



---

## Liability adjustment and increasing caution in contract execution in Efficient Breach theory in French Reform of the law of obligations, Iran, and Common law

**Jalal Sultan Ahmadi<sup>1</sup>**

Ph.D. in Private Law, Tarbiat Modares University, Associate Professor, Faculty of Law Payame Noor University, Tehran, Iran.

**Zahra Vatani<sup>2</sup>**

Ph.D. in Islamic Jurisprudence and Law, Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Imam Khomeini and Islamic Revolution Research Institute, Tehran, Iran.

**Masoumeh Zamanian<sup>\*3</sup>**

Graduated Masters Degrees from the Department of International Law, Faculty of Law Payame Noor University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

Received: 2022/07/01

Revised: 2023/01/06

### ABSTRACT

The concept of the efficient breach is made of fundamental modifications within the regulation of responsibilities and the substitute of the system of ethical utilitarianism with a system based on value originality. And considers the idea of contract regulation now no longer as "obligatoriness of contracts", however as "necessity of acquiring the preferred contract", that is inevitable if the contract is acquired through executing the contract. And if its miles occurred through the breach, breach of contract isn't simplest disgusting, however commendable and possibly necessary, and "efficiency" is the criterion for being based on one in every of methods. In present-day criminal perspectives, it's miles a remember of "credit" that "shipping the authentic thing " is one of the methods to obtain it. Also, the obligation of

---

1- [j.soltanahmadi@pnu.ac.ir](mailto:j.soltanahmadi@pnu.ac.ir)

2- [vatani@ri-khomeini.ac.ir](mailto:vatani@ri-khomeini.ac.ir)

3- Corresponding Author: [m.zamanian@student.alzahra.ac.ir](mailto:m.zamanian@student.alzahra.ac.ir)

making the "desirable" isn't completely at the obligor, and the obligee is needed to participate withinside the choicest provision of the contract because of intervening withinside the contract. In addition, it isn't simplest for the parties who're withinside the scope of the results of the transaction, however, additionally, a third party, relying on the circumstances, may input into this variety and be responsible beneath neath this agreement. The purpose of the prevailing study withinside the Iranian legal system is to use a descriptive-analytical approach to evaluate this concept to the principles and postulates of this legal system. Although before everything look this concept is taken into consideration in opposition to the obligatoriness of contracts and its utility is forbidden, however, in a deeper analysis, the possibility of its utility in this legal system based on jurisprudence isn't ruled out, And preventive liability for breaches will significantly increase economic efficiency.

**Keyword:** Economic Efficiency, Deterrence, Preventive responsibility, Efficient Breach Theory, Compulsory Enforcement, French Reform of the law of obligations, Mitigation of Damages, The principle of ability citation contract.

## INTRODUCTION

With regard to the obligee's need to fulfill his obligations, every contract follows one of two systems: Utilitarian system of ethics or consequentialism (valuing actions based on results and consequences) and the system based on Deontological (valuation based on the conscientiousness of a prudent agent to others and not based on results) Although the seller's need to comply with the initial contract (more generally, the need for the contract) or the ability to breach it, including paying damages to the first buyer and contracting with the second buyer depends on the nature of the prevailing contracting jurisdiction. The theory of effective breach of contract is the permissibility of breach of contract even when at fault and with intent (as far as economically reasonable) as it can be seen as a way of achieving the main objective of contractual rights from an economic point of view (facilitating the fulfillment of the objectives of the contracting parties in an efficient way). In the case of an effective breach of contract, the obligee considers the non-performance of the contract to be more advantageous than its implementation, so that the breach of contract, in addition to sufficient compensation for the damage suffered by the obligee as a result of the breach of contract, also brings benefits to the obligee. In Deontological, contract law system, the seller is required by law and ethics to abide by the terms of the agreement with the first buyer, and the buyer has the right to compel the seller to do so under the "Property Rule." A sales agreement can be reached with a second buyer while still paying the first buyer's damages,

contrary to the Utilitarian system of ethics viewpoint, which allows the seller to breach the agreement with the first buyer in the event of profit. The "Liability Rule" gives the buyer the right of first refusal in this case over the seller.<sup>1</sup> If person C makes a purchase offer, he should present it to the first buyer, who is truly considered the current owner according to the first contract, rather than the seller, who, after the deal, He has no title to the goods, according to the first hypothesis (Calabresi & Melamed, 1972, p. 1089). However, in a system of law based on responsibility, the interests of the buyer are first protected by compelling the seller to pay the buyer compensation if they tend to break the terms of the contract and transfer the products to a third party.

#### **PURPOSE**

This study seeks to answer the question, "How are the objectives of the effective breach theory met in the sphere of preventative liability?" Additionally, this theory was applied to the components and tenets of the Deontological contractual law system, and its potential for application was assessed through a comparison of the legal systems of France, Iran, and America.

#### **METHODOLOGY**

With a descriptive-analytical and comparative approach, the current study examines the viability of effective violation prevention in Deontological legal systems.

#### **FINDINGS**

It is necessary to change the basis for forming a transaction from "tangible property" to "validity" and "desirability" in order to accept this theory and make it current in legal systems like Iran's and France's. Additionally, the validity of the contractual responsibility is for the obligee and the third party (besides the obligee). Because the sale is the reason for the transfer of ownership and requires the seller to deliver the goods to the buyer, as long as "tangible property" is the subject of the transaction, the customer is required to return the purchase price and cannot use a substitute for the original item to uphold the contract. This rule,<sup>2</sup> known in French law as the supplemental principle of the immediacy of the transfer of ownership (as soon as the sale

---

1- According to the Property Rule, taking possession of a right that belongs to another depends on the agreement and transaction with the owner of that right and its valuation is also in the hands of the owner, and others, including the government, do not have the right to interfere in this matter. Now, if a right is violated by a non-owner, the basis for protecting the owner of the right is the rules of civil responsibility, which are responsible for compensating the owner and restoring his former status.

2- Article 1583 of the French Civil Code

contract is finalised), renders the acceptance of an effective infringing licence impossible or at the very least problematic and burdensome (Piedelièvre, 2000, p. 103).

The value of products is not inherent in the theory of utility, which is the outcome of eliminating the distinction between current goods and future goods (promised goods), but rather according to the utility that it has with society and individuals (Aljuzi, 1988, p. 194). Some jurists share this point of view and they consider property as something that has a desire and is desired by both parties (Hosseini Rouhani, 2007, pp. 15–16; Makarem Shirazi, 1998, pp. 22–23). Delivery is not included in the seller's specific responsibilities in this theory because the objective is to realise the projected utility at the lowest possible transaction cost. According to Pareto's superior criterion, if it is more cost-effective for the buyer to supply the desired benefit, then it is in everyone's best interest for the buyer to take on the responsibility of providing the merchandise themselves and pay the seller's costs (Fréchette, 2010, p. 402).

Emphasis on the anticipated contractual sale or desirability rather than the tangible property, solves the issue of the transaction not being completed due to the obligee's failure to execute and it is not essential to break the contract if, after the sale, the seller discovers a better client and wishes to terminate the contractual arrangement with the original buyer. This is due to the fact that, from an economic perspective, this transaction is deemed to be inefficient even if it reaches the execution stage; The tangible good is not given to the second customer, who is willing to pay the highest price for it, and the best method of resource allocation (efficiency) is not achieved. Accepting the license of breach entitles the seller to carry out the terms of the initial agreement through the provision of replacement goods or cash, and sale of the same to the second buyer for a higher price. The property is now owned by the person who values it the most and the seller makes a profit (according to Pareto's optimal criterion – Parner's wealth maximization criterion) (Markovits; Schwartz, 2011, p. 1939; Hoynak, 2010, p. 713). In Article 88 of the Convention, the right to resell goods is provided as damages, which some commentators have considered based on the agency theory (includes both the transfer and non-transfer of ownership of the goods to the customer) (Huet, 2020, N. 11773, p. 572). English law<sup>1</sup> has assigned this provision of the convention to the situation of transfer of ownership and according to paragraph 3 of article 48 of the Law of Sale of Products, approved in 1979, if ownership of the goods has not transferred to the customer as a consequence of the initial sale, the injured party (in this case,

---

1- This claim is supported by the earlier contract termination and the return of the products to the seller's possession.

the seller in this transaction) shall be entitled to as The owner's title will sell it (Schmittoff, 2016, p. 240). Similar to the convention's provision, American law's Article 703-2 of the Uniform Commercial Code (UCC) grants the seller an unrestricted right of resale by failing to distinguish between circumstances in which the customer is not given ownership of the products and those in which he is. In the first instance, the seller is thought to be selling the items as his own, whereas in the second, he is thought to be reselling on the client's behalf (703-2 and 706-2 paragraph F). By comparison, it can be inferred that in English law, the seller has only violated the contract's obligation and not the sale of someone else's property if the buyer has not yet received possession of the goods at the time of the violation. Applying this justification to French and Iranian law yields the same results (Zamanian, 2021, p. 67).

The acknowledgment of credit and transactions built on it will open the door for those "damaged in this type of transactions" to file a contract lawsuit, which is another benefit and a crucial outcome of the effective infringement license. On the other hand, if the opposite is true, the victim of such transactions will only have the power to sue for Civil Liability and will not be able to file a contractual lawsuit.

This is due to the fact that his contract is void according to the law, and there actually isn't a contract according to the law, making it impossible to bring a contract case. To put it another way, the law of contracts (and not just the rules of civil liability) also permits the victim of a credit-based contract breach to recover damages brought on by the failure to complete the transaction, or, in other words, he can assert the special benefit he anticipated from the contract. (Beaston et al, 2010, pp. 539-540)

Additionally, contracts' rights and obligations change when the requirement of contracts is abandoned in favor of the potential of effective violation. Contractual liability<sup>1</sup> is the requirement that the party who violates the agreement pay the other party for any harm done as a result of the violation (Katouzian, 2009, p. 256). According to the conventional view, the

---

1- By viewing contractual damages as "a simple way of performing contractual obligations," a group of French jurists (Rémy, 1997, p. 323) have viewed them as distinct from the idea of responsibility. They also believe that the choice to compensate for the negative effects of breaking an obligation, whether contractual or non-contractual, is a function of the non-contractual liability system (Flour et al, 2002, p. 105). Famous lawyers, on the other hand, believe that such a development disturbs the contractual legal system and that, in light of the principle of non-combination of two responsibilities and their various effects, it is necessary to maintain the distinction between contractual and non-contractual responsibilities. This belief is supported by the judicial process and the amendment to the liability law (Terré et al. al, 2018, no 559).

guarantee of the initial performance of the contract is a mandatory performance, which occasionally makes the legal conduct required of the obligor uneconomical in addition to being costly and at odds with the principle of speed and economic efficiency in business. The next step is to file a damage claim. According to this mechanism, after signing the contract, the obligee must carry out the terms of the agreement, or at the at least, breach them, before the obligator can exercise his rights under the concept of full recompense for damages and no responsibility for preventing the harm. It doesn't violate the agreement or stop further losses (Ribeiro, 2002, p. 306). The primary principle of the law, like that of Iran and France (prior to the Law of Obligations Amendment), is the obligation to perform the obligation; in the event that the obligee breaches the contract, it is customary and even required for the obligee to request that the obligee perform the same obligation (Sadat Akhavi, 2010, p. 56). Therefore, even if the obligor might have avoided the loss by completing the duty, if there is a loss to him as a result of non-performance of the contract, the obligee will always bear the contractual responsibility and will not be held liable. In many instances, this approach results in the obligee acting carelessly and sloppily and in the squandering of resources that the obligee might have avoided if they had exercised responsibility, but no action has been done in this regard (Sadat Akhavi, *ibid*, p. 64). And he can readily seek damages after the contract's main terms are broken, in the period after the obligee's obligation or the moment the obligation becomes impossible, without his actions in this regard being taken into account when determining the extent of the damages.

However, the theory of utility states that in the event of non-delivery, the party at fault is not the obligee but rather the party who had the opportunity to prepare the transaction at a lower cost. The party whose provision of the anticipated contractual benefit might be made at a lower cost is responsible under the contract if harm results from the delay in carrying out the obligation (Friedman, 2010, 46). The chance of receiving complete compensation for the damage is increased if this person is the obligee since he does not have the right to receive any portion of it that would not have occurred absent his negligence. Accepting the principle of damage mitigation - in the sense The duty of the obligee to take all reasonable precautions to limit damages that may result from failure to comply with the obligation (for whatever reason it may have occurred) - that it prevents the damage compensation, which is acknowledged as the next stage of mandatory enforcement, will not benefit the obligee much, will make the effectiveness of the violation more obvious and will make it easier for people to accept the theory of efficient violation.

In traditional legal systems, like those in Iran, Civil Liability is also confined to damages restitution; however, under the common law system, Civil Liability can also include taking steps to prevent future harm. Due to the fact

that many damages are irreparable, rights must find a mechanism to stop them from occurring. Full recompense is more practically possible under common law. Since the loss could have been avoided by adopting reasonable precautions, the victim does not have the right to seek compensation under this principle. Here, in contrast to the prior cases, despite the existence of certain elements of responsibility that, under normal circumstances, prove the violator's duty to compensate for the damages caused by the violation; Due to the Avoidable consequences or the obligee's negligence in reducing the damages (which was customarily possible to do), he is deprived of receiving all or part of the damages, which is known as the rule of reducing the damages, and sometimes even with Principle of Enforceability of the contract,<sup>1</sup> a portion of the duty is transferred to a third person, reducing the obligee's obligation (Cafaggi, 2009, p. 15; McGregor, 2008, p. 331; Terré, 2009, p. 286).

## CONCLUSION

The emergence of new cases and legal schools, such as the American school of economic analysis of law since 1970 and the European school of human rights analysis of obligations, has led to a partial reexamination of the conventional norms of civil liability in several nations, including France. The two rules of "duty to reduce damage" and "third party liability" are both relevant in Iranian law since they do not conflict with the rules and the spirit of Iranian legislation, and both provide blatant examples of efforts to prevent damage. The proof of third party civil and criminal liability depends on the intentionality of the committed act, and it appears that the scope of third party liability with the principle of contractual enforceability in French law

---

1- An term in the legal texts of Iran and France proposed the principle of the "*Enforceability of the Contract*" in the early 20th century to put an end to the extreme interpretation of the rule of "relative impact of the Contract," which is an undefined phrase in Iranian and French legal sources (the subject of Article 1165 of the Islamic Civil Code). According to Cornu's legal culture, this term reflects introspection and reflection of the implications of the contract on society. It is described as follows: The ability of a right, an act (a contract, a vote, etc.), a legal circumstance, or a legal event to inform persons of their actions toward third parties. Naturally, not in the sense that it directly subjects third parties to obligations arising from itself, but rather in the sense that it requires the mentioned individuals to identify any events, rights, or actions that meet the criteria for being cited and requires them to uphold the mentioned cases as components of the legal system and bear their effects (Cornu, 1992, p. 577). The contract's enforceability is closely related to third parties and expresses the system's legal provisions' indirect consequences on those individuals. According to this theory, it is conceivable to use this rule to demonstrate the wrongdoing of one of the contract's parties against a third party or the third party against the contract's parties, establishing the guilty party's civil liability (Viney, 1989, p. 386).

is wider than that in common law given the non-interference of the element of intent in proving third party liability, in contrast to common law.

Effective violation has the ability to apply vision to the developing principles and regulations of the rights of responsibilities and Civil Liability by utilizing all the components of the aforementioned new foundation. Additionally, it has demonstrated a stronger ability to accomplish contractual goals as compared to the conventional viewpoints, which calls for a careful examination. Today, the breach of the effective violation is certain in many legal systems, including those in the Netherlands and Germany, who have independently started to rewrite their laws, and/or the nations that have taken a similar move after joining the European Union. Furthermore, the requirement for efficiency criteria, in addition to the aforementioned regulations, forbids outrageous overuse of this phenomena. Although the legal system in Iran is founded on the idea of "Bindingness or Obligatoriness of Contracts," It is possible to accept "effective breach of contract", and its advantages can be used to enhance contractual rights, by applying the new laws and establishing the standards for the realization of contractual justice.

#### References:

- [1] Aguiar, Anelize slomp (2011), the law applicable to international trade transactions with Brazilian parties, university of Toronto.
- [2] Al-Sanhouri, Abd al-Razzaq Ahmad (1998), Al-Usayt fi Sharh al-Qanun al-Madini al-Jadid, Kitab al-Biy wa Al-Maqayzah, Ch. 4, Beirut, Al-Halabi al-Haqqiyah. (In Arabic)
- [3] Ansari, Mehdi (2011) (a), theory of effective breach of contract from the point of view of the school of economic analysis of law, Law Quarterly, no. 1. (In Persian)
- [4] Ansari, Mehdi (2011) (b), economic analysis of contract law, Tehran, Jangel. (In Persian)
- [5] Ansari, Morteza (1378), Makasab, Qom, Majmaal al-Fikr al-Islami. (In Arabic)
- [6] Atiyah, P. S., Adams, John N., Macqueen, Hector (2010), The Sale of Goods, Pearson Education Canada; 12<sup>th</sup> ed.
- [7] Benedicte Fauvorque-cosson (2015), "Towards an important reform of French civil law". Montesquieu Law Review, No. 3.
- [8] Bentham, Germy (1789), The theory of legislation, Principles of the civil code, at: <http://www.jstor.org>.
- [9] Bergel, J. L. et M. Bruschi et S. Cimamonti (2000), Traité de droit civil: Les biens (sous la direction de J. Ghestin), Paris, L.G.D.J.
- [10] Bloch, P. (1988), Le transfert de propriété dans la vente, RTD civ.
- [11] Bridge, Michael G., ed. (2010), Benjamin's sale of goods. Common law library. Sweet & Maxwell, London.
- [12] BuffelanLanore, Y. et V. Larribau-Terneyre (2017), Droit civil: Les obligations, 15e édition, Paris, Dalloz.
- [13] Cafaggi, F., (2009), Creditor's Fault: In Search of a Comparative Frame,



- EUI Working Papers Law No. 2009/15. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1551825>.
- [14] Calabresi, Guido; Melamed, A. Douglas (1972), Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral, Harvard Law Review: <http://www.jstor.org>.
- [15] Carbonnier, Jean (2000), Droit civil t.4 les obligations, 22<sup>e</sup> ed, Paris, Puf Themis.
- [16] Charpentier, É. (2002), Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme /consensualisme, Les Cahiers de droit, vol.43, n° 2.
- [17] Cooter, Robert; Ulen, Thomas (2011), Law and economics, Pearson Education; 6th edition.
- [18] Cornu, Gerard (1992), "Vocabulaire juridique", Paris, Presses universitaires de France, 3<sup>e</sup> Ed.
- [19] Cunningham, Lawrence A. (2016), Contracts in the Real World Stories of Popular Contracts and Why They Matter, Washington, University Law School, 2<sup>nd</sup> Edition.
- [20] Curtis, L. (1986), Damage measures for bad faith breach of contract: an economic analysis, Stanford Law Review, Vol. 39, No. 1, pp. 161-185. at: <http://www.jstor.org>
- [21] Delahais, Caroline (2016), Réforme du droit des obligations: les effets du contrat à l'égard des tiers, Revue Juridique de l'Ouest, Vol. 2, pp. 71-82.
- [22] Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas; Laithier, Yves-Marie (2018), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2<sup>e</sup> édition.
- [23] Dissaux, Nicolas, Christophe, Jamin (2016), Réforme du Droit des Contrats, Du Régime Général et de la Preuve des Obligations, Paris: Dalloz.
- [24] Dissaux, Nicolas; Jamin, Christophe (2016), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Paris: Dalloz.
- [25] Downe, Alexis (2016), The Reform of French contract law: a critical overview. Revista da Faculdade de Direito-UFPR, Curitiba, vol 61, no 1.
- [26] Eisenberg, M. A., (2005) Actual and virtual specific performance, Vol. 95, California Law Review, pp 975-1050.
- [27] Eisenberg, Melvin, (2004), The theory of efficient breach and the theory of efficient termination, UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY, at: <http://repositories.cdlib.org/berkeley-law-econ/spring2004>.
- [28] Farnsworth, E Allan, (1985), Your loss of my gain? The dilemma of disgorgement principle in breach of contract, Vol. 94, Yale Law Journal, at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol94/iss6/4>
- [29] Ferrier, Nicolas (2015), Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat (Rapport français), La réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes, dir. R. Schulze et alii, Société de législation compare.
- [30] Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc; Savaux, Eric (2002), Les obligations t.1; l'acte juridique; 10<sup>e</sup> ed, Armand Colin.
- [31] François, C. (2018), Présentation des articles 1196 à 1198 de la nouvelle

- sous-section 2, "Effet translatif, La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1. <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reformecontrats/titre3/stitre1/chap4/sect1/ssect2-effet-translatif>
- [32] Fried, Charles, (1981), 'Contract as Promise', Cambridge MA: Harvard University press.
- [33] Friedman, Daniel, (1989), The Efficient Breach Fallacy, The Journal of Legal Studies, Vol 18, No 1.
- [34] Friedman, David (2001), Law and Economy, translated by Piman Shadfar, Economic Magazine, vol. 2. (In Persian)
- [35] Fuller, L. L.; Perdue, William R. (1936), The Reliance Interest in Contract Damages, Vol. 46, No. 1, Yale Law Journal, pp. 52-96.
- [36] Ghestin J.; Loiseau G.; Serinet Y. (2013), La formation du contrat. Tome 1. Le contrat, le consentement. 4<sup>th</sup> ed, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence and Lextenso.
- [37] Gross, B. (1978), Le droit de la vente, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Presses Universitaires de France.
- [38] Guiomard, Pascale (2016), Réforme du droit des obligations - Supplément, Dalloz.
- [39] Gwyn, Julius (1952) "Requirement and Output Contract", Duke Bar journal, Vol. 2, N. 2, pp.180-194.
- [40] Hatzis, Aristides N. (2006), Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?. THE ARCHITECTURE OF EUROPEAN CODES AND CONTRACT LAW, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, pp. 159-191, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=661661>
- [41] Holmes, Oliver Wendell, (1881), Common law, at: [http://biotechlawlsuedu/Books/Holmes/claw\\_chtm](http://biotechlawlsuedu/Books/Holmes/claw_chtm).
- [42] Hosseini Rouhani, Seyyed Mohammad Sadiq (2007), Minhaj al-Faqah, Qom, Anwar al-Mahdi. (In Persian)
- [43] Hoynak, Bryan (2010), Filing in the blank: Defining Breaches of Contract Excepted from Discharge as Willful and Malicious Injuries to Property under 11 U.S.C. 523(a) (6), WASH. & LEE L REV.693, V. 67.
- [44] Huet, J. (2020), Responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle: essai de delimitation des deux orders de responsabilite, Editeur: Éditions Panthéon-Assas, These Paris II (1978), LGDJ.
- [45] Hullicki, Maciej (2009), "Current statutes of private enforcement in the United States and the European Unions", Jagiellonian University.
- [46] Imami, Seyyed Hasan (1992), Civil Rights, Tehran, Islamia. (In Persian)
- [47] Izanlou, Mohsen (2003), Limiting and Abrogating Terms of Liability in Contracts, Tehran, Inteshar. (In Persian)
- [48] Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2002), Extended in Legal Terminology, Tehran, Ganj Danesh. (In Persian)
- [49] Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2009), Encyclopaedia of Civil and Business Laws: Laws of Obligations and Contracts, Tehran, Ganj Danesh.

- (In Persian)
- [50] Joseph. D (1999), “Chitty on Contracts”, Vol. 2, Twenty– Eighth Edition, London, Sweet & Maxwell.
- [51] Kant, Immanuel (1994), General introduction to the metaphysic of morals, The great books.
- [52] Katouzian, Nasser (1995), Civil Rights: Obligations outside the contract (forced guarantee), Tehran, University of Tehran. (In Persian)
- [53] Katouzian, Nasser (1996), Civil Rights; Exchange transactions - ownership contracts: sale - barter - lease - loan, Tehran, Intesharat. (In Persian)
- [54] Katouzian, Nasser (2001), General Rules of Contracts, Tehran, Sahami. (In Persian)
- [55] Katouzian, Nasser (2021), Civil Law in the Current Legal Order, Tehran, Mizan. (In Persian)
- [56] Khandouzi, Seyed Ehsan (2007), Economic criteria in new legislation, Majles and Research Magazine, year 13, no. 54. (In Persian)
- [57] Khoi, Saydabul al-Qasim (1958), Misbah al-Faqaha fi al-Maamalat, Qom, Vejdani. (In Arabic)
- [58] Kuchhal, M. C. (1999), ‘Business Law’, Third Revised Edition.
- [59] Lahav, Gil (2000), A Principle of Justified Promise - Breaking and its Application to Contract Law, Vol. 57, N.Y.U. Annual Survey of American Law, pp. 163-178.
- [60] Laithier, Yves-Marie (2004), Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, Paris, L.G.D.J.
- [61] Lajugie, Joseph (1988), Les doctrines économiques, translated by Jahangir Afkari, Tehran, Islami. (In Persian)
- [62] Lecourt, Arnaud (2016), Fiches de droit des obligations, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Ellipses.
- [63] Lianos, Ioannis (2015), “Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe”, CLES Researchers Paper, University College London - Faculty of Laws; HSE -Skolkovo Laboratory for Law and Developm.
- [64] Mainguy, Daniel, (2004), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, Université de Montpellier, RTDciv.
- [65] Makarem Shirazi, Nasser (1957), Anwar al-Faqah (Kitab al-Baya), Qom, Imam Ali School (AS). (In Arabic)
- [66] Markesinis, B and Unberath, H and Johnston, A. (2006), The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Oxford, Hart Publishing, (2ed).
- [67] Markovits, Daniel; Schwartz, Alan (2011), The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest, V. 97, Virginia LR
- [68] Mattei, Ugo, (1995), The comparative law and economics of penalty clauses in contracts, journal of comparative law, Vol. 43, The American Journal of Comparative Law. At: <http://www.jstor.org>.
- [69] Mazeud, H., J. et L. (1987), Leçons de droit civil, Tome 3 (Vente et échange), 7<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien.

- 
- [70] McGregor, QC. Harvey (2008), *The Role of Mitigation in the Assessment of Damages*, Book Chapter: (Contract Damages, Domestic and International Perspectives), Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington (Eds), Hart Pub.
- [71] Morgan, Jonathan (2013), *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law (Law in Context)*, Cambridge University Press; 1<sup>st</sup> edition.
- [72] Najafi Khansari, Musa bin Muhammad (2000), *the recitations of Muhammad Hossein Naini*, Manieh al-Talib, Qom, Islamic Publishing House. (In Arabic)
- [73] Piedelièvre, S. (2000), *Traité de droit civil: La publicité foncière* (sous la direction de J. Ghestin), Paris, L.G.D.J.
- [74] Pirhadi, Mohammadreza (2007), *transfer of ownership in the contract of sale*, Tehran: Shalizeh. (In Persian)
- [75] Posner, Richard (2014), *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer Law & Business; 9<sup>th</sup> edition
- [76] Poulique, C. (2000), *Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats*, *Revue juridique de l'Ouest*, n° 4.
- [77] Qasim, Mohammad Hassan (2007), *Al-Qunun al-Madani (Al-Aqood al-Masmah)*, Beirut, Al-Halabi Al-Haqwiyyah Charters. (In Arabic)
- [78] Rémy, Philippe (1997), *La Responsabilité Contractuelle: Histoire d'un faux Concept*, *RTD civ*, 7<sup>e</sup> éd.
- [79] Ribeiro, Robert (2002), *Damages and Other Remedies for Breach of Commercial Contracts*, Great Britain, Thorogood.
- [80] Roger LeRoy Miller & Gaylord A. Jentz (2011), *Business Law Today: The Essentials*, USA: South - Western Cengage Learning.
- [81] Rühl, Giesela (2007), *Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency*, *Law research institute research paper series, CLPE Research Paper*, Vol. 03 No. 1.
- [82] Sadat Akhavi, Seyed Mohsen; Kashani, Mahmoud (2008), *the obligation of the victim to reduce the damage with an emphasis on English and American law*", *Journal of Social and Human Sciences of Shiraz University*, Vol. 17, No. 1. (In Persian)
- [83] Safaei, Seyed Hossein (2013), *Civil Law and Comparative Law (Collection of Articles)*, Tehran, Mizan. (In Persian)
- [84] Safai, Hossein; Rahimi, Habib Elah (2010), *Civil liability (non-contractual obligations)*, Tehran, Samt. (In Persian)
- [85] Safai, Seyyed Hossein (2006), *Civil Laws Preliminary Course, General Rules of Contracts*, Tehran, Mizan. (In Persian)
- [86] Sami Zaki, M. (1986), *Le formalisme conventionnel: illustration de la notion de contratcadre*, *Revue Internationale de droit comparé*. Vol. 38, N°4.
- [87] Samuelson, Paul Anthony (2005), *Economics*, translated by Morteza Mohammad Khan, Tehran, Elmi Farhangi. (In Persian)
- [88] Schmittoff, Clive M. (2017), *International Trade Laws* (translated by Behrooz Akhlaghi), Tehran, Samit. (In Persian)

- 
- [89] Séminar risques (2006), assurances, responsabilité, réparations du prejudice corporel et équite. at: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- [90] Shadour, Abdul Hadi (2019), The Collection of Unanimous Decisions of the Supreme Court (Legal and Criminal), Tehran, Jangel. (In Persian)
- [91] Shahidi, Mehdi (2009), Civil Laws 1 - Formation of contracts and obligations, Tehran, Majd. (In Persian)
- [92] Shahidi, Mehdi (2010), Works of Contracts and Commitments, Tehran, Majd. (In Persian)
- [93] Shahidi, Mehdi (2020), Civil Rights 6 - Certain Contracts 1, Tehran, Majd. (In Persian)
- [94] Symeonides, Symeon (2010), Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective, Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven International Publishing. Printed in The Netherlands.
- [95] Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1947), Makasab Margin, Qom, Ismailian. (In Arabic)
- [96] Taheri, Habibullah (1997), Civil Law, Vol. 4, Qom: Islamic Publications. (In Persian)
- [97] Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves (2002), les obligations, 8 éd, Paris, Dalloz.
- [98] Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves; Chénéde, François (2018), Droit civil; les obligations, 12<sup>e</sup> édition, Dalloz.
- [99] Terré. F. (2009), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz.
- [100] Thill, Melanie et al (2014), France (chapter 11), The Private Competition Enforcement Review - France, Law Business Researcher Ltd.
- [101] Treitel, G H, (2003), The law of contract, 11 ed, London, Sweet and Maxwell.
- [102] Trenor, John A. (2018), The Guide to Damages in International Arbitration, (Global Arbitration Review). London: Law Business Research Ltd.
- [103] Uniform Commercial Code (UCC), [www.legislature.mi.gov](http://www.legislature.mi.gov)
- [104] Urvoas, Jean-Jacques (2017), Projet ROJE de Refome de la Responsabilite Civil, Ministère de la justice.
- [105] Valyoun, Reza (2001), Selling unbuilt apartments, Law and Policy Research, vol. 4. (In Persian)
- [106] Viney, Geneviève (2019), Introduction à la responsabilité, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> édition.
- [107] Viney, Genevieve; Jourdain, Patrice (2000), les effets de la responsabilité; 2 ed, LGDJ, n.59.
- [108] Viney, Genevieve; Jourdain, Patrice (1998), Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, 2 éd, Paris, LGDJ.
- [109] Youssef Al-Hakim, Jack (1988), Al-Aqud al-Shaa'a o Al-Masmaa (Aqd al-Bay'), Damascus, Manuscripts. (In Arabic)
- [110] Zamanian, Masoumeh (2021), evaluation and compensation in international commercial contracts, master's thesis in the field of international law, Law School of Payam Noor University, South Tehran. (In Persian)

مقاله پژوهشی

## تعدیل مسؤولیت و افزایش میزان احتیاط در اجرای قرارداد در نظریه نقض کارآمد در اصلاحات قانون تعهدات فرانسه و حقوق کامن لا و ایران

جلال سلطان احمدی<sup>۱</sup>

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

زهرا وطنی<sup>۲</sup>

دکتری فقه و حقوق اسلامی، استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

معصومه زمانیان<sup>۳\*</sup>

دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۰

### چکیده

نظریه نقض کارآمد محصول تحولات بنیادین حقوق تعهدات و جایگزینی نظام فایده گرایی اخلاقی با نظام مبتنی بر اصالت ارزش است و شالوده‌ی حقوق قراردادها را نه «اصالة اللزوم»، بلکه «لزوم تحصیل مطلوب قرارداد» می‌داند که این مطلوب اگر با اجرای قرارداد حاصل می‌شود، لزوم معامله اجتناب‌ناپذیر است و اگر با نقض محقق شود، نقض قرارداد نه تنها ناپسند نیست، بل که ممدوح و چه بسا ضروری است و «کارآمدی» ملاک مبنای عمل قرار گرفتن یکی از این دو راه است. در دیدگاه‌های حقوقی نوین، مورد معامله «اعتبار» است که «تسلیم عین» یکی از طرق تحقق آن است. هم‌چنین مسؤولیت ایجاد «مطلوب» صرفاً بر عهده‌ی متعهد نبوده و متعهدله نیز به حکم دخالت در قرارداد، ملزم به شراکت در تامین مطلوب قرارداد است. و علاوه بر طرفین گاه ممکن است ثالث نیز به تفاوت شرایط و احوال وارد این بازه شده و به موجب این قرارداد واجد مسؤولیت گردد. تحقیق حاضر با روش توصیفی-تحلیلی، و در پی پاسخ به این سوال که

1- j.soltanahmadi@pnu.ac.ir

2- vatani@ri-khomeini.ac.ir

3- Corresponding Author: m.zamanian@student.alzahra.ac.ir

«اهداف نظریه نقض کارآمد در حوزه مسؤولیت پیشگیرانه چگونه بر آورده می‌شود؟» به تطبیق این نظریه با ارکان و مسلمات این نظام حقوقی می‌پردازد. علی‌رغم این که در نگاه نخست این نظریه در تقابل با اصالة‌اللزوم تصور شده و بکارگیری آن ممتنع می‌نماید لکن در تحلیلی عمیق تر امکان کار بستش در این نظام حقوقی مبتنی بر فقه، منتفی نیست و مسؤولیت پیشگیرانه‌ی مستفاد از جواز نقض، افزایش چشمگیر کارآیی اقتصادی را در پی خواهد داشت.

**کلید واژه:** کارآیی اقتصادی، بازدارندگی، مسؤولیت پیشگیرانه، نقض کارآمد، اجرای اجباری، اصلاحیه حقوق تعهدات فرانسه، کاستن خسارات، اصل قابلیت استناد قراردادی.

## مقدمه

ضرورت و میزان پابندی به تعهدات مندرج در قراردادها در نظام فایده‌گرایی اخلاقی<sup>۱</sup> یا پیامدگرا (قضاوت اعمال بر اساس نتایج و پیامدها) و نظام مبتنی بر اصالت ارزش<sup>۲</sup> (قضاوت بر اساس وظیفه‌شناسی کارگزار عاقل در برابر دیگران نه بر اساس نتایج) مقابل هم قرار دارند. در دیدگاه اخیر متعهد پس از انعقاد قرارداد، به موجب قانون و اخلاق ملزم به اجرای تعهد است (Kant, 1994, pp. 389-9) و حق نقض قرارداد را ندارد. در این نظریه نتایج، دخالتی در سنجش درستی یا نادرستی که ذاتی هر عملی تلقی می‌شود، ندارند، بنابراین وفاداری و پابندی به تعهد نیز صرف نظر از نتایج آن در مصادیق مختلف، ذاتاً مطلوب بوده و باید مورد احترام قرار گیرد (Eisenberg, 2005, p. 8). قاعده‌ی اصالة‌اللزوم در عقود که بنای فقه معاملات را تشکیل می‌دهد، بر همین نظریه استوار است. اما در نظریه‌ی نخست، عادلانه بودن و ارزش اعمال در گرو نتایج و وجود پیامد بد برای یک عمل به معنای ناعادلانه بودن آن است (Bentham, 1789, pp. 11-33). این نظریه در مبحث حقوق قراردادی، تعهد الزام‌آور را منتج به این پیامد می‌نماید که در صورت عدم اجرای تعهد، پیمان‌شکن ملزم به پرداخت خسارت بوده و تالی آن این است که هر متعهدی می‌تواند در صورت فایده‌مند بودن نقض، قرارداد را نقض کرده و خسارت آن را پردازد (Holmes, 1881, p 301).

1- Utilitarian system of ethics

2- Deontological

نظریه نقض کارآمد یکی از مهم‌ترین اختلافات این دو تفکر و منشعب از اختلاف در لزوم پایبندی به تعهد است. برای نمونه پس از توافق الف با ب توافق مبنی بر فروش کالایی با قیمت مشخص به وی، شخص ج پیشنهاد خرید همان کالا به قیمتی بالاتر را ارائه می‌کند. لزوم پایبندی فروشنده به قرارداد نخست یا امکان نقض آن به انضمام پرداخت خسارت به خریدار اول و انعقاد قرارداد با خریدار دوم به نوع نظام حقوق قراردادی حاکم بستگی دارد.

در نظام حقوق قراردادی غیرپیامدگرا، فروشنده به حکم قانون و اخلاق، موظف به پایبندی به قرارداد با خریدار نخست؛ و حق خریدار بر الزام فروشنده به اجرای قرارداد ناشی از «قاعده مالکیت»<sup>۱</sup> است.<sup>۲</sup> در حالی که بر اساس دیدگاه پیامدگرا، فروشنده می‌تواند در صورت انتفاع، اقدام به نقض قرارداد با خریدار نخست نموده و ضمن پرداخت خسارت به وی، با خریدار دوم قرارداد فروش منعقد نماید. در این وضعیت حق خریدار نخست بر فروشنده ناشی از «قاعده مسئولیت»<sup>۳</sup> است.<sup>۴</sup> در نظریه نخست با توجه به لزوم پایبندی فروشنده به قرارداد، اگر شخص ج پیشنهادی برای خرید دارد، باید آن را به خریدار نخست که در واقع به موجب قرارداد اول، مالک فعلی محسوب می‌شود ارائه نماید، نه به فروشنده‌ای که دیگر پس از قرارداد، حقی بر کالا ندارد (Calabresi & Melamed, 1972, p. 1089). اما در نظام حقوقی مبتنی بر مسئولیت، منفعت خریدار نخست با الزام فروشنده‌ی متمایل به نقض قرارداد و انتقال کالا به ثالث، به جبران خسارت خریدار مورد حمایت قرار می‌گیرد. در واقع، موضوع نظریه نقض کارآمد، ارائه تحلیلی است که جواز و اباحه‌ی پیمان‌شکنی در صورتی که از نظر اقتصادی مفید باشد و یا حتی فراتر از این، اگر تقصیر عمدی از نظر اقتصادی کارآمد باشد، را صادر نماید.

هدف اصلی حقوق قراردادی در دیدگاه اقتصادی، تسهیل تحقق اهداف متعاقدين به صورت

### 1- Property Rule

۲- به عنوان نمونه ر.ک: انصاری، ۱۳۷۸، ۷۰/۶؛ نجفی خوانساری، ۱۴۲۱، ۱۳۴/۲؛ البته خوئی که از شارحین مکاسب است، مبنای الزام به انجام تعهد ناشی از شرط را قاعده مالکیت نمی‌داند و با شیخ انصاری موافق نیست و به نظر او مبنای التزام ناشی از بنای عقلا است: (خوئی، ۱۳۶۷، ۳۷۰/۷-۳۷۱).

### 3 Liability Rule

۴- مطابق قاعده مالکیت، در اختیار گرفتن حقی که متعلق به دیگری است، منوط به توافق و معامله با صاحب آن حق و ارزش‌گذاری آن نیز در اختیار مالک است و دیگران از جمله دولت حق مداخله در این امر را ندارد. حال اگر حقی توسط غیرمالک مخدوش شد، مبنای حمایت از مالک حق، قواعد مسؤولیت مدنی است که ناظر به جبران خسارت مالک و اعاده‌ی وضعیت سابق وی می‌باشد.



کارآمد است (Ibid). از آن جا که گاهی هزینه اجرای قرارداد بیشتر از منافع آن برای طرفین (Cooter & Ulen, 2000, p. 238) و در نتیجه عدم اجرای تعهد، سودمندتر از اجرای آن می‌باشد؛ نقض کارآمد را می‌توان طریقی برای نیل به هدف یادشده دانست (Ibid). هم‌چنین در فرض پذیرش قاعده‌ی کاهش خسارت، جبران خسارتی که به عنوان گام بعدی اجرای اجباری اعتبار شده‌است، به سبب الزام متعهدله به کاستن از خسارت، آورده‌ی چندانی برای وی ندارد و کارآمدی نقض آشکارتر و مورد اقبال بیشتر خواهد بود. در واقع عمده موانع حقوقی نظریه نقض کارآمد در ضمانت اجراهای عدم اجرای قرارداد است، مسؤولیت بدهکاری که مرتکب تقصیر سودآور شود، تشدید می‌شود و اشخاص ثالثی هم که در تقصیر وی سهیم بوده‌اند، مسؤول قلمداد می‌شوند. البته سرنوشت متعهدی که با اهداف سودجویانه، تعهدات قراردادی خود را نقض می‌کند از نظر حقوق ایران، فرانسه و کامن لا یکسان نیست. زیرا قلمرو تکلیف به کاستن از خسارت به وسیله زیان دیده در این دو از نظام متفاوت است. در تحقیق حاضر، پس از انطباق نظریه‌ی مورد بحث با مفهوم مال مورد معامله در حقوق سنتی و سپس توجیه اقتصادی جایگزینی عین با مطلوبیت که تسهیل کننده‌ی پذیرش نظریه‌ی نقض کارآمد می‌باشد، به مسؤولیت قراردادی متعهد و اثبات عدم تعارض نظریه‌ی نقض با آن پرداخته شده است. در گام بعد تکالیف و مسؤولیت متعهدله که گاه سنگینی کفه‌ی عدم اجرا نسبت به اجرای قرارداد در تراز سودمندی را سبب می‌شود، مورد بررسی قرار گرفته است. در نهایت با اثبات مسؤولیت ناشی از قرارداد برای شخص ثالث، توجه این نظریه به ابعاد و جوانب مختلف عدم اجرای قرارداد تنقیح شده است (Aguiar, 2011, p. 4). مهندسی بحث این تحقیق، از تاثیر نظریه مطلوبیت بر پیشگیری از اتلاف منابع و در نتیجه افزایش کارایی و با مطالعه ماهیت مورد معامله و واقعه‌ی انتقال در حقوق فرانسه، ایران و کامن لا آغاز شده و ذیل عنوان «ضمانت اجرای بازدارنده در مسؤولیت‌های قراردادی متعهدله و شخص ثالث» پیگیری می‌شود.

#### افزایش کارایی در پیشگیری از اتلاف منابع با ملاک مطلوبیت کالای مورد انتظار

براساس نگاه سنتی که پایه‌ی حقوق معاملاتی در برخی کشورها از جمله ایران و فرانسه می‌باشد، مبنای تشکیل معامله، دستیابی به عین کالای طرف مقابل است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲۳۳؛ Bergel; Bruschi; Cimamonti, 2000, p. 12). عین دارای حیثیت و ارزش ذاتی است و قواعد معاملاتی

نیز حول این مفهوم تنظیم می‌شود. بر همین اساس گفته شده که «مورد معامله باید عین باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۴). البته در عمل مورد معامله از جهات مختلف: ماهیت، خصوصیات نوعی و شخصی، و وضعیت منطقی تقسیم‌بندی می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸، ۲۷۹) که از حیث اخیر، به عین معین، در حکم معین و کلی فی‌الذمه تقسیم شده است (همان، ۲۸۰) در این تقسیم‌بندی، به وضوح بر مبنای نگاه شکلی صورت پذیرفته است.

اما در حقوق کامن‌لا ماهیت اقتصادی معاملات مبتنی بر «اعتبار» است که نتیجه‌ی حذف تمایز بین مال موجود و مال آینده (مال وعده داده شده) می‌باشد. در این مبنای اقتصاددانان ارزش یک کالا را براساس مطلوبیت آن می‌سنجند که برآورد مصرف‌کننده از میزان سودمند بودن یک کالا برایش، عنصر مهمی در تعیین ارزش آن محسوب می‌شود (الزوزی، ۱۳۶۷، ۱۹۴) و افراد عاقل تصمیمات مصرفی خود را براساس مطلوبیت حاصل از هر کالا می‌گیرند (سامونلسن و هاوس، ۱۳۸۴، ۱۶۹/۱). امروزه «تئوری مطلوبیت» یکی از نظریات رایج در علم اقتصاد است که در آن به جای «عین کالا» بر «مطلوبیت کالا» تأکید می‌شود. براساس این تئوری ارزش کالاها ذاتی نیست بلکه برحسب مطلوبیتی است که نزد جامعه و افراد دارا می‌باشد. بر اساس این دیدگاه، از لحاظ تجاری، انتظار دریافت مال آینده نیز مال موجود تلقی می‌شود. در نتیجه‌ی ارزش محسوب شدن اعتبار، انتظار برای اجرای وعده‌ی لازم‌الاجرا را باید داخل در قلمرو مال و گونه‌ای از مال محسوب شود که در پی آن، نقض معامله‌ی منعقد بر آن نیز به منزله‌ی آسیب زدن به آن مال بوده و نیز نقض وعده، تقلیل دارایی محسوب می‌گردد که باید در محاسبه‌ی خسارات در هر نقضی مورد لحاظ باشد<sup>۱</sup> (Fuller & Perdue, 1936, p. 46). در حقوق ایران، اینکه بتوان انتظار اجرای قرارداد یا حتی حق اجرای قرارداد را مال یا حتی حقی که قابلیت انتقال داشته باشد تعبیر کرد و نیز بتوان مال آینده را نیز موجود محسوب نمود، به سادگی امکان‌پذیر نیست (شهیدی، ۱۳۸۸، ۳۰۹-۳۰۸).

۱- در حقوق کامن‌لا، با حکم به خسارت انتظار، تلاش می‌شود که زیان‌دیده با دریافت پول در وضعیتی قرار گیرد که از اجرای قرارداد انتظار داشته است. برخلاف مرسومات حقوق ما، برآورده ساختن انتظار زیان‌دیده، نه از طریق اجرای عین قرارداد بلکه با پرداخت خسارت پولی به وی است. دلیل این امر این است که در نظام کامن‌لا، اجرای قرارداد، برخلاف پرداخت خسارت که حق زیان‌دیده تلقی می‌شود، شیوه‌ی ثانوی و استثنایی است که به صلاح‌دید دادگاه وابسته است. اما در فقه امامیه و حقوق ایران، اولین شیوه‌ی جبران نقض قرارداد، الزام به اجرای عین قرارداد است.

از دیگر نتایج مثبت این نگاه اقتصادی، می‌توان به همراهی قرارداد با بازار، تسریع و تسهیل اجرای قرارداد، عدم نیاز مراجعه به دستگاه قضایی جهت نظارت بر قرارداد و حل اختلاف یا الزام متعهد به اجرای تعهد اشاره کرد که بسیاری از هزینه‌های شخصی و اجتماعی را کاهش می‌دهد.

مصادق رایج نظریه نقض، بازفروش کالا است که فروشنده پیش از تسلیم کالای فروخته شده به خریدار، مجدداً آن را به شخص ثالثی که قیمت بهتری برای آن پیشنهاد می‌دهد می‌فروشد. ریچارد بازنر<sup>۱</sup> برای این وضعیت مثال روشنی ذکر می‌کند: «من قراردادی برای تحویل ۱۰۰,۰۰۰ کالا با الف منعقد می‌کنم هر کدام به قیمت ۰/۱ دلار. بعد از تحویل ۱۰,۰۰۰ تا، ب با این توضیح که شدیداً محتاج ۲۵,۰۰۰ از همان کالا به طور یکجا است و در غیر اینصورت ناچار باید کارخانه خود را تعطیل کند، پیشنهاد می‌دهد که بابت هر کدام ۰/۱۵ دلار بپردازد. من ۲۵,۰۰۰ تا را به ب می‌فروشم و لذا سر موقع کالاها را تحویل الف نمی‌دهم که مستوجب ضرری هزار دلاری برای الف می‌شود. با تحصیل ۱,۲۵۰ دلار سود اضافی از معامله با ب، حتی پس از جبران ضرر الف نیز هم من و هم اجتماع پیش هستیم. اینکه ب قصد داشت بابت هر کالا ۰/۱۵ دلار بپردازد، به این معناست که هر کالا حداقل ۰/۱۵ دلار برای او ارزش داشت، ولی برای الف تنها ۰/۱۴ دلار می‌ارزید، ۰/۱ دلار که پرداخته بود بعلاوه منافع انتظاری اش که ۰/۰۴ دلار است. لذا نقض قرارداد، منجر به ایجاد سود شد» (Posner, 2014, p. 57).

البته کارآمدی نقض به این است که سود فروش کالا به شخص ثالث برای فروشنده بیش از خسارتی باشد که وی باید به جهت نقض قرارداد به خریدار اول بپردازد. خسارتی که فروشنده در این واقعه ملزم به پرداخت به خریدار اول است، باید وضعیت خریدار را به گونه‌ای بهبود بخشد که گویی قرارداد اجرا شده است؛ و از آن سو کالا در اختیار شخصی قرار گیرد که ارزش بیشتری برای آن قائل است (Eisenberg, 2004, p. 34). در واقع نظریه نقض کارآمد این گونه توجیه می‌شود که منافع فروشنده در صورت نقض، بیشتر از ضرر خریدار می‌باشد و بر این فرض استوار است که فروشنده در زمان تصمیم‌گیری می‌داند که منافع او از ضرر خریدار بیشتر است. در

۱- Richard Allen Posner، حقوقدان و اقتصاددان صاحب‌نام آمریکایی است که به عنوان استاد دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو از اعتبار بسیاری در زمینه تئوریهای اقتصادی حقوق برخوردار است (بر اساس برآوردها بیشتر میزان ارجاع در مقالات حقوقی قرن بیستم به آثار این صاحب‌نظر داده شده است). وی سالها دارای منصب قضاوت نیز بوده‌است.

دیدگاهی موسوم به دیدگاه کارایی نیز توجیه نظریه نقض کارآمد بر اساس صرفه‌جویی در هزینه‌های معاملاتی<sup>۱</sup> است. زیرا، اگر ثالث نسبت به خریدار اول ارزش بیشتری برای کالا بشناسد و با وجود این، حقوق قراردادی، فروشنده را ملزم به اجرای قرارداد کند، مذاکره بر سر انتقال قراردادی حقوق خریدار به ثالث، معامله‌ای جدید و مستلزم هزینه‌ای جدید است (Ibid) و نقض کارآمد مانع چنین هزینه‌کردی خواهد بود.

#### ماهیت مال مورد معامله و فرآیند انتقال آن در حقوق فرانسه و ایران

در نظام حقوقی فرانسه، اصولی بر نحوه انتقال مالکیت حکمفرماست که شناخت آنها به منظور تحلیل ابعاد مختلف بحث انتقال ضروری است. این اصول به شرح زیر است:

۱. اصل رضایی بودن انتقال: نخستین اصل پیرامون انتقال مالکیت، اصل «رضایی بودن انتقال» است. اصل مذکور بدین معناست که به منظور تحقق انتقال مالکیت،<sup>۲</sup> صرف تبادل رضای طرفین کافی است و نیازی به وجود تشریفات خاصی نیست (François, 2018, p. 3; BuffelanLanore, 2017, p. 491). ریشه‌های گرایش نظام حقوقی فرانسه به این اصل را می‌توان در آرای حقوقدانان قرن شانزدهم میلادی (Larribau-Terneyre, 2017, p. 491; Sami, 1986, p. 1957; Charpentier, 2000, p. 410) جستجو کرد.

این اصل در مواد مختلفی از قانون مدنی فرانسه مشاهده می‌شود. به عنوان نمونه ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۸۰۴ میلادی که مطابق آن «انتقال مالکیت بدون نیاز به تشریفات خاصی و به صرف رضای طرفین عقد محقق می‌شود»، از مصادیق پذیرش اصل مذکور در حقوق فرانسه است. در قانون مدنی مصوب ۲۰۱۶ میلادی نیز قانون‌گذار در ماده ۱۱۹۶ که جایگزین ماده ۱۱۳۸ قانون ۱۸۰۴ شده است - بار دیگر بر اصل رضایی بودن انتقال مالکیت تصریح نموده است. مطابق این ماده، «در قراردادهایی که موضوع آنها انتقال مالکیت یا واگذاری حقوق دیگر است، این انتقال به محض انعقاد قرارداد تحقق می‌پذیرد». حقوقدانان فرانسوی ماده ۹۳۸ قانون مدنی را نیز

#### 1- Transaction costs

۲- برای نمونه، عبارت «انتقال» در ماده ۱۱۰۱ ق.ف. که بیان می‌دارد: «عقد عبارت است از توافق اراده دو یا چند شخص به منظور ایجاد، تغییر، انتقال، و یا سقوط تعهدات» در بردارنده مفهوم «تعهد به انتقال» است.

که بر اساس آن برای تحقق هبه صرف رضای طرفین کافی است، به عنوان نمونه دیگریاز پذیرشاصل انتقال رضایی مالکیت معرفی کرده‌اند (Mazeud, 1987, p. 180).

۲. اصل فوری بودن انتقال: دومین اصل درباره انتقال مالکیت است. مطابق این اصل، انتقال مالکیت اصولاً به محض انعقاد قرارداد به وقوع می‌پیوندد (François, op.cit, p.2). ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه که پیرامون عقد بیع مقرر می‌دارد: «به محض توافق دربارۀ مبیع و ثمن، هرچند مبیع هنوز تسلیم نشده و ثمن نیز پرداخت نشده باشد، بیع میان طرفین محقق است و مالکیت برای مشتری در برابر بایع حاصل است»، به وضوح بیانگر اصل فوری بودن انتقال مالکیت در حقوق فرانسه است (Gross, 1978, p. 7). همچنین ماده ۱۸۹۳ قانون مدنی فرانسه که درباره عقد قرض بیان می‌کند: «بر اثر قرض، مقترض مالک موضوع قرض می‌شود...»، نمونه دیگری از قبول اصل فوق محسوب می‌شود. در میان مواد مربوط به قواعد عمومی قراردادها نیز می‌توان از مواد ۱۱۳۸ قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ میلادی و ۱۱۹۶ قانون مصوب ۲۰۱۶ میلادی که صرف وجود رضای طرفین را برای تحقق قرارداد کافی می‌دانند، به عنوان نمونه‌های دیگری از پذیرش اصل انتقال فوری مالکیت در حقوق فرانسه یاد کرد.<sup>۱</sup> البته اصل انتقال فوری مالکیت در حقوق فرانسه، دارای استثنائاتی است. قانون‌گذار فرانسوی در بند دوم ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی مصوب ۲۰۱۶ میلادی به صراحت به این استثنائات اشاره کرده است. مطابق ماده مزبور، «انتقال در قراردادهایی که موضوع آنها انتقال مالکیت یا واگذاری حقوق دیگر است، می‌تواند توسط اراده طرفین، ماهیت موضوع تعهد و یا بر اثر قانون به تعویق بیافتد». ناگفته نماند، اگرچه در قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ میلادی، هیچ ماده‌ای از مواد مربوط به قواعد عمومی قراردادها به استثنای پذیر بودن اصل فوریت انتقال مالکیت تصریح نداشت، این عدم تصریح قانون‌گذار به معنای نپذیرفتن امکان تأخیر در عملیات انتقال مالکیت در حقوق فرانسه نبود؛ چه اینکه از یک سو با جستجو در قانون مزبور می‌توان موارد مختلفی را یافت که نشان می‌دهد قانون‌گذار ورود برخی استثنائات بر اصل فوری بودن انتقال مالکیت را پذیرفته است (بند چهارم ماده ۲۳۲۹ درباره «امکان حفظ مالکیت اموال

۱- البته ذکر این نکته ضروری است که مواد مذکور متضمن دو اصل متفاوت پیرامون انتقال مالکیت- یعنی اصل انتقال فوری و اصل انتقال رضایی- هستند که نباید آنها را با یکدیگر خلط کرد؛ چه اینکه اصل فوری بودن نافی وجود هرگونه تأخیر در انجام عملیات انتقال مالکیت است، در حالی که اصل رضایی بودن بر نفی تشریفات زائد بر توافق اراده طرفین تأکید دارد.

منقول به عنوان ضمانت؛ ماده ۲۳۷۳ پیرامون «امکان حفظ مالکیت اموال غیرمنقول به عنوان ضمانت» و ماده ۲۳۶۷ درباره «صحت شرط ذخیره مالکیت برای ضمانت»، نمونه‌هایی در این باره هستند) و از سوی دیگر حقوق‌دانان فرانسوی از دیرباز اصل فوری بودن انتقال مالکیت را اصلی تکمیلی دانسته‌اند که طرفین قرارداد قادر به توافق بر خلاف آن می‌باشند (Bloch, 1988, p. 673).

در فقه زمینه‌های نظریه نقض کارآمد را در مباحث فقهی معاصر در تعریف «مال» می‌توان دید. بسیاری از فقها، مال و مالیت را از مفهوم مادی و محسوس خود، خارج ساخته و معتقدند که مال آن چیزی است که نسبت به آن تمایل و رغبت وجود داشته باشد و مطلوب طرفین باشد (حسینی روحانی، ۱۳۸۶، ۱۵/۳-۱۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۷، ۲۳-۲۲). هم‌چنین طبقه بندی مختلف مال در حقوق سنتی که دو رخداد حقوقی انتقال و تسلیم بر اساس آن تعریف می‌شود و نیز مالک یا غیرمالک دانستن خریدار، بر تحلیل ماهیت نقض کارآمد موثر خواهد بود و تملیکی بودن عقد را می‌توان مانع و یا حداقل نقطه‌ی چالشی برای این نظریه دانست. در حقوق ایران<sup>۱</sup> و فرانسه<sup>۲</sup> قرارداد بیع از عقود رضایی و موجب انتقال مالکیت است که نه تنها مبیع را به ملکیت خریدار در می‌آورد، بلکه فروشنده را نیز ملزم می‌سازد کالایی که فروخته‌است را در اختیار مشتری قرار دهد و به موجب ضمان در ک، هر گاه معلوم شود مبیع از آن دیگری بوده‌است، فروشنده ضامن است ثمن معامله را به خریدار بازگرداند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۷). بنابراین اگر الف مالی را به ب بفروشد و سپس آن را به امید منافع بیشتر به ج نیز بفروشد، قرارداد بیع دوم باطل و یا در بهترین حالت، غیرنافذ است زیرا با حکم به انتقال مالکیت در حقوق فرانسه و ایران، الف صاحب حق انتقال نبوده و لذا معامله دوم فضولی محسوب می‌شود (ماده ۱۵۹۹ ق.م.ف). در این حالت خریدار اول مالک است و می‌تواند

۱- ماده ۳۶۲ ق.م: «آثار بیعی که صحیحا واقع شده باشد از قرار ذیل است؛ به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود».

۲- ماده ۱۱۶۳ قانون جدید فرانسه: اجرای تعهد برای حال یا آینده است. این تعهد باید مقدور و معین یا قابل تعیین باشد. منافع در صورتی قابل تعیین است که بتوان از قرارداد یا با ارجاع به موارد مورد استفاده و روابط قبلی و بدون توافق بعدی طرفین آن را استنباط نمود.

ماده ۱۱۶۴ قانون جدید فرانسه: در قراردادهای نمونه می‌توان توافق نمود که مبلغ قرارداد به طور یک طرفه توسط یکی از طرفین تعیین شود و در صورت بروز اختلاف برای اثبات ثمن به عهده اوست. در صورت سوءاستفاده در تعیین ثمن، قاضی می‌تواند ادعای جبران خسارت قراردادی را مردود بشمارد و در صورت لزوم قرارداد را فسخ نماید.

علیه فروشنده دعوی مسؤولیت قراردادی و علیه شخص ثالث دعوی خلع ید اقامه کند. البته این مبحث در فرض عین معین بودن مورد معامله قابل طرح است و در مورد مبیع کلی، تفاوت ملاک زمان انتقال، فصولی یا مالکانه بودن معامله دوم را مشخص می‌سازد. در خصوص مبیع کلی (در معین یا در ذمه) برخی بر این عقیده‌اند که همانند عین معین، به محض وقوع عقد، به مالکیت مشتری در می‌آید، اگرچه قبض صورت نگرفته باشد (یوسف الحکیم، ۱۹۸۸، ۱۲۵). در مقابل برخی بیان داشته‌اند که مشخص نبودن چنین مبیعی (امامی، ۱۳۷۱، ۴۴۴/۱؛ طباطبایی‌یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۶/۱) سبب می‌شود انتقال مالکیت در آن، نه به صرف انعقاد بیع بلکه پس از تسلیم مصداق معین شده به خریدار محقق شود (شهیدی، ۱۳۹۹، ۳۳) و گروهی دیگر نیز معتقدند صرف تعیین و تشخیص مبیع بدون اناطه به تسلیم، انتقال مالکیت را موجب می‌شود (همان) که قول قوی‌تری به نظر می‌رسد. زیرا تعیین و تشخیص، استقرار مالکیت که یک حق عینی است بر مصداق تعیین شده را سبب می‌شود.

اختلاف در انتقال مالکیت در بیع مال آینده نیز نمود می‌یابد. در این قسم مبیع در تاریخ عقد وجود ندارد و با تعهد بائع به فراهم نمودن آن در آینده و تحویل در موعد مقرر منعقد می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۹۲۸/۱) و نمونه‌ی آن قرارداد سفارش ساخت و تولید است (Bridge, 2010, p.135). مورد معامله در چنین قراردادی دو صورت می‌تواند داشته باشد. گاه کالای مورد معامله در حین معامله اساساً موجود نیست و گاه مانند محصولات یک باغ در ابتدای رشد، صورت نوعیه و اولیه مورد معامله و یا بخشی از آن در حین عقد وجود دارد و بخشی در آینده کامل می‌شود. در قسم نخست، یا مورد معامله حالت سفارش شخصی و معین دارد و به محض به وجود آمدن مختص آن معامله است و در نتیجه امکان تعیین و تخصیص آن برای اشخاص دیگر منتفی است و با ایجاد کالای مزبور، موضوع بیع معین و مشخص می‌شود؛ و یا مال آینده حالت کلی دارد و با آنکه در آینده ایجاد می‌شود ولی چون منحصر به موضوع معامله نیست، باید بخشی از کالای کلی آینده برای معامله سابق معین گردد. در حقوق فرانسه هم که این نوع از بیع با شرط معلوم بودن و یا قابلیت تعیین مبیع در جنس و مقدار به رسمیت شناخته شده است، انتقال مالکیت با تعیین مبیع توسط فروشنده صورت می‌گیرد (قاسم، ۲۰۰۷، ۲۶).

با توجه به این که تصور انتقال فوری مالکیت نسبت به مال آینده، قدری مشکل به نظر می‌رسد و مادامی که معین نشود، آن چه به ملک مشتری در می‌آید نامعلوم است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ۹۷) و «شرط مالکیت» نیز به عنوان مصداق انحراف قراردادی از اصل انتقال فوری مالکیت به شمار

می‌رود (پیرهادی، ۱۳۸۶، ۱۶۹)، برخی صاحب‌نظران حقوق ایران تملیک فوری و بدون قید و شرط را لازمه عقد بیع ندانسته و معتقدند معنی تملیک در مورد مال آینده این است که هر زمان مال آینده وجود پیدا کرد، ملک خریدار می‌شود. (ولویون، ۱۳۸۰، ۳۶-۳۴؛ صفایی، ۱۳۸۹، ۷۷). اگر در زمان عقد، مورد معامله وجود محسوس و خارجی ندارد و ابتکار فروشنده نیز در چگونگی ساخت آن نقش موثر دارد، در حکم عین معین نیست و مبیع چیزی میان معین و کلی است. لکن با ساخته شدن، وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و این تعیین سبب تملیک را فراهم آورده و مبیع به خریدار تعلق می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۲۷۶/۱-۲۷۵). بنابراین باید گفت بر خلاف آنچه قانونگذار ایران در ماده ۳۶۲ ق.م مقرر کرده است، در همه اقسام بیع، الزاما انتقال مالکیت همزمان با بیع نیست، بلکه گاهی در زمان آتی و با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد. نکته‌ی مهم در تمام این موارد این است که پذیرش جواز نقض کارآمد، در فرض عدم انتقال مالکیت سهل‌تر و در حالت انتقال، عاری از تکلف و پیچیدگی نخواهد بود (Piedelièvre, 2000, p. 103). بنابراین به نظر می‌رسد مفهوم مال و ماهیت انتقال مبتنی کماکان در قانون اصلاحات جدید نیازمند بازنگری و توسعه است. بر این مفهوم مثال ساده‌ی نقض کارآمد در قرارداد مال آینده این است که سازنده‌ای سفارش ساخت بسیار سودآوری را می‌پذیرد در حالی که ظرفیت تولیدی محدود به وی اجازه نمی‌دهد که قرارداد قبلی خود را به موقع انجام دهد (Posner, 2014, p.133) و یا کارگری قرارداد کار خود را به طور غیرقانونی برای قبول یک پیشنهاد سودمندتر از ناحیه کارفرمای دیگر نقض می‌کند (Cooter & Ulen, 2011, p. 241; Friedman, 1989, p.5).

#### ۲-۱- کاربست تنوری مطلوبیت مال در حقوق کامن‌لا

در حقوق انگلیس، کالای غیرمعین یا مبیع کلی، طبق ماده ۱۶ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، کالایی است که موجود است ولی معین نیست و یا موجود نیست و توسط بایع تولید خواهد شد. حقوقدانان انگلیسی این نوع مبیع را به سه قسم: ۱- کلی فی‌الذمه؛ ۲- کلی در معین<sup>۲</sup>؛ ۳- کالای

1- Generic Goods

2- The Unascertained Portion Of An Ascertained Whole



آینده<sup>۱</sup> تقسیم‌بندی نموده‌اند (Kuchhal, 1999, p.238; Joseph, 1999, p. 1107). طبق ماده مذکور، در قرارداد مربوط به فروش کالاهای نامعین<sup>۲</sup>، مالکیت به خریدار منتقل نمی‌شود، مگر هنگامی که کالاها مشخص شوند. بنابراین چنانچه در بیعی که مبیع آن کلی در معین است عمل تعیین انجام شود، مالکیت کالا به علاوه ضمان معاوضی به خریدار منتقل می‌گردد (Roger & Jentz, 2011: 308; Gwyn, 1952: 180) و البته طرفین می‌توانند بر تاخیر انتقال مالکیت از زمان تعیین توافق نموده و یا منوط به تحقق امری نمایند؛ لذا انتقال مالکیت در کالای کلی از لحظه تعیین به بعد، امری نبوده و توافق طرفین عقد بر خلاف آن با مانع قانونی مواجه نیست.

طبق بند ۱ ماده ۱۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ انگلیس، معامله بر کالای آینده از طریق توصیف می‌باشد و کالا در زمان انعقاد قرارداد معین نیست، بلکه با آن اوصاف به قرارداد اختصاص می‌یابد (Atiyah et al, 2010, p. 341). طبق همین ماده، یکی از قواعد تعیین زمان انتقال مالکیت، تعیین قصد طرفین است و اگر قصد مشترک و رضایت طرفینی معلوم نباشد، اراده‌ی نوعی در شرایط مشابه ملاک عمل قرار می‌گیرد (Atiyah et al, 2010, p. 234).

برخی مفسران حق بازفروش کالا که به‌عنوان خسارت در ماده ۸۸ کنوانسیون<sup>۳</sup> بیان شده را مبتنی بر نظریه نمایندگی دانسته‌اند (شامل هر دو حالت انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری می‌شود) (Huet, 2020, N. 11773, p. 572). حقوق انگلیس<sup>۴</sup> این مقررهی کنوانسیون را به وضعیت انتقال مالکیت مختص نموده و طبق بند ۳ ماده ۴۸ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، اگر در نتیجه بیع اصلی مالکیت کالا به مشتری منتقل نشده باشد، زیان‌دیده (بایع در این معامله) کالا را راسا به عنوان مالک خواهد فروخت (اشمیتوف، ۱۳۹۶، ۲۴۰/۱). در حقوق آمریکا نیز، ماده ۷۰۳-۲ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده (UCC) مضمونی مشابه مقررهی کنوانسیون دارد و همانند کنوانسیون، با عدم تفکیک دو حالت عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری و انتقال آن به وی، برای

1- Future Goods

2- Unascertained Goods

۳- بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون: اگر یکی از طرفین در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه‌های حفظ کالا به نحو غیرمتعارفی تاخیر ورزد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ موظف به حفظ کالا است می‌تواند آن را به طریق مقتضی به شرط اخطار متعارف مبنی بر قصد فروش، به شخص ثالثی بفروشد.

۴- این حق مبتنی بر فسخ قبلی قرارداد و بازگشت کالا به ملک بایع است.

بایع به صورت مطلق حق بازفروش قائل است که در حالت اول، بایع کالا را به عنوان مال خود می‌فروشد و در حالت دوم به نمایندگی از مشتری اقدام به بازفروش می‌نماید (۲-۷۰۳ و ۲-۷۰۶ بند F). با قیاس می‌توان به این نتیجه رسید که در حقوق انگلیس اگر در زمان نقض مالکیت کالا به خریدار منتقل نشده باشد، آنچه فروشنده نقض نموده است تنها تعهد موجود در قرارداد است و نه فضولی و فروش مال غیر که این استدلال در تطبیق بر قانون ایران و فرانسه نیز صحت دارد (زمانیان، ۱۴۰۰، ۶۷).

تئوری مطلوبیت (تکیه بر مطلوبیت به جای عین) این مزیت را دارد که بدل و جایگزین عین هم می‌تواند مصداقی برای ایفای تعهد باشد؛ چرا که مطلوبیت عین و بدل در اکثریت موارد، برای خریدار، یکسان است. در حقیقت مورد معامله، آن چیزی است که مطلوبیت مورد نظر خریدار را فراهم کند خواه عین مذکور در قرارداد باشد یا بدل و جایگزین آن؛ زیرا برای خریدار رسیدن به آن سطح از مطلوبیت مهم است و این که دقیقاً از چه طریقی به آن دست یابد، در درجه دوم از اهمیت قرار دارد. به عبارت دقیق‌تر، عین، یکی از طرق رسیدن به مطلوبیت مورد انتظار خریدار است و آن چه موضوعیت دارد، همان مطلوبیت مورد نظر است و حتی طریق نیل به این مطلوبیت منحصر به التزام به قرارداد یا هر طریق دیگری نیست. در این نظریه، بسیاری از قواعد ناکارآمد سنتی مبتنی بر ضرورت موجودیت کالا، اعتبار خود را از دست داده و جای خود را به عرف بازار و ارزیابی بازار که بسیار کارآمدتر است، می‌دهند. به عنوان مثال، وقتی «عین» صرفاً ابزار رسیدن به مطلوبیت قراردادی مورد انتظار باشد و امکان جایگزینی عین (با همان سطح مطلوبیت) هم وجود داشته باشد (Rühl, 2007, p. 14)، در فرض تلف عین قبل از تسلیم، دیگر نیازی به انفساخ معامله (ای که می‌توانست کارآمد باشد)، نبوده و با توجه به این که اساساً نه مورد معامله، و بلکه صرفاً یکی از ابزارهای تحقق مطلوبیت قراردادی تلف شده است؛ فروشنده می‌تواند به جای استرداد ثمن و تحمل ضرر ناشی از تلف عین، عین دیگری تهیه کرده و به خریدار تسلیم کند.

به علاوه در تئوری مطلوبیت نیازی نیست تسلیم جزء تعهدات خاص فروشنده دانسته شود؛ زیرا هدف، تحقق مطلوبیت مورد انتظار با کمترین هزینه معاملاتی است که معمولاً بدین جهت که فروشنده عین را در اختیار دارد، تسلیم از جانب او کم‌هزینه‌تر خواهد بود، اما مطابق معیار برتر

پارتو<sup>۱</sup> وقتی تسلیم هزینه‌های معاملاتی را بالا می‌برد، اقتضای رفتار متعارف و سود طرفین در این است که خریدار، خود، به تهیه عین مبادرت نموده و هزینه‌های آن را از فروشنده دریافت کند (Fréchette, 2010, p. 402).

طبق این نگاه، در فرض عدم تسلیم، نه متعهد، بلکه کسی مسئول است که امکان تهیه مورد معامله با هزینه کمتر را داشته است و چنانچه به واسطه تأخیر در اجرای تعهد، خسارتی به بار آید، مسؤولیت قراردادی متوجه کسی است که می‌توانسته با هزینه کمتر، مطلوبیت قراردادی مورد انتظار را فراهم آورد (فریدمن، ۱۳۸۰، ۴۶) و اگر این شخص، متعهدله باشد، حق دریافت قسمتی از خسارت که در صورت عدم کاهلی وی محقق نمی‌شد را ندارد. این نحو ضمانت اجرا، انگیزه بی-احتیاطی در معامله را از طرفین می‌گیرد و خریدار پس از انعقاد قرارداد منفعلانه در انتظار اجرای معامله نخواهد ماند، بلکه او نیز همچون فروشنده به عنوان طرف فعال، مترصد افزایش مطلوبیت قرارداد از طریق کسب سود بیشتر با هزینه کمتر است. این ترتیب، مطابق با قاعده «تکلیف زیان‌دیده در تقلیل خسارت» در حقوق کامن‌لا می‌باشد (Markesinis; Unberath; Johnston, 2006, p. 479).

هم‌چنین ممانعت از فرصت‌طلبی را می‌توان از دیگر نتایج مثبت این دیدگاه دانست. فروشنده نمی‌تواند با فرصت‌طلبی، ثمن معامله را دریافت کرده، از تسلیم عین خودداری کند و خریدار را درگیر روند طولانی اجرای اجباری نماید؛ چرا که خریدار، خود می‌تواند عین را تهیه و هزینه آن را از فروشنده دریافت نماید. تأکید بر مطلوبیت یا مبیع قراردادی مورد انتظار به جای عین، معضل عدم اجرای معامله ناشی از عدم تمایل متعهد به اجرا را نیز حل می‌کند. بسیار اتفاق می‌افتد که بعد

۱- معیار کارایی پارتو یا بهره‌وری تخصیصی در قرن نوزدهم توسط ویلفردو پارتو مطرح شد و بیانگر حالتی است که در آن، منابع به-صورتی اختصاص یافته که امکان تغییر آن به نحوی که حداقل یک نفر بتواند در موقعیت بهتری قرارگیرد (بدون آنکه دیگران در موقعیت بدتری قرار گیرند) وجود ندارد. به این شکل هرگاه موقعیتی را بتوان فرض کرد که در آن کسی مطلوبیت بیشتری کسب کند بدون آنکه از مطلوبیت افراد دیگر کاسته شود، موقعیت جدید نسبت به موقعیت قبلی دارای کارایی بیشتری خواهد بود تا آنکه به نقطه‌ای منتهی شود که امکان تغییری در این جهت نباشد (خاندوزی، ۱۳۸۶، ۲۹۱). معیار پارتو به دو گروه «بهینه پارتو» و «برتر پارتو» دسته‌بندی شده است. در این معیارها بین وضعیت امور، مراتب وجود دارد. وضعیت «الف» تنها در صورتی نسبت به «ب» برتر پارتو محسوب می‌شود که شرایط هیچ فردی در حرکت از «ب» به «الف» بدتر نشود و با این حال شرایط حداقل یک نفر در اثر این جابه‌جایی بهتر از قبل می‌شود. «بهینه پارتو» هم زمانی محقق می‌شود که دیگر هیچ وضعیتی از وضعیت برتر پارتو بهتر نباشد. یعنی هرگونه جابه‌جایی از وضعیت برتر پارتو موجب بدتر شدن شرایط حداقل یک نفر باشد (انصاری، ۱۳۹۰، ۱۲۳).

از تشکیل معامله، فروشنده مشتری بهتری پیدا می‌کند و تمایل دارد از رابطه قراردادی با خریدار اولیه رهایی یابد. به همین سبب طریق پیمان‌شکنی را در پیش می‌گیرد. به لحاظ اقتصادی، این معامله اگر هم به مرحله اجرا برسد، معامله‌ای ناکارآمد محسوب می‌شود؛ زیرا عین به کسی که حاضر است بیشترین مبلغ را برای آن پرداخت کند یعنی مشتری دوم، تعلق نگرفته و بهترین شکل تخصیص منابع (کارایی) محقق نمی‌شود. از سوی دیگر اگر فروشنده مجاز باشد بدون محقق ساختن مطلوب خریدار اول از رابطه قراردادی با او رهایی یابد، سبب وارد آوردن ضرر به او می‌شود که با قواعد مسلم فقهی و نیز معیار برتر پارتو در تضاد است. اما همانگونه که بیان شد، فروشنده می‌تواند از طریق بدل یا پرداخت نقدی، قرارداد اول را اجرا کند و عین را با قیمت بالاتر به خریدار دوم بفروشد. در این وضعیت، فروشنده سود می‌کند و به کسی هم ضرری وارد نمی‌آید (معیار برتر پارتو) و عین هم به کسی تعلق می‌یابد که بیشترین ارزش را برای آن قائل است (معیار حداکثرسازی ثروت پارتو) (Markovits; Schwartz, 2011, p. 1939; Hoynak, 2010, p. 713)

ثمره مهم این مبحث این است که به رسمیت شناختن اعتبار و معاملات مبتنی بر آن، امکان طرح دعوای قراردادی را به «متضرر در این نوع معاملات» اعطا خواهد نمود. در حالی که در فرض خلاف، اختیار متضرر چنین معاملاتی محدود به دعوای مسوولیت مدنی بوده و امکان طرح دعوای قراردادی را نخواهد داشت، چه این که قرارداد وی از نظر قانون نامعتبر و در حکم عدم است و در واقع از نگاه قانون، قراردادی وجود ندارد تا امکان طرح دعوای قراردادی فراهم باشد. به بیان دیگر حقوق قراردادهای (و نه صرفاً قواعد مسوولیت مدنی) به زیان دیده نقض قرارداد مبتنی بر اعتبار نیز اجازه می‌دهد که خسارات ناشی از دست نیافتن به اجرای معامله، یعنی می‌تواند منفعت خاصی را که انتظار دریافت آن را از قرارداد داشته را مطالبه کند (Beaston et al, 2010, pp. 539-540).

### بازدارندگی مسوولیت قراردادی متعهدله و شخص ثالث

بدیهی است که هر قراردادی موجب حقوق و تکالیفی برای طرفین است و علی‌القاعده انصراف از اصل لزوم قراردادهای و اقبال به امکان نقض کارآمد تحولاتی در حقوق و تکالیف یاد شده را سبب خواهد شد. «التزام ناقض قرارداد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف

مقابل وارد شده است»<sup>۱</sup> مسؤولیت قراردادی نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲۵۶). ضمانت اجرای اولیه لزوم قرارداد در دیدگاه سنتی، اجرای اجباری است که علاوه بر هزینه‌بر بودن و تعارض با اصل سرعت و به صرفه بودن اقتصادی در تجارت، گاه اقتصادی نبودن رفتار قانونی مورد انتظار از متعهدله را موجب می‌شود و پس از آن نوبت به مطالبه خسارت وارده می‌رسد. مطابق این مکانیزم، بعد از انعقاد قرارداد، متعهدله باید منتظر اجرای قرارداد و یا حداقل نقض قرارداد باشد تا بتواند با توسل به ضمانت اجرای اجبار متعهد و پس از آن، اصل جبران کامل خسارت، به حق خود برسد و هیچ مسؤولیتی در راستای ممانعت از نقض قرارداد یا پیشگیری از ضررهای پیش رو ندارد (Ribeiro, 2002, p. 306).

هرچند به موجب اصل جبران کامل خسارات، بقا و جبران نشدن هر زیان ناروایی، به لحاظ نظری نامشروع و فاقد توجیه است، لکن در بستر قواعد سنتی، گاه مواردی وجود دارد که این اصل به جبران کامل خسارت نمی‌انجامد. مانند جایی که قواعد سنتی به جهت عدم اثبات رابطه سببیت عرفی، توان حکم به جبران خسارت را ندارند؛ و یا مواردی که دادرس با ملاک میزان تقصیر ناقص و یا به تناسب تنگدستی وی، به تعدیل خسارت حکم می‌نماید (Lianos, 2015, p. 23).

اما در حقوق کامن‌لا، جبران کامل خسارت عملاً از امکان تحقق‌پذیری بیشتری برخوردار است. زیرا مطابق این اصل، زیان‌دیده حق مطالبه جبران‌زیانی که می‌توانسته با انجام اقدامات متداول از آن جلوگیری نماید را ندارد. در اینجا برخلاف موارد پیش، علی‌رغم وجود مسلم ارکان مسؤولیت که در شرایط عادی تکلیف ناقص به جبران خسارت‌های ناشی از نقض را ثابت می‌کنند؛ به دلیل قابل اجتناب بودن نتایج<sup>۲</sup> یا کاهلی متعهدله از کاستن خسارات (که به صورت متعارف امکان انجام آن را داشته است)، وی از دریافت تمام یا بخشی از خسارت محروم می‌گردد که

۱- پاره ای از حقوقدانان فرانسوی (Rémy, 1997, p.323)، با تفسیر خسارت‌های قراردادی به «روشی ساده از اجرای تعهدات قراردادی»، آن‌ها را متمایز از مفهوم مسؤولیت دانسته و معتقدند حکم به جبران پیامدهای زیانبار عدم اجرای تعهد، قراردادی یا غیرقراردادی، تابع نظام مسؤولیت غیرقراردادی است (Flour et al, 2002, p. 105). در مقابل، مشهور حقوقدانان مطابق رویه قضایی و اصلاحیه قانون مسؤولیت معتقدند چنین تحولی، نظام حقوقی عقد را بر هم می‌زند و حفظ تفاوت موجود بین مسؤولیت قراردادی و غیر قراردادی به دلیل اصل عدم جمع دو مسؤولیت و آثار متفاوت آن‌ها ضروری است (Terré et al, 2018, no 559).

2- Avoidable consequences

قاعده کاستن از خسارت<sup>۱</sup> نامیده می‌شود و حتی گاه با کمک اصل قابلیت استناد<sup>۲</sup>، بخشی از مسوولیت به ثالث واگذار شده و بدین ترتیب از میزان تکلیف متعهد کاسته می‌گردد (Cafaggi, 2009, p. 15; Terré, 2009, p. 286; McGregor, 2008, p. 331).

نکته‌ی قابل ذکر این است که نظام حقوق کامن‌لا در جریان قاعده‌ی کاستن از خسارت، فقدان سوءنیت را ملاک عمل می‌داند و اگر ناقض با سوءنیت و به هدف ضرر به طرف مقابل اقدام به نقض نموده باشد، نه تنها قاعده جریان نمی‌یابد، بلکه تشدید مسوولیت نیز شامل حال وی می‌گردد. البته سرنوشت ناقضی که با اهداف سودجویانه، تعهدات قراردادی خود را نقض می‌کند از نظر حقوق «ایران و فرانسه»<sup>۳</sup> و «کامن‌لا» یکسان نیست (Viney; Séminar risques, 2006, p. 1). (Jourdain, 2000, p. 148). زیرا قلمرو تکلیف به کاستن از خسارت به وسیله زیان‌دیده در این دو نظام متفاوت از هم است که بدان اشاره خواهد شد.

از سویی بازدارندگی نقض کارآمد به نحو استثنایی (کارآمد) در شناخت مسوولیت برای شخص ثالث ایفای نقش نموده است. تکاپوی بازار آزاد، اساساً مبتنی بر رقابت و نتیجه‌ی آن

#### 1- Mitigation of Damages

۲- *Opposabilité du contrat*: اصل قابلیت استناد قرارداد، اصطلاحی تعریف‌ناشده در متون قانونی ایران و فرانسه است که در اوایل قرن بیستم میلادی در دکترین فرانسه برای پایان دادن به تفسیر افراطی از قاعده‌ی «اثر نسبی قرارداد» (موضوع ماده ۱۱۶۵ ق.م.ف) مطرح شد. این اصطلاح بیان‌گر بازتاب و انعکاس آثار قرارداد در اجتماع بوده و در فرهنگ حقوقی کرنو، اینگونه تعریف شده است: «صلاحیت یک حق، یک عمل (قراردادی، رأی، و ...)، یک موقعیت حقوقی یا واقعه حقوقی جهت اینکه [اشخاص را] متوجه آثار خود نسبت به اشخاص ثالث نماید. البته نه از این راه که اشخاص ثالث را تابع تعهدات مستقیم ناشی از خود گرداند بلکه از این راه که اشخاص مزبور را ملزم به شناسایی وجود وقایع، حقوق و اعمالی می‌کند که دارای وصف قابلیت استناد هستند و آنان را ملزم به رعایت احترام موارد مزبور به عنوان عناصر نظام حقوقی و تحمل آثار آنها می‌نماید» (Cornu, 1992, p. 577). قابلیت استناد، ارتباط تنگاتنگ با اشخاص ثالث داشته و در مقام بیان آثار غیرمستقیم عناصر نظام حقوقی نسبت به اشخاص مزبور است. به موجب این اصل امکان استناد به این قاعده برای اثبات تقصیر یکی از طرفین قرارداد در برابر ثالث یا ثالث در برابر طرفین قرارداد و در نتیجه اثبات مسوولیت مدنی مقصر وجود دارد (Viney, 1989, p. 386).

۳- قانون مدنی فرانسه، به درخواست ژاک شیراک -رئیس جمهور وقت- مورد بازنگری در بخش تعهدات قرار گرفت که لایحه این بازنگری در سال ۲۰۰۵ بر مبنای تحولات حقوق تعهدات بویژه در اروپا که به ظهور مکاتب جدید حقوقی مانند مکتب تحلیل اقتصادی حقوق و مکتب تحلیل حقوق بشری منتج شده بود ارائه شد. در پی آن اصلاحیه حقوق تعهدات فرانسه به موجب مصوبه ۲۰۱۶ - ۱۳۱ با تحولات اساسی در اصول حاکم بر تعهدات قراردادی، رژیم حقوقی و ادله اثبات آنها در راستای در راستای ساده‌سازی و تطبیق هرچه بیشتر حقوق قراردادهای فرانسه با حقوق قراردادهای بین‌المللی صورت پذیرفت. در این اصلاحیه کتاب مسوولیت مدنی مصون از تغییر مانده و اصلاحیه آن در سال ۲۰۱۷ به تصویب رسید.

پیشنهاداتی برای معامله بهتر با قیمت بیشتر است و قرارداد نیز وسیله‌ای برای تخصیص بهتر منابع است و این تخصیص حتی اگر با عدم اجرای قرارداد صورت پذیرد، هدف حقوق قراردادی برآورده و مطلوب حاصل شده است. هدف از تثبیت مسولیت مدنی شخص ثالث در نقض کارآمد آن است که انگیزه اشخاص ثالث برای اخلال در قرارداد دیگران را از بین برده و از چنین اقدامی توسط ایشان ممانعت به عمل آید و در صورت اقدام به تشویق یکی از طرفین معامله به نقض، بسیار محتاطانه و با ملاک افزایش سودآوری و کاهش ضرر وارد عمل شوند. شناخت یا عدم شناخت مسؤولیت برای ثالث، منوط به ابتدای نظام حقوقی بر اصل «نسبی بودن قراردادها» یا در نقطه‌ی مقابل آن اصل «قابلیت استناد» است. اولی، تنها طرفین را متعهد ساخته و رابطه قراردادی را برای اشخاص ثالث موجد تکلیف نمی‌داند و لذا نقض نیز مسوولیتی برای غیر طرفین ایجاد نمی‌کند و حقوق قراردادی برای ثالث دخیل و موثر در نقض، تکلیفی قائل نیست (Hatzis, 2006, pp. 179-180). اما دومی در مقام بیان آثار غیرمستقیم قرارداد بر اشخاص ثالث است و به موجب آن هرچند اشخاص ثالث تابع تعهدات مستقیم ناشی از خود قرارداد نیستند، اما ملزم به شناسایی وجود وقایع، حقوق و اعمالی می‌باشند که دارای وصف قابلیت استناد می‌باشند. نتیجه این اصل امکان اثبات مسولیت مدنی برای ثالث مقصر است و به نظر می‌رسد با نگرش اقتصادی به حقوق سازگاری بیشتری دارد.

## ۲-۱ حقوق فرانسه (قبل و بعد از اصلاحات) و ایران

از آنجا که در حقوق ایران و فرانسه (پیش از اصلاح قانون تعهدات)، اصل اولیه، الزام به اجرای عین تعهد است؛ در صورت نقض قرارداد از سوی متعهد، برای متعهدله، متعارف و بلکه لازم است اجرای عین تعهد را از متعهد بخواهد (سادات اخوی، ۱۳۸۰، ۵۶). بنابراین اگر از عدم اجرای قرارداد، ضرری متوجه متعهدله شود، حتی در فرضی که وی می‌توانسته با انجام موضوع تعهد از بروز ضرر جلوگیری نماید؛ مسؤولیت قراردادی همواره متوجه متعهد خواهد بود و متعهدله مصون می‌ماند. این رویه در بسیاری موارد سبب بی‌مبالاتی و کاهلی در رفتار متعهدله و اتلاف منابعی می‌شود که متعهدله می‌توانسته از چنین اتلافی جلوگیری نماید، اما به جهت عدم تکلیف، اقدامی در این زمینه صورت نداده است (سادات اخوی، همان، ۶۴) و وی به راحتی پس از انجام نشدن موضوع قرارداد، در گام بعد از الزام متعهد یا عدم امکان الزام، خسارات وارده را مطالبه می‌نماید، بدون

این که رفتار وی در این امر در ارزیابی خسارت موثر تلقی گردد. در واقع اجبار اقتصادی زمینه مناسبی برای تحمیل شروط ناعادلانه از سوی سودجویان تمامیت خواه به طرف دیگر قرارداد فراهم می‌آورد و نابرابری قراردادی عملاً می‌تواند از شروطی به وجود آید که امتیازاتی گزاف را به یکی از طرفین قرارداد اعطاء می‌نماید (Ghestin et al, 2013, p. 2).

ماده ۱۲۲۱ اصلاحیه حقوق تعهدات فرانسه مقرر می‌دارد که متعهدله می‌تواند اجرای عین تعهد را مطالبه نماید، مگر اینکه اجرا غیرممکن باشد یا نابرابری آشکاری بین ارزش آن تعهد برای متعهد و نفع آن برای متعهدله وجود داشته باشد؛ با وضع این مقرر اجرای اجباری عین تعهد که تا پیش از این رویه محاکم<sup>۱</sup> این کشور بود، به صورت رسمی در قانون مدنی فرانسه وارد گردیده و مستند قانونی پیدا کرده است (Guionard, 2016, p. 25).

از سوی دیگر ماده ۱۲۲۲ اصلاحیه، گزینه‌ی دیگری را نیز در اختیار متعهدله قرار داده و به وی اجازه می‌دهد که پس از مطالبه‌ی رسمی اجرای تعهد از متعهد، شخصاً اجرای تعهد را بر عهده گرفته یا آن را به شخص ثالث واگذار نماید و سپس از متعهد هزینه‌های متحمل شده را مطالبه نماید. این اختیار برای متعهدله که از آن به «جایگزینی»<sup>۲</sup> تعبیر می‌شود (Thill et al 2014, CH. 11)، پیشتر در حقوق فرانسه و حقوق قراردادهای اروپا (مقرر ۷.۴.۵ اصول قراردادهای تجاری بین-المللی و ۹:۵۰۶ اصول حقوقی قراردادهای اروپایی) شناخته شده بود، لکن با این مصوبه اجازه‌ی قاضی به عنوان پیش شرط آن حذف گردید.

مقرر و رویه یاد شده از چند وجه در تعارض با نظریه نقض کارآمد قرار می‌گیرد:

- ۱) در رویه قضایی فرانسه در اجرای «اصل جبران کامل خسارت» میزان خسارت در زمان صدور حکم قطعی ارزیابی می‌شود و زیان دیده نیز تکلیفی به کاستن خسارت ندارد. به همین جهت خسارتی که متوجه متعهد می‌گردد، در این نظام حقوقی سنگین تر از کامن لا بوده و احتمال اینکه نقض و عدم اجرای قرارداد، سودآور باشد کمتر است.
- ۲) در حقوق فرانسه، محاسبه نقض کننده درباره میزان ضرر نقض، به طور کامل مبتنی بر شانس و

1- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 16 janvier 2007, 06-13.983, Publié au bulletin.

2- Le remplacement



خطرناک است. در واقع، ارزیابی خسارت وارد به زیان دیده در زمان عدم اجرا، به ویژه با بررسی وضعیت بازار، بسیار ساده تر از ارزیابی آن زمان صدور حکم است که گاهی چندسال طول می کشد. در زمان مطالبه اجرا تا زمان دادرسی و صدور حکم، زیان دیده تکلیفی برای - کاستن از خسارت ندارد و نوسانات بازار خطر را برای ناقص تشدید می کند (Lecourt, 2016, p. 172).

بنابراین اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران و فرانسه (در برابر جبران پولی) را می توان در بسیاری موارد مانع تخصیص کارآمد منابع به نتایجی با ارزش بالاتر دانست (Benedicte, 2015, p. 35) و حال که اعمال این قاعده، نتایج اقتصادی مطلوب و متوقع را در پی ندارد، باید راه کاری عقلی برای تشویق زیان دیده به صرف نظر کردن از حق خود در اجرا، نه تنها در برابر دریافت مبلغی به عنوان جبران خسارت بلکه در برابر دریافت بخشی از سود حاصل از قرارداد دوم با اشخاص ثالث یافت که بهترین راه کار، اعطای جواز نقض کارآمد قرارداد خواهد بود؛ اما با ایتنای حقوق ایران و فرانسه بر اجرای الزامی تعهد سازگار نیست.

هم چنین به تبع ضرورت اجرای قرارداد، عمدی بودن نقض قرارداد آثار حقوقی خاص داشته و موجب تشدید مسؤولیت می گردد که خود مانعی دیگر برای پذیرش نقض کارآمد در این نظام حقوقی محسوب می شود (Viney & Jourdain, 1998: no. 602; Viney, 2019, p. 214). بر اساس رأی دیوان عالی فرانسه «اگر متعهد به طور عمدی تعهدات قراردادی خود را نقض کند هر چند که قصد ضرر رساندن به طرف مقابل را نیز نداشته باشد، مرتکب تقصیر قراردادی شده است» (Terré et al, 2002, no. 574). پس، تقصیر سودجویانه نوعی از تقصیر تدلیسی محسوب می - شود، زیرا بدهکار به طور عمدی تعهدات قراردادی خود را به امید بردن سودی معادل با تفاوت بین هزینه عدم اجرا و سودی که معامله دوم برای او دارد، نقض می کند، و این امر تشدید مسؤولیت وی را در پی دارد که با آنچه نقض کارآمد دنبال می کند ناسازگار است (Downe, 2016, p. 17).

هر چند درج شرط عدم مسؤولیت<sup>۱</sup> به جهت مشابهت در آثار و نتایج با نظریه ی نقض، می تواند

۱- شرط عدم مسؤولیت شرطی است که به موجب آن متعهد در صورت عدم اجرا، اجرای با تاخیر یا ناقص تعهد، خسارتی نمی پردازد (ایزانلو، ۱۳۸۲، ۶۷).

هموارکننده‌ی مسیر پذیرش و جریان نظریه‌ی نقض کارآمد باشد، اما با توجه به این که به موجب حقوق ایران توافق قبلی طرفین بر عدم مسوولیت، تاثیری در کاهش یا نفی مسوولیت ناشی از خودداری عمدی و تقلب آمیز از اجرای قرارداد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۵۳/۴، ش. ۷۶۲)، باز هم جریان نظریه‌ی مورد بحث که مصداق خودداری عمدی است، با مانع مواجه خواهد بود. در حقوق فرانسه نیز اگر چه قانون‌گذار شروط کیفری و تحدید مسوولیت را معتبر شمرده است، اما سابقاً در مورد شرط عدم مسوولیت سکوت اختیار نموده بود که به ناچار باید اعتبار آن در رویه قضایی پایش می‌شد و رویه هم این شرط را در مواردی چون تدلیس و تقصیر عمدی، معتبر نمی‌دانست (Terré et al, 2002, no. 612) و در غیر این دو مورد نیز تراضی طرفین نمی‌تواند نامحدود بودن دامنه‌ی این شروط را سبب شود و قانون‌گذار در برخی موارد با تمهیداتی دامنه شروط را محدود نموده و لذا گاه شرط بی‌اثر می‌شود. البته در اصلاحیه جدید قانون فرانسه حدود شرط عدم مسوولیت بیان شده است. ماده ۱۱۷۰ اصلاحیه مسوولیت فرانسه به شکلی عام می‌گوید هر شرطی که مقتضای تعهد اصلی مدیون را از بین ببرد، نانوشته (کان لم یکن) فرض می‌شود؛ از جمله این شروط می‌توان به شروط محدودکننده یا عدم مسوولیت اشاره نمود (Ferrier, 2015, p. 73) که اگر به بلااثر شدن تعهد اساسی ناشی از قرارداد بینجامد مصداق شرط ناعادلانه تلقی شده و برابر ماده ۱۱۷۱ اصلاحیه باطل محسوب می‌شوند. (Dissaux & Jamin, 2016, p. 9; Guiomard, 2016, p. 15). هم‌چنین به موجب ماده ۲-۱۳۸۲ آن، شروط معافیت یا تحدید مسوولیت در فرض وجود تدلیس یا تقصیر سنگین بی‌اثر و باطل هستند.

البته پیش‌نویس وزیر دادگستری در ماده ۱۱۶۹ سازوکاری عمومی در مقابله با شروط ناعادلانه را پیش‌بینی نموده بود که بر اساس آن حکم مواد مذکور در قانون مصرف و قانون تجارت را به سایر قراردادها - صرف‌نظر از ویژگی طرفین آن تسری میداد، اما در اصلاحیه نهایی، روابط بین اشخاص حرفه‌ای از حوزه شمول این حکم مستثنی گردید، چراکه حمایت از اشخاص حرفه‌ای با اعمال مکانیسمی که برای حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر شروط ناعادلانه مورد استفاده قرار می‌گیرد، چندان موجه به نظر نمی‌رسد. رویه قضایی نیز تا پیش از این، با استفاده از نظریه «سبب»، در

۱- ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران چنین شروطی را باطل و مبطل عقد دانسته است.

مواردی که یکی از طرفین قرارداد توانسته بود بدون پرداخت عوض مبادرت به درج شرطی در قرارداد بنماید که سبب ایجاد نوعی نابرابری به نفع وی در قرارداد گردد، اقدام به ابطال آن شرط می‌نمود (Dissaux et al, 2016, p. 9). این راه‌حل در اصلاحات جدید، بدون اینکه از نظریه «سبب» ذکری به میان آمده باشد، در ماده ۱۱۶۹ مورد پذیرش قرار گرفته است که قرارداد معوضی که در زمان انعقاد آن، عوض توافق شده به نفع کسی که تعهدی را برعهده گرفته است غیرواقعی یا بسیار کم باشد، را باطل اعلام می‌دارد.<sup>۱</sup>

در نظام حقوقی ایران مواردی به چشم می‌خورد که در آن قانونگذار از شروط ناعادلانه (غیرمنصفانه / گزاف) صحبت کرده<sup>۲</sup> و برای آنها ضمانت اجرای بطلان مقرر داشته، با این حال به دلیل خاص بودن قوانین مزبور، به نظر نمی‌رسد که بتوان این حکم را به سایر قراردادها تسری داد و بطلان شروط ناعادلانه را به عنوان قاعده‌ای عمومی پذیرفت. در مقام تحلیل وضعیت این شروط در فرض درج آنها در قرارداد چنین به نظر می‌رسد که با توجه به اینکه ممکن است برداشتی که یک شخص از مفهوم «اعادلانه بودن» دارد، متفاوت از برداشت شخص دیگر باشد و افزون بر آن اساساً ارائه تعریفی مشخص از مفهوم ناعادلانگی نیز دشوار است، لذا اعطای حق اعلام بطلان این شروط به قاضی به بهانه ناعادلانه بودن آن امری نامعقول و تهدیدی برای اصل استحکام معاملات و امنیت حقوقی آنها به نظر می‌رسد. لذا شاید بهتر باشد که به جای پذیرش مفهوم متغیر ناعادلانه بودن یک شرط به عنوان قاعده‌ای عمومی برای اعلام بطلان آن، به تأثیر آن شرط در حفظ یا برهم زدن تعادل قراردادی و همبستگی دو عوض توجه‌نماییم و آنگاه با مواردی که وجود شرطی سبب از بین رفتن اساس تعهد متعهد می‌شود یا جهت تعهد طرف مقابل وی را عقیم می‌نماید، برخورد و مقابله نموده تا ضمن اجتناب از تحمیل شروطی از این دست از سوی طرف قوی قرارداد به طرف

۱- بیعی که ثمن آن صوری یا ناچیز است، بیع نیست و احتمال دارد به تفاوت موارد هبه یا صلح تلقی شود» (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ۲۸۴)  
 ۲- ماده ۲۳ قانون بهبود محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰، ماده ۴۵ (شماره ۲ بند ط) قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجراء سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶، بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ و ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲؛ قانونگذار در بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان تحمیل شروط ناعادلانه را از جمله مصادیق تبانی محسوب و در ماده ۸ همین قانون انجام تبانی و تحمیل شروطی که منجر به کاهش عرضه یا کیفیت می‌گردند را جرم‌انگاری نموده است؛ همچنین به موجب ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست.

ضعیف، سرنوشت قراردادهای افراد و استحکام آنان را محدودش نساخته باشیم.

نکته‌ی دیگر این که در حقوق ایران، اگر اشخاص ثالث با علم به قصد نقض متعهد، یاری‌گر وی گردند، در برابر زیان‌دیده صرفاً مسئولیت مدنی خواهند داشت (صفایی، ۱۳۸۵، ۱۶۹/۲-۱۶۸).<sup>۱</sup>

همچنین در حقوق فرانسه، قبل از اصلاحیه قانون مسئولیت، دیوان عالی آن کشور، به استناد اصل «قابلیت استناد قراردادها»<sup>۲</sup> قائل به مسئولیت مدنی برای اشخاص ثالث بود (Carbonnier, no. ) (122; Flour et al, 2002, no. 434; Terré et al, 2018, no. 490) و با اصلاحیه مذکور، این رویه وارد قانون فرانسه گردید. در موردی که شخص ثالث در تخطی از قرارداد، با یکی از دو طرف شراکت می‌کند، در برابر طرف دیگر مسئولیت پیدا می‌کند: فرض کنیم کارگر فنی یا هنرپیشه‌ای در برابر کارفرمای خود تعهد کرده باشد که نزد دیگری کار نکند و خدمت خود را به انحصار در اختیار کارفرما قرار دهد. مدیر کارگاه یا تماشاخانه دیگر به عمد و با پیشنهاد دستمزد بیشتر و شرایط بهتر کارگر را می‌فریبد و به موسسه خود می‌برد. این اقدام نوعی تقصیر و اقدامی نامتعارف است، زیرا اغواکننده نیز باید به تعهد میان زیان‌دیده و کارگر احترام گذارد و قرارداد در برابر او قابل استناد است. همچنین است در موردی که مالکی در مقابل خریداری به موجب قولنامه تعهد کرده است ملک خود را به وی بفروشد و دیگری با علم به وجود این تعهد ملک را از او می‌خرد و بدین وسیله موضوع تعهد را از بین می‌برد. وجود تعهد پیشین، در برابر خریدار اخیر قابل استناد است و مشارکت وی در این نقض عهد، تقصیر به شمار می‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ش. ۶۲۸).

برای تحقق مسئولیت اشخاص ثالث، نیازی به قصد ضرر و یا تقلب از ناحیه ایشان نیست. مسئولیت شخص ثالث در صورت آگاهی از رابطه قراردادی محقق شده و اگر در روابطی که وی با بدهکار شکل می‌دهد بر تمام یا بخشی از اجرای تعهد او با طلبکار مانع ایجاد کند و در اثر آن مانع، خسارتی به طلبکار وارد شود، مسئول است. بر همین مبنا در اصلاحیه قانون فرانسه، مسئولیت اعتبار شده برای ثالث منحصر به جنبه‌ی مدنی است و قراری بر مسئولیت کیفری وی وجود ندارد (Delahais, 2016, p. 79). نکته قابل توجه این است که در برخی آراء قضایی پیش از اصلاحات

۱- البته در برابر این نظریه، نظریه‌ی دیگری بیان شده بدین صورت که؛ به دلیل سبب اقوی بودن، مسئولیت منحصر بر عهده متعهد متخلف قرارداد است، نه شخص ثالث مگر اینکه شخص ثالث اقوی در سبب باشد (شهیدی، ۱۳۸۹، ۲۲۱).

۲- ر.ک: ص ۱۱ همین تحقیق.

۲۰۰۵، مسؤولیتی برای شخص ثالثی که با حسن نیت مال مورد تعهد در معامله دوم را بدست آورده، لحاظ نشده است که به نظر می‌رسد حسن نیت ثالث ابرای وی از مسؤولیت را سبب شده است. البته برخی از حقوق دانان، چنین آرائی را مبتنی بر ملاحظات اقتصادی دانسته‌اند. زیرا اجرا یا عدم اجرای قرارداد به عوامل اقتصادی مانند هزینه‌های معاملاتی، برابری یا نابرابری اطلاعاتی و سود مورد نظر طرفین از اجرا یا عدم اجرای قرارداد، ارتباط دارد، در حالی که شرایط پس از انعقاد قرارداد دگرگون شده است. بنابراین در چنین شرایطی، پس گرفتن ایجاب یا تعهد فروش، در قالب عدم اجرا یا نقض کارآمد قرارداد می‌گنجد ( Mainguy, 2004, p. 18; Deshayes et al, 2018, pp. 586- 594; Urvoas, 2017).

## ۲-۲ حقوق کامن‌لا

در مقایسه با حقوق فرانسه، وضعیت حقوقی ناقصی که مرتکب تقصیر عمدی می‌شود در حقوق آمریکا و انگلیس بسیار مطلوب است و زیان‌دیده به بهانه سوءنیت داشتن ناقص از تکلیف به کاستن از خسارت رها نمی‌شود. در نظام‌های حقوقی یادشده تعهد قراردادی به سهولت به پرداخت خسارت تبدیل شده و احتمال سودآوری را افزایش می‌دهد. هم‌چنین میزان خسارتی که باید پرداخت شود، به لحاظ نظری نسبت به حقوق ایران و فرانسه کمتر است. زیرا جبران خسارت محدود به خسارت‌هایی است که عرفاً غیرقابل اجتناب هستند. علاوه بر این، ارزیابی خسارت در زمان نزدیک به زمان عدم اجرای قرارداد صورت می‌گیرد و این حسن را دارد که موجب می‌شود ناقص بتواند با دقت نسبتاً بالایی، هزینه اختصاصی تقصیر خود را پیش‌بینی کند ( Trenor, 2018, p. 18). البته در نظام مذکور وصف عمدی یا غیر عمدی بودن رفتار ناقص مغفول نمانده است. بدین شرح که محاکم بعضی ایالات آمریکا، نقض تعهد ناشی از سوءنیت را سبب تشدید مسؤولیت مدنی دانسته و حکم به خسارت تنبیهی می‌دهند (Mattei, 1995, p. 430). رویه قضایی آمریکا در این موضوع، نخست در حوزه قراردادهای بیمه صورت پذیرفت و بیمه‌گرهای در تلاش برای فرار از بار تعهداتشان، مجبور به پرداخت خسارت‌های تنبیهی شدند. پس از ۱۹۸۰ این روال در خصوص قراردادهای دیگر نیز جریان یافت. سنگینی مسؤولیت‌های قانونی جبران‌کننده و پذیرش جواز نقض کارآمد، صاحب‌نظران حقوقی را به فقدان کارآئی و بدون توجیه بودن تعیین ضمانت اجرای کیفری سوق داده است (Curtis, 1986: p. 172) و لذا درج شروط کیفری در

قرارداد صراحتاً در نظام حقوقی کامن لا ممنوع اعلام شده است (Mattei, 1995, p. 428). بنابراین در حقوق کامن لا تاثیر رفتار ناقض در ارزیابی و تعیین میزان خسارت را می توان مانعی در مقابل تقصیرهای سودجویانه دانست. هرچند علی‌النهایی در نظام مذکور، ضمانت‌های تعیین شده برای اجرای قرارداد، آزادی بیشتری برای نقض تعهدات قراردادی به امید بردن سود برای ناقض در پی دارد (Symeonides, 2010, p. 509; Landes, 1979, no: 602).

برخی از قضات آمریکایی کارآمد بودن پیمان‌شکنی و افزایش ثروت را توجیه‌کننده نظریه نقض کارآمد دانسته و البته جواز نقض را منوط به تحصیل رضای زیان‌دیده قبل از نقض قرارداد می‌دانند؛ و اگر زیان‌دیده رضایتش را انکار کرد، متعارف بودن یا نبودن عدم رضای وی مورد بررسی قرار می‌گیرد. بنابراین، اصل نقض مباح (نقضی که به طریقی مانند درج شرط ضمن عقد، زیان‌دیده سابقاً از احتمال نقض مطلع شده و نسبت به وقوع احتمالی آن اعلام موافقت نموده است) به عنوان جایگزین نظریه نقض کارآمد، مبتنی بر رضای صریح یا ضمنی زیان‌دیده است (Lahav, 2000, p. 168). در چنین روالی ایراد مغایرت با عدالت هم وارد نخواهد بود. زیرا پیمان‌شکن، در پی غصب حقوق زیان‌دیده نبوده و سودی هم که به دست می‌آورد ناشی از بی‌مسئولیتی نیست و وی صرفاً به دلیل پیشگیری از زیان خویش چنین اقدامی داشته و در عین حال جبران خسارات وارده به طرف مقابل را نیز برعهده می‌گیرد. هم‌چنین نقض قرارداد به هراندازه ناعادلانه و ناکارآمد به نظر آید، به همان میزان، تعهد ناقض نسبت به جبران خسارتی که در اثر تقصیر وی بوجود آمده است سنگین می‌شود و خسارت تا جایی جبران می‌شود که عدالت برقرار شود (Hullicki, 2009, p. 258).

اصل مسئولیت اشخاص ثالثی که در نقض قرارداد مشارکت داشته‌اند در حقوق معاصر انگلستان به رای مشهوری (Lumley v Gye) در سال ۱۸۵۳ بر می‌گردد که پس از آن در تمام ایالت‌های آمریکا پذیرفته شد. در این پرونده، مدیر تئاتری با خواننده‌اش قرارداد انحصاری اجرای موسیقی می‌بندد و رقیب وی نیز برای اجرای همان برنامه پول بیشتری به آوزاه‌خوان پیشنهاد می‌کند و موجب می‌شود خواننده قرارداد نخست خود را نقض کند. به دنبال آن، مدیر از ثالث شکایت و مطالبه خسارت می‌کند. دادگاه چنین استدلال می‌کند که اصل نسبی بودن قرارداد مانع از تحقق مسئولیت ثالثی که به طور عمدی شرایط عدم اجرای قرارداد را فراهم کرده نیست. امروزه، تفکیک بین دو اصل اثر نسبی و قابلیت استناد قرارداد در کامن‌لا آشکار نیست و

Treitel, 2003, ) دانند می‌دانند ( از اثر نسبی قرارداد می‌دانند ( Treitel, 2003, p.619؛ انصاری، ۱۳۹۰ (الف)، ۵۷۰). برخی از نویسندگان نیز برای تأیید مشروعیت وجود این نوع مسؤولیت، حق مطالبه ناشی از این مسؤولیت را با حقوق عینی یکسان و در نتیجه در برابر همه قابل استناد می‌دانند (Farnsworth, 1985, no 111).

از نظر حقوق کامن‌لا، تحقق مسؤولیت ثالث در عدم اجرای قرارداد، منوط به وجود شرایطی است. اولاً صرف نقض قرارداد توسط متعهد موجب تحقق مسؤولیت برای ثالث نشده ( Laithier, 2004, p. 511) و اثبات تقصیر عمدی و اطلاع وی از وجود قرارداد در زمان نقض ضروری است و می‌توان گفت قصد ضرر زدن به طلبکار، شرط بنیادین تحقق این شبه جرم است.<sup>۱</sup> بدین‌سان، علاوه بر مسؤولیت مدنی شخص ثالث، اثبات رابطه سببیت بین تقصیر وی و خسارت وارد به طلبکار؛ جنبه مسؤولیت کیفری برای او را نیز سبب می‌شود (Morgan, 2013, p. 276).

ثانیاً مسؤولیت ثالث فرع و تابعی از مسؤولیت متعهد محسوب نمی‌شود. بل که اگر متعهد بتواند به شرط زایل‌کننده مسؤولیت استناد و مسؤولیت خود را نفی کند، باز هم مسؤولیت ثالث به قوت خود باقی خواهد بود.

نکته‌ی پایانی این است که به طور کلی در نظام حقوقی کامن‌لا که مسؤولیت اشخاص ثالث (پرداخت خسارت تنبیهی یا خسارت‌های ناظر به اعاده‌ی وضعیت زیان‌دیده به حالت قبل از انعقاد قرارداد) منشعب از نیروی الزام آور قرارداد محسوب می‌شود، اثر اجرای تعهد قراردادی کمتر است. هم‌چنین علی‌رغم به رسمیت شناخته شدن تجارت آزاد و تخصیص مطلوب منابع، مسؤولیت متعهد سهیم در «نقض قرارداد»ی که ناکارآمد تشخیص داده شود، سنگین‌تر و غیرواقعی‌تر است (Cunningham, 2016, p. 153; Laithier, 2004, p. 518).

### نتیجه‌گیری و پیشنهادات

تحلیل اقتصادی قرارداد بیان‌گر تعارض نگاه شکلی به قواعد معاملاتی خصوصاً تقسیم منطقی مورد معامله به معین و کلی با انعطاف معاملاتی و کارایی اقتصادی است. کنار گذاشته شدن اصول

1- Uniform Commercial Code (UCC), www.legislature.mi.gov

تجاری همچون اصل سرعت و سهولت، پیمان‌شکنی‌های متعدد قراردادی، شکل‌گیری ناکارآمد و گاه ملازم ضرر ضمانت اجراهای نقض قرارداد، اطاله دادرسی و درگیری دستگاه قضایی همگی نتیجه مستقیم نگاه صوری به معامله است.

در نظام‌های حقوقی کامن‌لا که تحلیل اقتصادی مبنای تنظیم حقوق قراردادهای بوده است، هدف طرفین از انعقاد قرارداد، برطرف کردن نیاز اقتصادی دانسته می‌شود که در نتیجه‌ی آن هر آن‌چه که بتواند مطلوبیت مورد نظر اطراف معامله را تأمین کند، صلاحیت قرار گرفتن در جایگاه مورد معامله را دارد که این فراهم نمودن کالای مطلوب و مورد انتظار در قرارداد حتی ممکن است توسط متعهدله انجام گردد. رسمیت یافتن طرق متعددی برای تأمین مطلوبیت مورد نظر قرارداد نتیجه‌ی چنین نگاهی به حقوق قراردادی است. در این نظام حقوقی متعهد با توجه به شرایط بازار، طریق مقرون به صرفه‌نه لزوماً تهیه و تسلیم عین-را انتخاب و از هزینه‌های بیشتر جلوگیری می‌کند و با این ترتیب قرارداد را از روبه‌رو شدن با پیمان‌شکنی مصون داشته و متعهدله را سریع‌تر به مطلوبیت مورد نظر خود می‌رساند. به علاوه چون داوری در مورد تحقق موقعیت قراردادی مورد انتظار با عرف و بازار است، از متعهدله انتظار می‌رود تا در فرضی که به‌منظور دفع ضرر از خود، به راحتی می‌تواند این مطلوبیت را با هزینه کمتر نسبت به متعهد، فراهم کند، به صورت متعارف رفتار و ضمن تأمین عین یا بدل و دریافت هزینه آن از متعهد، از ایراد ضرر و هدررفت منابع جلوگیری کند. بنابراین در زیان‌های وارده بر اثر تاخیر در اجرای قرارداد، مسئولیت قراردادی متوجه کسی است که می‌توانسته با هزینه کمتر، مطلوبیت مورد نظر را فراهم کند. اثبات این امر گرچه دشوار است ولی در هر حال سبب پرهیز متعهدله از بی‌مبالاتی و کاهلی در فرایند معامله می‌شود. زیرا کاهلی در عدم تحصیل موضوع قرارداد در صورتی که وضعیت او را تشدید و زیان‌های بعدی را در پی داشته باشد، به حساب طرف مقابل گذاشته نشده و ریسک این انفعال مطابق قاعده «تکلیف متعهدله به کاستن خسارت» به عهده شخص متعهدله است.

هم‌چنین در نظام‌های سنتی حقوقی هم‌چون ایران، مسوولیت مدنی به جبران خسارت منحصر می‌شود، اما در نظام کام‌لا، علاوه بر جبران خسارت، پیش‌گیری از وقوع ضرر در آینده نیز لحاظ و مصداق مسوولیت مدنی محسوب می‌شود. زیرا کم نیستند خسارت‌هایی که امکان جبران آنها وجود ندارد و حقوق باید چاره‌ای برای پیشگیری از وقوع آنها بیندیشد. ظهور حوادث جدید و مکتب‌های جدید حقوقی مانند مکتب تحلیل اقتصادی حقوق در آمریکا از سال ۱۹۷۰ و مکتب



تحلیل حقوق بشری تعهدات در اروپا، موجب بازبینی پاره ای از قواعد سنتی مسؤولیت مدنی در بسیاری از کشورها از جمله فرانسه شده است. دو قاعده «تکلیف متعهدله به کاستن خسارت» و «مسؤولیت شخص ثالث» را می توان مصادیق بارز تلاش برای پیشگیری از وقوع ضرر دانست که هر دو به دلیل عدم مخالفت با مقررات و روح قوانین در ایران، واجد قابلیت به کارگیری در حقوق ایران می باشند. با توجه به عدم دخالت عنصر عمد در اثبات مسؤولیت ثالث در حقوق فرانسه به خلاف حقوق کامن لا، اثبات مسؤولیت مدنی و کیفری ثالث در گرو عامدانه بودن فعل ارتكابی می باشد و به نظر می رسد حوزه مسؤولیت شخص ثالث با اصل قابلیت استناد قراردادی در حقوق فرانسه گسترده تر از آن در حقوق کامن لا باشد.

نقض کارآمد با بهره گیری از تمام عناصر نویناد پیش گفته، قدرت تطبیق چشم گیری بر اصول و قواعد نوپیدای حقوق تعهدات و مسؤولیت مدنی دارد و به نسبت دیدگاه های سنتی، قابلیت بیشتری در تامین اهداف قراردادی از خود بروز داده است که نگاهی جدی بدان را می طلبد. امروزه در بسیاری از نظام های حقوقی همانند هلند و آلمان که مستقلاً دست به تدوین دوباره قوانین خود زده اند و یا کشورهایی که پس از ورود به اتحادیه اروپا اقدامی مشابه صورت داده اند، اباحه نقض کارآمد، امری مسلم است و لزوم وجود ملاک کارآمدی، در کنار قواعد پیش گفته مانع افراط مستهجن در به کارگیری این پدیده می گردد. نظام حقوقی ایران، هرچند بر قاعده ای «اصالة اللزوم» بنیان نهاده شده است، اما با تطبیق قواعد نویناد و مقرر نمودن ملاک های متضمن تحقق عدالت قراردادی، امکان پذیرش «اباحه ی نقض کارآمد» منتفی نبوده و می توان از مزایای آن در غنای حقوق قراردادی بهره جست. بی شک تطبیق این نظریه بر مسلمات فقهی و حقوقی و رفع تعارضات احتمالی، نیازمند پژوهش های بیش و با گستره ی بیشتر است.

## فهرست منابع

### الف) فارسی

- [۱] اشمیتوف، کلایوام (۱۳۹۶)، حقوق تجارت بین الملل (ترجمه گروه مترجمان زیر نظر بهروز اخلاقی)، تهران، سمت.
- [۲] امامی، سیدحسن (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، ج ۱۱، تهران، اسلامیه.
- [۳] انصاری، مهدی (۱۳۹۰) (الف)، نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل

- اقتصادی حقوق، فصلنامه حقوق، ش. ۱.
- [۴] انصاری، مهدی (۱۳۹۰) (ب)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران، جنگل.
- [۵] ایزانلو، محسن (۱۳۸۲)، شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها، تهران، نشرانتشار.
- [۶] پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۶)، انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران: شالیزه.
- [۷] جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چ ۲، تهران، گنج دانش.
- [۸] جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت: حقوق تعهدات عقود و ایقاعات، تهران، گنج دانش.
- [۹] حسینی روحانی، سیدمحمدصادق (۱۳۸۶)، منهاج الفقاهه، چ ۵، قم، انوارالمهدی.
- [۱۰] خاندوزی، سیداحسان (۱۳۸۶)، معیارهای اقتصادی در قانونگذاری نوین، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۳، ش ۵۴.
- [۱۱] زمانیان، معصومه (۱۴۰۰)، ارزیابی و جبران خسارت در قراردادهای تجاری بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین الملل، دانشکده حقوق دانشگاه پیام نور تهران جنوب.
- [۱۲] الزوزی، ژوزف (۱۳۶۷)، مکتبهای اقتصادی، ترجمه جهانگیر افکاری، تهران، اسالمی.
- [۱۳] سادات اخوی، سیدمحسن؛ کاشانی، محمود (۱۳۸۰)، تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۱۷، ش ۱.
- [۱۴] ساموئلسن، پل و نورد هاوس (۱۳۸۴)، اصول علم اقتصاد، ترجمه مرتضی محمدخان، تهران، علمی و فرهنگی.
- [۱۵] شادور، عبدالهادی (۱۳۹۸)، مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور (حقوقی و کیفری)، تهران، جنگل.
- [۱۶] شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، حقوق مدنی ۱ - تشکیل قراردادها و تعهدات، چ ۷، تهران، مجد.
- [۱۷] شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، آثار قراردادها و تعهدات، چ ۴، تهران، مجد.
- [۱۸] شهیدی، مهدی (۱۳۹۹)، حقوق مدنی ۶ - عقود معین ۱، تهران، مجد.
- [۱۹] صفایی، حسین؛ رحیمی، حبیب اله (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)،

تهران، سمت

[۲۰] صفایی، سیدحسین (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران، میزان.

[۲۱] صفایی، سیدحسین (۱۳۹۲)، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی (مجموعه مقالات)، تهران، میزان.

[۲۲] طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، جلد ۴، چ ۲، قم: انتشارات اسلامی.

[۲۳] فریدمن، دیوید (۱۳۸۰)، حقوق و اقتصاد، ترجمه پیمان شادفر، مجله اقتصادی، ش. ۲.

[۲۴] کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی: الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری)، چ ۴، تهران، دانشگاه تهران.

[۲۵] کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، حقوق مدنی؛ معاملات معوض - عقود تملیکی: بیع - معاوضه - اجاره - قرض، تهران، انتشار.

[۲۶] کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، سهامی.

[۲۷] کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ ۶۲، تهران، میزان.

[۲۸] کلایوام، اشمیتوف، حقوق تجارت بین الملل (ترجمه گروه مترجمان زیر نظر بهروز اخلاقی)، ج ۱، ص ۲۴۰.

[۲۹] ولویون، رضا (۱۳۸۰)، فروش آپارتمانهای ساخته نشده، پژوهش حقوق و سیاست، ش. ۴.

### [۳۰] (ب) عربی

[۳۱] السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، کتاب البیع و المقایضه، ج ۴، بیروت، الحلبي الحقوقیه.

[۳۲] انصاری، مرتضی (۱۳۷۸)، مکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی.

[۳۳] خوئی، سیدابوالقاسم (۱۳۶۷)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم، وجدانی.

[۳۴] طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۳۷۸)، حاشیه مکاسب، قم، اسماعیلیان.

[۳۵] قاسم، محمدحسن (۲۰۰۷)، القانون المدنی (العقود المسماه)، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه.

[۳۶] مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۷)، انوار الفقاهه (کتاب البیع)، قم، مدرسه امام علی (ع).

[۳۷] نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۲۱)، تقریرات محمد حسین نائینی، منیه الطالب، قم، نشر اسلامی.

[۳۸] یوسف الحکیم، جاک (۱۹۸۸)، العقود الشائعة او المسماة (عقد البيع)، دمشق، منشورات.

(ج) لاتین

- [39] Aguiar, Anelize slomp (2011), the law applicable to international trade transactions with Brazilian parties, university of Toronto.
- [40] Atiyah, P. S., Adams, John N., Macqueen, Hector (2010), The Sale of Goods, Pearson Education Canada; 12<sup>th</sup> ed.
- [41] Benedicte Fauvorque-cosson (2015), "Towards an important reform of French civil law". Montesquieu Law Review, No. 3.
- [42] Bentham, Gerny (1789), The theory of legislation, Principles of the civil code, at: <http://www.jstor.org>.
- [43] Bergel, J. L. et M. Bruschi et S. Cimamonti (2000), Traité de droit civil: Les biens (sous la direction de J. Ghestin), Paris, L.G.D.J.
- [44] Bloch, P. (1988), Le transfert de propriété dans la vente, RTD civ.
- [45] Bridge, Michael G., ed. (2010), Benjamin's sale of goods. Common law library. Sweet & Maxwell, London.
- [46] BuffelanLanore, Y. et V. Larribau-Terneyre (2017), Droit civil: Les obligations, 15e édition, Paris, Dalloz.
- [47] Cafaggi, F., (2009), Creditor's Fault: In Search of a Comparative Frame, EUJ Working Papers Law No. 2009/15. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1551825>.
- [48] Calabresi, Guido; Melamed, A. Douglas (1972), Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral, Harvard Law Review: <http://www.jstor.org>.
- [49] Carbonnier, Jean (2000), Droit civil t.4 les obligations, 22<sup>e</sup> ed, Paris, Puf Themis.
- [50] Charpentier, É. (2002), Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme /consensualisme, Les Cahiers de droit, vol.43, n° 2.
- [51] Cooter, Robert; Ulen, Thomas (2011), Law and economics, Pearson Education; 6th edition.
- [52] Cornu, Gerard (1992), "Vocabulaire juridique", Paris, Presses universitaires de France, 3<sup>e</sup> Ed.
- [53] Cunningham, Lawrence A. (2016), Contracts in the Real World Stories of Popular Contracts and Why They Matter, Washington, University Law School, 2<sup>nd</sup> Edition.
- [54] Curtis, L. (1986), Damage measures for bad faith breach of contract: an economic analysis, Stanford Law Review, Vol. 39, No. 1, pp. 161-185. at: <http://www.jstor.org>
- [55] Delahais, Caroline (2016), Réforme du droit des obligations: les effets du contrat à l'égard des tiers, Revue Juridique de l'Ouest, Vol. 2, pp. 71-82.
- [56] Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas; Laithier, Yves-Marie (2018), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2<sup>e</sup> édition.
- [57] Dissaux, Nicolas, Christophe, Jamin (2016), Réforme du Droit des Contrats,

- Du Régime Général et de la Preuve des Obligations, Paris: Dalloz.
- [58] Dissaux, Nicolas; Jamin, Christophe (2016), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Paris: Dalloz.
- [59] Downe, Alexis (2016), The Reform of French contract law: a critical overview. *Revista da Faculdade de Direito-UFPR, Curitiba*, vol 61, no 1.
- [60] Eisenberg, M. A., (2005) Actual and virtual specific performance, Vol. 95, *California Law Review*, pp 975-1050.
- [61] Eisenberg, Melvin, (2004), The theory of efficient breach and the theory of efficient termination, UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY, at: <http://repositories.cdlib.org/berkeley-law-econ/spring2004>.
- [62] Farnsworth, E Allan, (1985), Your loss of my gain? The dilemma of disgorgement principle in breach of contract, Vol. 94, *Yale Law Journal*, at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol94/iss6/4>
- [63] Ferrier, Nicolas (2015), Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat (Rapport français), La réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes, dir. R. Schulze et alii, Société de législation compare.
- [64] Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc; Savaux, Eric (2002), *Les obligations t.1: l'acte juridique*; 10<sup>e</sup> ed, Armand Colin.
- [65] François, C. (2018), Présentation des articles 1196 à 1198 de la nouvelle sous-section 2, "Effet translatif, La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1. <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reformecontrats/titre3/stitre1/chap4/sect1/ssect2-effet-translatif>
- [66] Fried, Charles, (1981), 'Contract as Promise', Cambridge MA: Harvard University press.
- [67] Friedman, Daniel, (1989), The Efficient Breach Fallacy, *The Journal of Legal Studies*, Vol 18, No 1.
- [68] Fuller, L. L.; Perdue, William R. (1936), The Reliance Interest in Contract Damages, Vol. 46, No. 1, *Yale Law Journal*, pp. 52-96.
- [69] Ghestin J.; Loiseau G.; Serinet Y. (2013), *La formation du contrat. Tome 1. Le contrat, le consentement*. 4<sup>th</sup> ed, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence and Lextenso.
- [70] Gross, B. (1978), *Le droit de la vente*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Presses Universitaires de France.
- [71] Guiomard, Pascale (2016), Réforme du droit des obligations - Supplément, Dalloz.
- [72] Gwyn, Julius (1952) "Requirement and Output Contract", *Duke Bar journal*, Vol. 2, N. 2, pp.180-194.
- [73] Hatzis, Aristides N. (2006), Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?. *THE ARCHITECTURE OF EUROPEAN CODES AND CONTRACT LAW*, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, pp. 159-191, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=661661>

- [74] Holmes, Oliver Wendell, (1881), Common law, at: [http://biotechlawsuedu/Books/Holmes/claw\\_chtm](http://biotechlawsuedu/Books/Holmes/claw_chtm).
- [75] Hoynak, Bryan (2010), Filing in the blank: Defining Breaches of Contract Excepted from Discharge as Willful and Malicious Injuries to Property under 11 U.S.C. 523(a) (6), WASH. & LEE L REV.693, V. 67.
- [76] Huet, J. (2020), Responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle: essai de delimitation des deux orders de responsabilite, Editeur: Éditions Panthéon-Assas, These Paris II (1978), LGDJ.
- [77] Hullicki, Maciej (2009), “Currentstatues of private enforcement in the United States and the European Unions”, Jagiellonain University.
- [78] Joseph. D (1999), “Chitty on Contracts”, Vol. 2, Twenty– Eighth Edition, London, Sweet & Maxwell.
- [79] Kant, Immanuel (1994), General introduction to the metaphysic of morals, The great books.
- [80] Kuchhal, M. C. (1999), ‘Business Law’, Third Revised Edition.
- [81] Lahav, Gil (2000), A Principle of Justified Promise - Breaking and its Application to Contract Law, Vol. 57, N.Y.U. Annual Survey of American Law, pp. 163-178.
- [82] Laithier, Yves-Marie (2004), Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, Paris, L.G.D.J.
- [83] Lecourt, Arnaud (2016), Fiches de droit des obligations, 5<sup>e</sup> éitdion, Paris, Ellipses.
- [84] Lianos, Ioannis (2015), “Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe”, CLES Researchers Paper, University College London - Faculty of Laws; HSE -Skolkovo Laboratory for Law and Developm.
- [85] Mainguy, Daniel, (2004), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, Université de Montpellier, RTDciv.
- [86] Markesinis, B and Unberath, H and Johnston, A. (2006), The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Oxford, Hart Publishing, (2ed).
- [87] Markovits, Daniel; Schwartz, Alan (2011), The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest, V. 97, Virginia LR
- [88] Mattei, Ugo, (1995), The comparative law and economics of penalty clauses in contracts, journal of comparative law, Vol. 43, The American Journal of Comparative Law. At: <http://www.jstor.org>.
- [89] Mazeud, H., J. et L. (1987), Leçons de droit civil, Tome 3 (Vente et échange), 7<sup>e</sup> éitdion, Paris, Montchrestien.
- [90] McGregor, QC. Harvey (2008), The Role of Mitigation in the Assessment of Damages, Book Chapter: (Contract Damages, Domestic and International Perspectives), Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington (Eds), Hart Pub.
- [91] Morgan, Jonathan (2013), Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law (Law in Context), Cambridge University Press; 1<sup>st</sup> edition.
- [92] Piedelièvre, S. (2000), Traité de droit civil: La publicité foncière (sous la

- direction de J. Ghestin), Paris, L.G.D.J.
- [93] Posner, Richard (2014), *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer Law & Business; 9<sup>th</sup> edition
- [94] Poulique, C. (2000), *Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats*, *Revue juridique de l'Ouest*, n° 4.
- [95] Rémy, Philippe (1997), *La Responsabilité Contractuelle: Histoire d'un faux Concept*, *RTD civ*, 7<sup>e</sup> éd.
- [96] Ribeiro, Robert (2002), *Damages and Other Remedies for Breach of Commercial Contracts*, Great Britain, Thorogood.
- [97] Roger LeRoy Miller & Gaylord A. Jentz (2011), *Business Law Today: The Essentials*, USA: South - Western Cengage Learning.
- [98] Rühl, Giesela (2007), *Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency*, *Law research institute research paper series, CLPE Research Paper*, Vol. 03 No. 1.
- [99] Sami Zaki, M. (1986), *Le formalisme conventionnel: illustration de la notion de contrat cadre*, *Revue Internationale de droit comparé*. Vol. 38, N°4.
- [100] Séminar risques (2006), *assurances, responsabilité, réparations du préjudice corporel et équité*. at: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- [101] Symeonides, Symeon (2010), *Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective, Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing. Printed in The Netherlands.
- [102] Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves (2002), *les obligations*, 8 éd, Paris, Dalloz.
- [103] Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves; Chénéde, François (2018), *Droit civil; les obligations*, 12<sup>e</sup> édition, Dalloz.
- [104] Terré, F. (2009), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz.
- [105] Thill, Melanie et al (2014), *France (chapter 11), The Private Competition Enforcement Review - France*, Law Business Researcher Ltd.
- [106] Treitel, G H, (2003), *The law of contract*, 11 ed, London, Sweet and Maxwell.
- [107] Trenor, John A. (2018), *The Guide to Damages in International Arbitration*, (Global Arbitration Review). London: Law Business Research Ltd.
- [108] *Uniform Commercial Code (UCC)*, [www.legislature.mi.gov](http://www.legislature.mi.gov)
- [109] Urvoas, Jean-Jacques (2017), *Projet ROJE de Refome de la Responsabilite Civil*, Ministère de la justice.
- [110] Viney, Geneviève (2019), *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> édition.
- [111] Viney, Genevieve; Jourdain, Patrice (2000), *les effets de la responsabilité*; 2 ed, LGDJ, n.59.
- [112] Viney, Genevieve; Jourdain, Patrice (1998), *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, 2 éd, Paris, LGDJ.