cost

۳. برای آگاهی بیشتر در مورد مفهوم هزینه فرصت ر.ک: دادگر، یداله، *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*، تهران: آماره، ۱۳۹۱، ص ۳۰؛ منکیو، گریگوری، *نظریه اقتصاد خرد*، ترجمه دکتر حمیدرضا ارباب، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، ص ۶.

۴. انصاری، پیشین، ص ۴۹.

5. Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 4th Edition, Little, Brown and Company, 1992, pp 117 – 118.

در خصوص این ایراد که پذیرش خسارت مبتنی بر نفع عایدی، منجر به دلسرد شدن فعالان عرصه اقتصادی و تجاری می‌گردد و همین‌طور ممکن است منتهی به افزایش حق بیمه‌ها شود، نیز باید گفت که هیچ‌یک از این ایرادات وارد به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اولاً یکی از شرایط مطالبه خسارات مبتنی بر نفع عایدی این است که نقض، عمدی و فرصت‌طلبانه باشد و اصولاً نقض عمدی مورد بیمه قرار نمی‌گیرد که منتهی به افزایش حق بیمه گردد و ثانیاً در خصوص تعیین حق بیمه‌ها چیزی که مد نظر قرار می‌گیرد، جبران خسارات وارده است. بنابراین جبران خسارت در مرحله اول محدود می‌شود به خسارات وارده، نه نفع به دست آمده. عیناً به همین دلایل، مطالبه این نوع از خسارات، تأثیر قابل توجهی بر سرد شدن فعالیت‌های تجاری و اقتصادی نیز نخواهد داشت؛ زیرا همان‌طور که مطرح گردید، مطالبه خسارت با تمسک به این ضابطه، محدود به شرایط استثنایی بوده و عمدتاً در مورد نقض عمدی قرارداد قابل تصور و توجیه است.

در مورد این ایراد که مطالبه خسارات مبتنی بر نفع عایدی منتهی به ایجاد ثروت بادآورده و داراشدن ناعادلانه برای خواهان می‌شود، نیز باید گفت که این ایراد هم وارد به نظر نمی‌رسد؛ چراکه علت پس دادن منافع به خواهان این است که این منافع مستقیماً در نتیجه نقض قرارداد با خواهان به دست آمده است؛ بنابراین، دادن منافع به خواهان بدون سبب نخواهد بود. همچنین ادعا شده بود که مردم تمایلی به مطالبه این نوع از خسارات ندارند؛ در حالی که علت عدم مطالبه، بی‌میلی خواهان نیست، بلکه علت این است که معمولاً خواهان (متعهدله) اطلاعی از میزان منافع به دست آمده برای خوانده (ناقص) ندارد و در مواردی که خسارت ندیده باشد، ریسک اقامه دعوا و اثبات میزان منافع حاصله را با لحاظ عدم قطعیت اثباتی آن نمی‌پذیرد؛ اما چنانچه متعهدله از میزان منافع حاصله از نقض برای خوانده آگاهی یابد و امکان صدور حکم به رد چنین منفعی، در مقام دعوی خسارت وجود داشته باشد، بدون تردید ممکن است در موارد مقتضی برای بازپس‌گیری این منافع اقامه دعوا نماید.

در ارتباط با ایراد برخورد نامناسب با خوانده (متعهد) هم باید گفت که اولاً اهمیت مهارت‌ها و تلاش خوانده (متعهد) به بحث تخصیص منافع مربوط می‌شود نه امکان اعمال ضابطه خسارات مبتنی بر نفع عایدی؛ ثانیاً در هنگام محاسبه، میزان تلاش و مهارت‌های خوانده در مواردی که این مهارت‌ها مؤثر در تحصیل منافع باشد، مد نظر قرار گرفته و مؤثر در احتساب منفعی است که با اعمال این ضابطه باید به متعهدله زیان دیده رد شود.

اما در مورد ایراد آخر، یعنی عدم قابلیت اعمال قاعدهٔ تقلیل خسارت در فرض اعمال این ضابطه، در ابتدا باید موقعیت این دو مفهوم را مدنظر قرار داد: خسارت عایدی از نقض، ضابطه‌ای برای ارزیابی خسارت در موارد خاص است؛ درحالی‌که قاعدهٔ تقلیل خسارات، یک محدودیت برای جبران خسارت قراردادی است. با لحاظ این نکته، دلایل زیر در تحلیل این ایراد ممکن است راهگشا باشد: ۱. مطابق یک رویکرد، قاعدهٔ تقلیل خسارت در این مورد غیر قابل اجرا^۱ خواهد بود؛ زیرا قاعدهٔ تقلیل خسارت مفاداً ناظر بر اتخاذ اقدامات متعارف و معقول از ناحیهٔ زیان‌دیده برای کاستن زیان وارده به خویش است و لذا اساساً در جایی مطرح می‌شود که خسارتی در میان باشد تا متعهدله زیان‌دیده از نقض از گسترش آن جلوگیری نماید.^۲ این در حالی است که در مقام تمسک به ضابطهٔ خسارات مبتنی بر نفع عایدی، خواهان یا اصلاً زیانی ندیده یا زیان وارده به خویش را مبنای مطالبه و احتساب خسارت ناشی از نقض قرار نداده است که بخواهد مطابق قاعدهٔ تقلیل خسارت، آن را تخفیف دهد؛ پس قاعدهٔ تقلیل در این مورد قابل اعمال نیست و موضوعیتی نخواهد داشت. ۲. مطابق رویکرد دیگر، با اعمال قاعدهٔ تقلیل خسارات، خساراتی که با اتخاذ اقدامات معقول و متعارف توسط خواهان (متعهدله) قابل اجتناب بوده، باید از منافع حاصله از نقض کسر و مابقی منافع به خواهان رد شود.^۳ اشکال این نظر این است، همان‌طور که مطرح گردید، در فرض اعمال این ضابطه، اساساً خسارت وارده به خواهان واجد موضوعیت نیست تا تقلیل آن با اتخاذ اقدامات معقول محلی از اعراب داشته باشد. بنابراین کاستن میزان معینی از مجموع منافع حاصله از نقض، با تمسک به اینکه این میزان قابلیت اجتناب را داشته، اساساً واجد موقعیت به نظر نمی‌رسد.^۴ ۳. مطابق رویکرد سوم، رعایت قاعدهٔ تقلیل خسارات، لازمهٔ اعمال ضابطهٔ خسارات مبتنی بر نفع عایدی است،^۵ درست همان‌طور که در مطالبهٔ خسارات جبرانی، اعمال این قاعده، البته با توجیهات حقوقی متفاوت در نظام‌های حقوقی مختلف، غالباً در احتساب میزان خسارت قابل جبران مدنظر است.^۶ از دید اقتصادی، اهمیت مطلب آن است که در نظر گرفتن قاعدهٔ تقلیل خسارت در احتساب میزان خسارت قابل جبران، به تخصیص کارآمد

1. Mitigation inapplicable
 2. Roberts, Caprice. L, Op.cit, p 172.
 3. Mitigation reduction
 4. Roberts, Caprice. L, Op.cit, p 173.
 5. Mitigation prerequisite
 6. Roberts, Caprice. L, Op.cit, p174.

منابع و جلوگیری از اتلاف آن کمک می‌کند. البته در این دیدگاه، تقلیل در بردارنده دو مفهوم مثبت و منفی است. به عنوان مثال، اگر خواهان اعلامیه‌ای مبنی بر نقض متوقع اجرای تعهد قراردادی از جانب خواننده دریافت نماید، نباید هیچ اقدامی به منظور ایجاد خسارت بیشتر انجام دهد. یعنی خواهان اصولاً و دست‌کم در صورت پذیرش نقض متوقع، باید هرگونه اقدام بیشتر در راستای اجرای قرارداد را متوقف نماید. این مثال به جنبه منفی قاعده تقلیل خسارت اشاره دارد، در حالی که در جنبه مثبت قاعده، خواهان باید اقداماتی متعارف (به طور مثبت و با انجام فعل) انجام دهد تا جلوی خسارت بیشتر را بگیرد؛ مثلاً اقدام به انجام معامله جایگزین نماید.^۱ در خصوص خسارات مبتنی بر نفع عایدی، تقلیل مثبت خسارت معنایی ندارد؛ چون اصلاً خسارتی در میان نیست تا با اقدام مثبت خواهان کاهش پیدا نماید. اما به نظر می‌رسد تقلیل منفی (یعنی انجام ندادن اموری که به جلب بیشتر منافع برای ناقض بینجامد) امکان‌پذیر باشد و به عقیده برخی، در مقام تمسک به این ضابطه ارزیابی خسارت، بعد منفی قاعده تقلیل خسارات به معنایی که تبیین شد، باید مدنظر قرار گیرد.

بنابراین اگرچه در سطح تئوریک ممکن است تعارضات قابل ملاحظه‌ای میان قاعده تقلیل زیان و ضابطه خسارت مبتنی بر منافع حاصله از نقض وجود داشته باشد، در سطح عملی راهکارهایی برای رفع این تعارضات ارائه شده که به نظر راهگشا و رافع مشکل تمسک به این ضابطه ارزیابی خسارت است.

۲. قابلیت پذیرش ضابطه «خسارات مبتنی بر نفع عایدی ناقض قرارداد» در نظام حقوقی ایران

در هیچ‌یک از قوانین و مقررات موجود در نظام حقوقی ما - چه در خصوص حوزه خسارات و چه حوزه مالکیت‌های فکری - اشاره‌ای به ضابطه رد منافع تحصیل شده از نقض و خسارات مبتنی بر نفع عایدی نشده است. به علاوه، ایران نه عضو سازمان تجارت جهانی است و نه موافقت‌نامه تریپس را امضا کرده است؛ پس نمی‌توان این موافقت‌نامه را بر اساس ماده ۹ قانون

1. Ibid, PP 155, 156.

مدنی در حکم قانون داخلی دانست و از ملاک‌های آن برای ارزیابی خسارات در موارد خاص استفاده نمود.

با این حال، برخی از نویسندگان^۱ معتقدند که می‌توان احکام مشابه این ضابطه را در حقوق ایران مشاهده کرد. به نظر این گروه از نویسندگان، مبنای استرداد به معنای خاص، نظریه دارا شدن ناعادلانه است و این نظریه بر اساس ماده ۳۱۹ قانون تجارت و مواد ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی پذیرفته شده است. همچنین برای استرداد و اعاده‌ای که مبنای آن خطاست، می‌توان از قاعده اولویت کمک گرفت؛ با این توضیح که وقتی کسی بدون تقصیر و خطا از مال دیگری استفاده کرده و منتفع شده، مکلف به استرداد آن است (در بحث استیفای مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ ق.م). به طریق اولی اگر منافع تحصیل شده ناشی از خطا (نقض قرارداد) باشد، مکلف به استرداد خواهد بود. در جای دیگری^۲ بحث ضمان منافع مستوفات و غیر مستوفات در غصب و آنچه در حکم غصب است، در مقایسه با ضابطه رد منافع تحصیل شده، مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است.

در هر حال، تفاوت‌های مهمی این دو نهاد را از خسارات مبتنی بر نفع عایدی و ضابطه استرداد منافع تحصیل شده از نقض مجزا می‌کند. مهم‌ترین تفاوتی که میان رد منافع حاصل شده از نقض و نهادهای غصب و استیفا وجود دارد، این است که در بحث غصب و استیفا، برای تعیین میزان منافع استفاده شده، ارزش نوعی منافع به عنوان اجرت‌المثل در نظر گرفته می‌شود، صرف نظر از اینکه میزان منافع واقعی حاصل شده برای خواننده چقدر بوده است. در حالی که در ضابطه رد منافع حاصله از نقض، آنچه که مورد حکم به استرداد قرار می‌گیرد، میزان منافی است که خواننده واقعاً از آن منتفع شده است، هر چند که کمتر یا بیشتر از اجرت‌المثل آن مال باشد.

تفاوت دیگر آنکه در بحث رد منافع، اگر دانش، تخصص، مهارت یا نوآوری خواننده در ایجاد منافع دخیل بوده باشد و یا خواننده برای تحصیل منفعت هزینه‌های مختلف اداری، قانونی، مالی و

۱. عیسائی تفرشی، محمد، محمد شاه محمدی و محمود صادقی، **استرداد سود تحصیل شده توسط ناقض در اثر نقض ضابطه‌ای برای جبران خسارت ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری**،

پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، سال ۱۳۹۱، شماره ۱، صص ۱۵۲-۱۵۳.

۲. نعیمی، هادی، «خسارات قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی در حقوق ایران، انگلیس و ایالات متحده امریکا»، رساله دکتری حقوق خصوصی، به راهنمایی دکتر میر حسین عابدیان، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال ۱۳۹۳، صص ۲۵۴-۲۵۵.

مالیاتی و ... را متحمل شده باشد، در زمان محاسبه، دادگاه این موارد را از منافع حاصله کسر کرده، حکم به رد مابقی به خواهان می‌نماید؛ در حالی که در بحث غصب و استیفا، این نکات به دلایل کاملاً واضح، در مرحله صدور رأی و محاسبه منافع مدنظر قرار نمی‌گیرد.

تفاوت بعدی آن است که برای اعمال ضابطه رد منافع حاصله از نقض، عنصر عمد یا سوءنیت لازم است؛ در حالی که در استیفا، عمد یا سوءنیت مطرح نیست و شخص ممکن است حتی بر اساس اذن صریح یا ضمنی مالک از مال غیر استفاده نموده باشد. در برخی از مواردی که در حکم غصب هستند، نیز ممکن است اثری از عنصر عدوان و سوءنیت وجود نداشته باشد و شخص بدون آگاهی بر مال دیگری استیلا پیدا کرده باشد. اما با این حال، چنین شخصی، به لحاظ اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز قانونی^۱، در حکم غاصب بوده و از جمله، ضامن منافع هم خواهد بود. همچنین در بحث غصب، ضمان غاصب به منافع غیرمستوفات هم تسری دارد؛ درحالی که در بحث رد منافع حاصله از نقض، خواننده صرفاً مکلف به رد منافی است که واقعاً برای او حاصل شده است.

بنابراین، همان‌طور که مطرح شد، ضابطه رد منافع حاصل شده از نقض، به طور صریح در نظام حقوقی ما پیش‌بینی نشده و مصادیقی هم که برای آن در نظام‌های حقوقی دیگر مطرح شده است، در نظام حقوقی ما وجود ندارد. مع‌الوصف به نظر می‌رسد ممانعی هم برای پذیرش و اعمال آن در موارد خاص و استثنایی وجود ندارد. علاوه بر دلایلی که به طور کلی برای قابلیت پذیرش این ضابطه مطرح گردید، می‌توان دلایلی را هم مطرح نمود که بر اساس آنها پذیرش این نوع ضابطه در نظام حقوقی ایران با ممانعی مواجه نبوده و اتفاقاً پذیرش آن در برخی از موارد برای جبران مناسب، کارآمد و عادلانه خسارات ضروری است:

۱. در قوانین ایران (از جمله قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی) ضابطه مشخصی برای ارزیابی خسارات از جانب قانون‌گذار ارائه نشده، بلکه به موجب ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، تعیین میزان زیان و طریقه جبران و کیفیت جبران با توجه به اوضاع و احوال هر قضیه به دادگاه محول شده است. بنابراین اصولاً و به طور کلی، مانعی قانونی بر سر راه پذیرش این ضابطه، در موارد مقتضی به نظر نمی‌رسد.

۱. قسمت اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی.

۲. منافی که از نقض قرارداد برای ناقض حاصل می‌شود، به صورت مشروع و قانونی به دست نیامده است، پس بقای این منافع در ید ناقض خود می‌تواند از مصادیق داراشدن ناعادلانه باشد. بر اهل نظر پوشیده نیست که این قاعده با آثار و تبعات آن در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است.

۳. کارآمدی نظام مسئولیت قراردادی در هر نظام حقوقی در این است که نقض را برای ناقض سودمند نکند. اگر قوانین یک کشور در حوزه خسارات به گونه‌ای باشد که نقض برای ناقض سودآور شود، طبیعتاً خود قانون ترویج‌دهنده نقض قرارداد و از بین برنده ثبات و استحکام آن خواهد بود. عدم پذیرش این ضابطه حداقل در برخی مصادیق - به خصوص در حوزه مالکیت‌های فکری - نقض را برای ناقض سودآور خواهد کرد و این با هدف مترتب بر یک نظام کارآمد مسئولیت قراردادی در تضاد است و قوانین ما را در حوزه خسارات ناکارآمد می‌کند. این ناکارآمدی قوانین، ضمن آنکه هزینه‌های بسیار زیادی را بر جامعه تحمیل می‌کند، فرصت سرمایه‌گذاری‌های داخلی و خارجی و پیشرفت و توسعه اقتصادی را هم از جامعه سلب می‌کند.

در نهایت، حتی اگر با وجود تمامی دلایل مطرح شده، باز تردید داشته باشیم که منافع حاصله از نقض باید در ید ناقض باقی بماند یا به زیان دیده مسترد شود، با توجه به مجموع مطالب مطرح شده، هم از بُعد حقوقی، هم از بُعد اقتصادی و هم از بُعد اخلاقی ترجیح بر این است که این منافع در اختیار زیان دیده از نقض قرار گیرد تا هزینه نقض قرارداد برای ناقض افزایش یابد و با حذف انگیزه نقض، او را از اندیشه نقض قرارداد بازدارد.

در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که پذیرش این ضابطه در مقام ارزیابی خسارات، حداقل در برخی موارد، ضرورتی انکارناپذیر به نظر می‌رسد و چنانچه این ضابطه پذیرفته نشود، جبران خسارت مناسب، عادلانه و کارآمدی صورت نخواهد گرفت. مع الوصف نباید از نظر دور داشت که این ضابطه ارزیابی صرفاً در موارد استثنایی قابل تمسک است و نباید به عنوان یک ضابطه عمومی بدان نگریسته شود. این مهم، اهمیت توجه به شرایط ویژه تمسک به این ضابطه در مقام ارزیابی خسارت را دوچندان می‌کند.

نتیجه‌گیری

خسارات مبتنی بر نفع عایدی ضابطه جدیدی در زمینه ارزیابی خسارات محسوب می‌شود. این ضابطه بیشتر در شرایط خاص مورد پذیرش قرار گرفته است. با وجود برخی انتقادات که در مورد پذیرش آن وجود دارد، به نظر می‌رسد که پذیرش و اعمال این ضابطه در موارد خاص منتهی به نتایج عادلانه و نیز کارآمدی نظام مسئولیت قراردادی خواهد شد.

با بررسی و تحلیل ابعاد حقوقی، اقتصادی و اخلاقی مدنظر در خصوص این ضابطه، می‌توان به این نتیجه رسید که دست‌کم در برخی موارد، همچون زمانی که خواهان ضرر ملموسی از نقض متحمل نشده است یا زیان وارده در زمره ضررهای قابل جبران در نظام حقوقی نیست و یا نشان دادن ضرر حاصله از نقض، مواجه با مشکلات اثباتی است و در عین حال، ناقض از محل نقض منافع قابل توجهی تحصیل کرده که میزان آن بسیار بیشتر از زیانی است که خواهان واقعاً متحمل شده است، استفاده از معیارهای معمول خسارات جبرانی ناکافی، ناعادلانه و ناکارآمد به نظر می‌رسد. در چنین مواردی، پذیرش ضابطه رد منافع حاصله از نقض، برای ارائه یک طریقه جبرانی مناسب و عادلانه از یک سو و حذف انگیزه ناقض برای نقض و جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه او از سوی دیگر، همچنین به واسطه افزایش کارایی قراردادی و حداکثر کردن ثروت در جامعه، کاهش هزینه‌های مذاکره، انعقاد و اجرای قرارداد و افزایش اطمینان در روابط قراردادی ضروری به نظر می‌رسد.

با توجه به آثار و ابعاد حقوقی و اقتصادی پذیرش این ضابطه در ارزیابی خسارات، می‌توان پیشنهادات زیر را مطرح نمود:

۱. به لحاظ سیاست تقنینی، با توجه به اینکه این ضابطه یک ضابطه استثنایی و ثانویه است و از همین رو ممکن است نیازمند تصریح قانون‌گذار باشد، به‌صراحت در اصلاحات بعدی قانون‌گذاری به این نوع ضابطه ارزیابی و شرایط، حدود و قلمروی آن در یک نظام جامع مسئولیت قراردادی تصریح شود.

۲. به لحاظ سیاست قضایی نیز با توجه به اینکه هیچ منعی در خصوص اعمال این ضابطه در مقررات فعلی حقوقی وجود ندارد، پیشنهاد می‌شود قضات در رسیدگی‌های قضایی، در موارد خاص و استثنایی که تمسک به ضوابط معمول در خسارات جبرانی منتهی به نتیجه کارآمد، مناسب و عادلانه نمی‌شود، با اختیار حاصل از ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی از این ضابطه در ارزیابی خسارات و تعیین میزان آن استفاده نمایند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. دادگر، یداله، *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*، تهران: انتشارات آماره، سال ۱۳۹۱.
۲. منکیو، گریگوری، *نظریه اقتصاد خرد*، ترجمه: دکتر حمیدرضا ارباب، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۳.

مقاله

۳. انصاری، مهدی، *نظریه نقض کارآمد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی در حقوق*، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، بهار ۱۳۹۰، شماره ۱.
۴. عیسائی تفرشی، محمد، محمدشاه محمدی و محمود صادقی، *استرداد سود تحصیل شده توسط ناقض در اثر نقض ضابطه‌ای برای جبران خسارت ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری*، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، سال ۱۳۹۱، شماره ۱.

پایان نامه و رساله

۵. نعیمی، هادی، «خسارات قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی در حقوق ایران، انگلیس و ایالات متحده امریکا»، رساله دکتری حقوق خصوصی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال ۱۳۹۳.

ب) منابع انگلیسی

Books

6. Cooter, Robert & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Sixth Edition, Pearson, (2010).
7. Harrison, Jeffrey L., *Law and Economics in a Nutshell*, 4th Edition, Thomson, West Publishing, (2007).
8. Kronman, Anthony & Posner, Richard, *The Economic of Contract Law*, Boston: Toronto: Little Brown & Co, (1975).
9. Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 4th Edition, Little, Brown and Company, (1992).

Articles

10. Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economic*, vol: 3, (1960).
11. Dagan, Hanoch, "Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory", *Theoretical Inquiries in Law*, vol: 1:115, (2000).
12. DeLong, Sidney, w, "The Efficiency of a Disgorgement as a Remedy for Breach of Contract", *Indiana Law Review*, vol: 22, no:3, (1989).
13. Farber, Daniel. A, "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract", *Virginia Law Review*, vol: 66, (1980).
14. McCamus, John D., "The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment", *Canadian Bar Review*, vol: 92.2, (2011).
15. Rickett, Jessica, "Disgorge for Breach of Contract: my loss, your gain", *Auckland University Law Review*, vol: 9, (2000).
16. Roberts, Caprice L., "Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol: 42, (2008).
17. Siems, Mathias, "Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis", *Edinburgh Law Review*, Vol: 7, (2003).
18. Walker, Paul. A, "Change of Position and Restitution for Wrongs: 'NE'ER THE TWAIN SHALL MEET'?" *Melbourne University Law Review*, vol: 33, (2009).