

## نقض کارآمد قرارداد در حقوق ایران

سام محمدی<sup>۱\*</sup>، حسام کدیور<sup>۲</sup>

۱. دانشیار گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

۲. دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۱۰)

### چکیده

نقض کارآمد یکی از بحث‌برانگیزترین مفاهیم تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها است. به موجب این نظریه، اگر نقض قرارداد و جبران خسارت طرف مقابل از اجرای قرارداد کارآمدتر باشد، متعهد باید قرارداد را نقض کرده و خسارات وارد بر طرف مقابل را جبران کند. می‌توان ادعا کرد مهم‌ترین مانع پذیرش نقض کارآمد در حقوق ایران، اصل لزوم و حق متعهد درباره الزام متعهد به اجرای عین تعهد است. در این مقاله بحث خواهد شد که اجرای عین تعهد که مبنایی عقلایی دارد، نمی‌تواند با نظریه نقض کارآمد که آن هم از مبنای عقلایی بهره می‌برد، تعارض داشته باشد. به‌عنوان نتیجه نهایی، نویسندگان بر این باورند که هرچند با نگاهی متفاوت به اصل لزوم، می‌توان نقض کارآمد را پذیرفت، با توجه به ویژگی‌هایی مانند ضعف شدید نظام حقوقی ایران در جبران کامل خسارات باید در پذیرش این نظریه جانب احتیاط را رعایت کرد.

### کلیدواژگان

اجرای عین تعهد، اصل لزوم، نقض کارآمد.

## مقدمه

در نگاه حقوق اقتصادی هدف قواعد حقوقی ترغیب رفتارهای کارآمد است (Davis, 2003, pp.428-429). از نظر طرفداران این دیدگاه، ارزیابی قواعد حقوقی با معیار «کارآمدی اقتصادی» سبب دستیابی به خواسته‌های طرفین قرارداد خواهد شد (Sidhu, 2010, p.359). بنابراین، در این نگرش ملاحظات اقتصادی می‌تواند منشأ تغییر، اصلاح یا ایجاد مقررات حقوقی شود. یکی از مواردی که با همین انگیزه در این رشته از حقوق مورد توجه قرار گرفته، نظریه «نقض کارآمد قرارداد»<sup>۱</sup> است. به موجب این نظریه متعهد در وضعیتی قرار گیرد که هزینه نقض قرارداد و جبران خسارت طرف مقابل از هزینه اجرای قرارداد کمتر باشد، وی حق دارد قرارداد را نقض کند (Katz, 2011, p.1). همچنین، گاهی متعهد در وضعیتی قرار می‌گیرد که نقض قرارداد برای وی به حدی سودمند است که وی قادر خواهد بود بی‌آنکه خود یا طرف مقابل متضرر شوند، قرارداد را نقض و خسارت طرف قرارداد را جبران کند. در واقع، در این شرایط وضعیت متعهدله نسبت به اجرای قرارداد بدتر نخواهد شد و وضعیت متعهد نیز بهبود خواهد یافت. از منظر این نظریه در این حالت نه تنها حقوق نباید ناقض را مجازات کند، بلکه باید وی را تشویق به این امر نیز کند (Scalise, 2007, p.722). این نقض نه تنها منفعت اشخاص، بلکه منافع اجتماعی را نیز توسعه می‌دهد (Sidhu, 2010, p.357). نظریه نقض کارآمد براساس مفهوم «کارآمدی پارتو»<sup>۲</sup> عمل می‌کند که به موجب آن زمانی یک معامله کارآمد است که امکان تغییر در آن به نحوی که بهبود وضعیت یک شخص بی‌آنکه وضعیت دیگری تنزل یابد، میسر نباشد (Russell, 2007, P.20).

در واقع، این دیدگاه بر این پیش‌فرض استوار است که عدالت همان کارایی اقتصادی است (Posner, 1998, p.133). زیرا کارایی اقتصادی باعث تخصیص مطلوب منابع می‌شود. هرچند به این نکته نیز باید توجه کرد که در زمینه رابطه عدالت و کارایی اقتصادی این عقیده وجود دارد که

---

1. Efficient Breach of Contract  
2. Pareto efficiency

این ارتباط از نوع عموم و خصوص من وجه است و الزاماً کارایی به معنای عدالت اقتصادی نیست.<sup>۱</sup> با وجود این، اولاً حداقل در بخشی که کارایی و عدالت بر هم منطبق اند، مشکلی به لحاظ عادلانه یا غیرعادلانه بودن نتیجه این نظریه وجود ندارد، و دوم، آنچه در این پژوهش مورد توجه قرار خواهد گرفت، بررسی وضعیت پذیرش نقض کارآمد به لحاظ حقوقی است و بحث عادلانه بودن موضوعی ثانوی است که پیش فرض آن است که باید در قواعد حقوقی مستتر باشد. به طور طبیعی، برای تأیید یا رد این نظریه باید همه جنبه‌های حقوقی و اخلاقی بررسی شود. علاوه بر این، به نظر می‌رسد آثار عملی پذیرش هر دیدگاهی نیز باید بررسی شود. برای مثال اگر فرض شود پذیرفتن نظریه نقض کارآمد به لحاظ اخلاقی پذیرفته شده است و به لحاظ حقوقی نیز با مانعی مواجه نیست، کماکان این پرسش باقی خواهد ماند که آیا در نظام حقوقی ایران که تعیین میزان خسارت و حکم به پرداخت آن با مشکلات اساسی مواجه است، آیا نظریه نقض کارآمد از کارآمدی لازم برخوردار خواهد بود یا خیر؟ به بیان دیگر، نکته اصلی پذیرش نظریه نقض کارآمد آن است که خسارات وارد بر متعهدله به طور کامل جبران شود. حال اگر یک نظام حقوقی قادر نباشد خسارات وارد بر زیان دیده را به طور کامل جبران کند، نه تنها پذیرش نقض کارآمد گامی در جهت عقلانی کردن قواعد حقوقی محسوب نمی‌شود، برعکس نتیجه‌ای غیرمعقول و ظالمانه نیز در بر خواهد داشت.<sup>۲</sup> از جمله مشکلات نظام حقوقی ایران در زمینه جبران خسارات می‌توان به اختلاف نظر در زمینه اعتبار حقوقی عدم‌النفع، شناسایی خسارات وارد بر شهرت تجاری، ارزیابی خسارات براساس شاخص تورم بانک مرکزی، ارزیابی نامناسب خسارات وارد بر اموال غیرملموس، نبود رویه روشن و منسجم در زمینه خسارات قابل مطالبه اشاره کرد. در این تحقیق از میان جنبه‌های یادشده صرفاً موضوع را از لحاظ حقوقی مورد دقت قرار

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک. عیوضلو، ۱۳۸۴.

۲. به طور طبیعی، بحث در این زمینه فاقد جنبه حقوقی است و بیشتر ناظر بر بررسی منطقی توالی فاسد ناشی از پذیرش نظریه مزبور است.

می‌دهیم و به مهم‌ترین مانع پذیرش این نظریه در حقوق ایران یعنی تعارض نقض کارآمد با تکلیف به اجرای عین تعهد می‌پردازیم. البته با توجه به اینکه به لحاظ عملی در بسیاری از موارد نقض قرارداد مربوط به عقد بیع است در حقوق ایران این ایراد نیز مطرح است که بیع عقدی تملیکی است و به محض وقوع بیع، انتقال مالکیت ایجاد شده و موضوع عقد برطرف می‌شود. بنابراین، تعهدی باقی نخواهد ماند که بحث شود آیا باید عین تعهد اجرا شود، یا خیر. تعهد به تحویل مبیع نیز تعهدی ثانوی و از آثار بیع است و علی‌القاعده خارج از بحث ما است. به همین دلیل به نظر می‌رسد درباره عقد بیع عین معین بحث پیرامون نقض کارآمد منتفی است. هرچند این ایراد صرفاً به عقد بیع اختصاص دارد و موضوع پژوهش ما اعم از بیع است، به اختصار راجع به آن نیز بحث خواهیم کرد.

پرسش اصلی این تحقیق این است که آیا نقض کارآمد با اجرای عین تعهد تعارض دارد، یا خیر؟ در نتیجه، پرسش‌های فرعی دیگری مطرح می‌شود، نظیر اینکه آیا «اجرای عین تعهد» صرفاً تعهد متعهد است یا این امکان نیز وجود دارد که «اجرای عین تعهد» حق متعهد باشد؟ در نتیجه، آیا متعهد می‌تواند تعهد را در قالبی غیر از آنچه طرفین حین عقد مورد توجه قرار داده‌اند، اجرا کند؟ به بیان دیگر، آیا می‌توان میان تعهد و عین تعهد تفکیک قائل شد؟

به نظر می‌رسد به لحاظ منطقی برای پاسخ به پرسش اصلی، باید ابتدا به این موضوع پرداخت که اساساً مبنای الزام متعهد به اجرای عین تعهد چیست؟ با شناخت این مبنا، بهتر می‌توان حدود و ثغور الزام وی را تعیین کرد. بنابراین، در ادامه ابتدا به مفهوم نقض کارآمد و پس از آن به مبانی الزام متعهد در اجرای عین تعهد می‌پردازیم.

### مفهوم

همان‌طور که اشاره شد، به موجب نظریه نقض کارآمد، اگر نقض قرارداد و جبران خسارت طرف مقابل از اجرای قرارداد کارآمدتر باشد، متعهد باید قرارداد را نقض کرده و خسارات وارد بر طرف مقابل را جبران کند. برای مثال فرض کنید در قراردادی فروشنده تعهد می‌کند کالایی را به قیمت هزار ریال به خریدار تحویل دهد. خریدار نیز قصد دارد با خرید این مقدار کالا و پس از فرآوری،

محصول نهایی را با قیمت دوهزار ریال به مصرف‌کنندگان بفروشد. مطابق با محاسبات خریدار سود حاصل از این تجارت رقمی معادل پانصد ریال است. حال اگر فرض شود پیش از تحویل مبیع خریدار جدیدی که قصد صادرات همان کالا به خارج از کشور را دارد، برای کالای موصوف رقم سه‌هزار ریال را به فروشنده پیشنهاد کند، به نظر می‌رسد در این حالت فسخ قرارداد و جبران خسارت خریدار اول به نفع همه اطراف است، زیرا خریدار اول با دریافت پانصد ریال به همه سود مورد انتظار خود در زمان کوتاهی دست پیدا می‌کند. فروشنده نیز علی‌رغم پرداخت سود مورد انتظار خریدار اول (۵۰۰ ریال)، در معامله دوم سود بیشتری را کسب می‌کند. زیرا افزایش منفعت فروشنده در صورت فسخ قرارداد برابر است با اختلاف قیمت پیشنهادی میان دو خریدار. منهای مبلغ خسارت قابل پرداخت به خریدار اول (۱۵۰۰ = ۵۰۰ - [۳۰۰۰ - ۱۰۰۰ = ۲۰۰۰]). خریدار دوم نیز با انجام دادن این معامله به منفعت مورد نظر خود می‌رسد.

چنین نقضی از آن نظر کارآمد خوانده می‌شود که نقض‌کننده قرارداد به لحاظ اقتصادی در وضعیت بهتری قرار می‌گیرد، کالا یا خدمت نیز به کسی تعلق می‌گیرد که برای آن ارزش بیشتری قائل است و در نتیجه، از آن بهتر استفاده می‌شود. متعهدله نیز با دریافت خسارات خود در وضعیتی قرار می‌گیرد که با اجرای قرارداد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. با توجه به اینکه در مجموع منافع بیشتری از این نقض حاصل می‌شود، به آن نقض کارآمد گفته می‌شود.

برای مثالی دیگر فرض کنید تاجر ایرانی در مقابل تاجر کانادایی به تحویل یک تن زعفران در شش ماه آینده به قیمت ۱۲۰۰۰۰۰ دلار متعهد می‌شود. اما سه ماه بعد قیمت ارز به نصف کاهش یافت، در نتیجه، عملاً قیمت کالای تاجر ایرانی به لحاظ ریالی در این معامله به نصف کاهش می‌یابد، در حالی که سود مورد انتظار تاجر کانادایی کماکان رقمی معادل ۲۰۰۰۰۰ دلار است. بنابراین، اگر فروشنده قرارداد را فسخ و سود مورد انتظار خریدار را پرداخت کند، به لحاظ اقتصادی ضرر کمتری متوجه وی خواهد شد.

علی‌رغم ظاهر منطقی نظریه نقض کارآمد در زمینه پذیرش آن بحث‌های مفصلی به‌ویژه در حقوق امریکا انجام گرفته است و مخالفان (Sidhu, 2006) و موافقان (Craswell, 1988) بسیاری در

این زمینه ابراز عقیده کرده‌اند. به‌طور خلاصه می‌توان مخالفت‌ها را در دو بخش مخالفت‌های حقوقی و اخلاقی دسته‌بندی کرد. به اعتقاد اخلاق‌گرایان پایبندی به تعهد امری اخلاقی است و بی‌توجهی به آن، انسان را در حد یک ابزار تنزل می‌دهد. علاوه بر این، حذف اخلاق از حقوق، خود سبب کاهش کارایی نظام قراردادی می‌شود و در نهایت، کارآمدی این نوع نقض را نیز با چالش مواجه می‌کند (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۴۹).

به‌لحاظ حقوقی نیز مهم‌ترین مانع در راه پذیرش این دیدگاه وجود اصل لزوم است که اجرای عین تعهد را اجباری می‌کند.

با توجه به آنچه پیرامون نقض کارآمد گفته شد، به نظر می‌رسد اقدامی معقول با مانعی حقوقی مواجه است. به‌طور طبیعی، باید اندیشید که آیا قواعد حقوقی راه را بر عقل بسته‌اند یا مصلحتی ظریف در قاعده حقوقی وجود دارد که سود کوچک را قربانی منفعتی بزرگ می‌کند، و اگر مصلحتی در کار نباشد، آیا می‌توان حقوق را در قالب منطق<sup>۱</sup> به‌نحوی تفسیر کرد که هم قاعده حقوقی در هیئت خود باقی بماند و هم منطق مهجور نشود؟

در ادامه، وضعیت قواعد حقوقی در زمینه نظریه نقض کارآمد در حقوق ایران را بررسی می‌کنیم.

## قانون

قانون مدنی در ماده ۲۳۷ به‌صراحت بیان می‌کند: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به‌جا آورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید». علی‌رغم اینکه این ماده

۱. باید به این نکته نیز توجه کرد که آنچه در این پژوهش به عنوان منطق مطرح می‌شود و ملاک ارزیابی قرار می‌گیرد، منطق عرفی و عقلانیت عملی است که به‌طور عمده با منطق اقتصادی سازگاری بیشتری دارد. بر همین اساس، ممکن است تحلیلی حقوقی که بر مبنای منطقی خاص و علمی یعنی منطق حقوقی صورت پذیرفته است، در مواردی با منطق عرفی سازگار به نظر نرسد.

در بحث شروط بیان شده است، با توجه به نبود خصوصیت شروط، می‌توان همین حکم را درباره تعهدات اصلی نیز جاری دانست. در نتیجه، می‌توان گفت هنگامی که اجبار به انجام دادن عین تعهد حق متعهدله است به‌ناچار متعهد مکلف به اجرای عین تعهد بوده و علی‌الاصول متعهد جز به رضایت متعهدله یا وقوع قوه قاهره (ماده ۲۲۷ قانون مدنی) از این تکلیف معاف نخواهد شد.

علاوه بر این، ماده ۲۱۹ قانون مدنی با بیان حکمی کلی اصل را بر لزوم عقود قرار داده است و طرفین را ملزم به آن می‌داند. هر چند بحث‌هایی راجع به اینکه مراد از اصل لزوم «التزام به مفاد عقد» است یا «لزوم پایبندی به قرارداد»، مطرح شده است (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۵۵)، باید پذیرفت اصل لزوم هر دو مورد را دربردارد. بنابراین، می‌توان گفت با توجه به این اصل علی‌القاعده متعهد مکلف به اجرای عین تعهد است. ماده ۳۷۶ قانون مدنی نیز در حکمی مشابه ضمانت اجرای تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن را اجبار ممتنع می‌داند.

با دقت در مواد ۲۳۷ و ۳۶۷ قانون مدنی، می‌توان دریافت حکم این مواد نیز در اصل لزوم ریشه دارد. در نتیجه، به نظر می‌رسد در قانون مدنی تنها دلیلی که ممکن است متعهد را به اجرای عین تعهد مجبور کند، اصل لزوم است.

با وجود این، برای درک بهتر و دقیق‌تر مقررات قانون مدنی همواره باید در ریشه‌ها و منابعی که سرچشمه احکام آن محسوب می‌شوند، جست‌وجو کرد. به همین دلیل در ادامه موضوع در فقه را بررسی می‌کنیم.

#### فقه

همان‌طور که گفته شد اگر متعهدله از این حق برخوردار باشد که متعهد را به اجرای عین تعهد ملزم کند، می‌توان نتیجه گرفت متعهد در انتخاب میان اجرای عین تعهد یا اجرای قرارداد به نحو دیگر مختار نیست و این تعهد تنها تعهد پذیرفته شده از جانب او است. بنابراین، در میان اقوال فقها ابتدا به این موضوع خواهیم پرداخت که آیا امکان الزام متعهد به اجرای عین تعهد وجود دارد، یا خیر؟ و در صورت وجود چنین امکانی مبنای آن چیست؟

بر خلاف نوشته‌های حقوقی در کتب فقهی نظریه عمومی تعهدات مطرح نبوده و در نتیجه، باید پاسخ به پرسش‌هایی از این دست را در لابه‌لای مباحث عقود معین به‌ویژه بیع جست‌وجو کرد. همچنین، با توجه به نظرهایی که راجع به شروط ابتدایی (عقود نامعین) وجود داشته و درج این شروط در ضمن عقود معین صورت می‌گرفته است، به نظر می‌رسد مبحث شروط نیز بخش مناسبی برای استنباط نظریه عمومی تعهدات در فقه باشد.

منابع فقهی در پاسخ به این پرسش که «چنانچه لزوم وفای به شرط به‌عنوان تکلیفی شرعی پذیرفته شود، آیا امکان الزام مشروط‌علیه ممتنع وجود دارد یا خیر»، اقوال متعارضی دارند و گاهی یک فقیه نظرهای مختلفی دارد. با وجود این، در میان نظرهای گوناگون، چهار نظر عمده استنباط‌شدنی است (قمی، ۱۴۲۹، ص ۲۹۸).

نظر اول قائل به جواز اجبار است، نظر دوم، حکم به عدم جواز اجبار کرده است، و دیدگاه سوم قائل به تفکیک شده و اجبار در انجام شرطی را که حق بایع است، غیرمجاز، و اجبار در انجام دادن شرطی را که حق غیر است، مجاز دانسته است. در توجیه این تفصیل گفته شده است هنگامی که مشروط‌له بایع است در صورت عدم انجام دادن شرط وی برای جبران زیان خویش، حق فسخ خواهد داشت، اما تحصیل شرطی که حق غیر است، تنها از طریق اجبار ممکن می‌شود (یزدی، ۱۴۲۱، ص ۱۲۶).<sup>۱</sup>

نظر چهارم نیز منسوب به علامه حلی است که معتقد است اگر شرط از متعلقات معامله باشد نظیر شرط رهن، اجبار جایز است (مانند این که در عقد شرط شده باشد متعهد برای تضمین تعهد خود مالی را به رهن متعهدله دهد) و در صورتی که شرط مربوط به امر دیگری باشد، اجبار آن جایز نیست. در توجیه این مورد نیز سید محمدکاظم طباطبائی یزدی معتقد است در قسم اول شرط در حکم خود عوضین است در نتیجه همان‌طور که اجبار به تسلیم عوضین جایز است، اجبار به انجام دادن شرط نیز مجاز است، در حالی که در قسم دوم نمی‌توان شرط را در حکم عوضین

۱. «لعل الوجه فيه أنّ البائع يمكنه الفسخ استدرأكا لحقه بخلاف غيره إذ لا طريق له إلا الإيجاب».



دانست، بنابراین، دلیلی بر جواز اجبار وجود ندارد. البته وی در انتهای این توجیه با عبارت «فتأمل» به ضعف این توجیه نیز اشاره می‌کند (یزدی، ۱۴۲۱، ص ۱۲۶).<sup>۱</sup> محمد امامی خوانساری نیز در همین زمینه علاوه بر اینکه مانند سید محمدکاظم طباطبائی یزدی شرط مرتبط با عقد را به منزله عوضین می‌داند، معتقد است حق بایع بر اجبار انجام‌دادن شرط از باب ملکیت است و نه التزام مشروط‌علیه به انجام‌دادن شرط، و اگر چنین نبود مشروط‌له حق اسقاط شرط را نداشت. در نتیجه، هنگامی که شرط به نفع شخصی غیر از بایع است وی امکان اجبار ندارد. زیرا در این زمینه وی صرفاً شرط است، و نه مالک. بنابراین، همان‌طور که شارط که شارط حق اسقاط ندارد، حق اجبار نیز نخواهد داشت (خوانساری، بی‌تا، ص ۴۸۹).<sup>۲</sup>

علاوه بر نظرهای پیش‌گفته شیخ انصاری در مکاسب نقل می‌کند که علامه حلی در نظری دیگر در کتاب تذکره در یکی از فروعات مسئله عبد بیان می‌کند اگر شرط حق الله باشد، اجبار جایز است و اگر شرط حق بایع باشد، اجبار جایز نیست. همچنین، از شافعی دو قول بیان شده است که یکی حکایت از امکان اجبار و دیگری حکایت از عدم آن دارد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱، ص ۳۸). نجفی ابروانی نیز با بیان این موضوع که اعتقاد به اینکه وجوب وفای به شرط صرفاً جنبه تکلیفی دارد نظری ضعیف است، خود را با محقق کرکی در جامع المقاصد و شهید ثانی در مسالك هم‌نظر معرفی کرده و معتقد است اختلاف راجع به امکان یا عدم امکان اجبار ناشی از اختلاف در این امر است که عمل به شرط واجب است یا خیر؟ (ابروانی، ۱۴۰۶، ص ۶۷).<sup>۳</sup>

۱ «الوجه فيه أنّ القسم الأول يكون بمنزلة نفس العوضين في جواز الإيجاب على تسليمه بخلاف الثاني فتأمل».

۲ «انّ الشرط من باب التملك لا الالتزام و يدلّك على هذا أنّ للمشروط له اسقاط الشرط و لو لم يكن من باب التملك و ثبوت الحق بان كان مجرد وجوب الوفاء لما كان هناك وجه للاسقاط و اذا كان الشرط ممّا يعود نفعه الى الغير كبيع العبد بشرط عتقه او البيع بشرط اعطاء المشتري شيئاً لثالث فهل لمن يعود النفع إليه اجبار المشتري عليه او للحاكم من غير جهة الامر بالمعروف كما للبائع الظاهر لعدم لأن المالك ليس ألا الشرط و مجرد عود النفع الى شخص لا يقتضي ثبوت حق له و لهذا ليس لغیر البائع اسقاط الشرط بلا اشكال».

۳ «فإنّ شبهة كون وجوب العمل بالشرط تكليفاً محضاً ضعيفة فإنّ ظاهر أدلته هو ثبوت الاستحقاق كما يشعر به مادة الوفاء و عليه صحّ القول الآتي من صاحب المسالك و جامع المقاصد من تفرّع هذا البحث على البحث السابق و أنّ القول بعدم الإيجاب هنا ينشأ من القول بعدم وجوب العمل بالشرط».

همچنین، شیخ انصاری نیز در مکاسب عمل به شرط را مانند تسلیم عوضین دانسته است و نظری را که در جامع المقاصد بیان شده و معتقد است به دلیل وجود حق فسخ و امکان رهایی از عقد اجبار را مشروط علیه ممکن نیست، ضعیف می‌داند. زیرا به اعتقاد ایشان حق فسخ یادشده برای جلوگیری از ضرر وضع شده است و پس از آن که اجبار ناممکن شود، اعمال خواهد شد. وی پس از بیان دیدگاه‌های مختلف، جمع‌بندی می‌کند که با توجه به عموم ادله و جوب وفای به عقد و شرط امکان اجبار مشروط علیه وجود دارد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱، ص ۴۰).<sup>۱</sup> با وجود این، محمدحسین اصفهانی بر این باور است که میان «جوب وفا» و «اجبار مشروط علیه» ملازمه‌ای وجود ندارد. از نظر ایشان میان جوب وفا (بما هو وجوب وفا) و «تکلیف به ادای آنچه که حق دیگری است» تفاوت وجود دارد و آنچه با اجبار ملازمه دارد، مورد اخیر است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۱۹۰).<sup>۲</sup> در نتیجه، از جوب وفای به عهد نمی‌توان جواز اجبار را نتیجه گرفت.

در مجموع، بررسی‌های فقهی نیز نشان می‌دهد راجع به امکان اجبار مشروط علیه نظرهای متشکلی وجود دارد و امکان احراز اجماع، حتی کشف نظر غالب، به سادگی میسر نیست. با وجود این، آنچه در فقه توسط طرفداران این نظر به عنوان مبنای جواز الزام مشروط علیه قرار گرفته، عموم ادله و جوب وفای به عهد است. به عبارت دیگر، می‌توان گفت در فقه نیز مانند قانون مدنی اصل لزوم سنگ‌بنای نظری، متعهد را در هر حال ملزم به اجرای عین تعهد می‌داند.

به همین دلیل به لحاظ اصولی در ادامه جست‌وجوی پاسخ مسئله باید مفهوم و حدود و ثغور اصل لزوم بررسی شود.

۱. «فالأقوی ما اختاره جماعة من أن للمشروط له إجبار المشروط علیه لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط فإن العمل بالشرط ليس إلا تسليم العوضين فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط علیه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه - و ما في جامع المقاصد من توجيه عدم الإجبار بأن له طريقاً إلى التخلص بالفسخ ضعيف في الغاية فإن الخيار إنما شرع بعد تعذر الإجبار دفعا للضرر».

۲. «أما اقتضاء وجوب الوفاء - بما هو وجوب الوفاء - للإجبار فلا وجه له، بل الإجبار مترتب على الاستحقاق سواء كان تكليف بالوفاء أم لا، لما مر من ان وجوب أداء ما يستحقه الغير غير وجوب الوفاء بما هو و إن لم يكن استحقاق، كما أنّ الاستحقاق يثبت و يجوز الإجبار لأجله و إن لم يكن عنوان الوفاء».

## اصل لزوم

لزوم در اصطلاح فقه بدین معنا است که مقتضای عقد غیر قابل تغییر و تبدیل باشد و تزلزل و بی‌ثبات در آن راه نداشته باشد و اگر احیاناً هر یک از طرفین عقد بخواهد فسخ کند، اثری بر آن مترتب نشود و عقد به هم نخورد (لطفی، ۱۳۷۶، ص ۲۸). همچنین، هرگاه لزوم عقدی برای ما مسلم باشد، اگر به‌دلیلی پس از انجام‌دادن عقد تردید در خیار شدن آن ایجاد شود، مقتضای اصل لزوم آن است که حکم به عدم جریان خیار یعنی لزوم بدهیم (محقق داماد، ۱۳۷۱، ص ۱۲۵).

در قانون مدنی نیز با توجه به ماده ۲۱۹ ق.م. که می‌گوید «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر این‌که به رضای طرفین اقاله یا به‌علت قانونی فسخ شود»، باید گفت پس از آنکه وقوع عقدی مسلم شد، امکان برهم‌خوردن آن وجود ندارد مگر آنکه «به‌علت قانونی فسخ شود». بنابراین، علی‌القاعده تا زمانی که عقد وجود دارد، باید مفاد آن به همان‌طور که مورد توافق طرفین بوده است، اجرا شود.

اما به نظر می‌رسد آنچه در ماده ۲۱۹ بیان شده، بیان کلی مفهوم این اصل است؛ بدین معنا که این اصل در قانون نه به‌دقت تعریف شده است و نه حدود آن و نه مصادیق اجرای اصل هیچ‌یک مشخص نشده‌اند. این اجمال می‌تواند سبب ابهام و اختلاف در درک قاعده شود، از طرفی نیز باعث پویاماندن این مفهوم می‌شود و امکان تغییر تدریجی مفهوم و مصادیق آن با توجه به نیازهای متغیر جامعه را فراهم می‌کند. به همین دلیل به نظر می‌رسد یافتن پاسخ برای این پرسش‌ها که اصل لزوم از بقای چه عقدی و با چه شرایطی و تا چه زمانی حمایت می‌کند، در این مقام مفید و مؤثر باشد.

از اطلاق زمانی آیه «اوفوا بالعقود» استنباط شده است که در هر زمان و همیشه و از ابتدای انعقاد هر عقدی باید به آن پایبند بود (محمدی، ۱۳۷۷، ص ۲۷۳). اما به نظر می‌رسد تأمل در مبانی اصل لزوم، عمق بیشتری از حدود و ثغور استناد به این قاعده را آشکار کند. در آثار فقها اغلب به دو دسته دلایل اجتهادی و فقهاتی به‌منظور اثبات قاعده لزوم استناد شده است. دلایل اجتهادی شامل ۱. کتاب، ۲. سنت و ۳. بنای عقلا است، و دلایل فقهاتی عبارت‌اند از ۱. استصحاب و

۲. قاعده تسلیط (محقق داماد، ۱۳۷۶، ص ۱۳۸). هر چند در استناد به هر یک از دلایل یادشده اختلاف نظرهایی وجود دارد، اغلب بنای عقلا به عنوان یکی از دلایل مهم مورد استناد قرار گرفته است. به اعتقاد محقق یزدی بهترین دلیل لزوم عقد این است که در دادوستد، بنای عقلا بر لزوم است (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸ هـ ق، ص ۵۹۵). برخی نیز معتقدند این قاعده یک حکم تأسیسی شرعی نیست بلکه شرع قصد باطنی طرفین معامله را تأیید و امضا کرده است (خراسانی، ۱۴۱۸، ص ۶، ۱۰ و ۱۱).

هر چند عده‌ای اندک از حقوق دانان معتقدند «بنای عقلا به هیچ وجه نمی‌تواند مثبت لزوم قراردادها باشد» (شهبازی، ۱۳۸۵، ص ۳۷)، همچنین، در فقه عده‌ای در نهایت، به این نتیجه رسیده‌اند که اساساً در عقود اصل بر لزوم نیست (نراقی، ۱۳۸۷، ص ۷ و ۸)، در مجموع، این‌طور برمی‌آید که هم اصل بر لزوم است و هم «بنای عقلا» به عنوان یکی از مستندات این اصل، انکارنشده‌ای است که البته این موضوع با عرف و عقل عرفی نیز سازگار به نظر می‌رسد.

حال اگر بنای عقلا را به عنوان مبنا یا حداقل یکی از مبانی مهم اصل لزوم بپذیریم این امکان فراهم خواهد شد که قاعده‌ای عقلی را عقلایی تفسیر کنیم. بنابراین، مهم‌ترین موضوع آن است که روشن شود «اصل لزوم از چه چیزی حمایت می‌کند؟». یعنی باید مشخص کرد که اصل لزوم از «اجرای توافقات صریح و ضمنی طرفین در عقد» حمایت می‌کند یا «انتظارات قراردادی که حین عقد صراحتاً یا ضمناً مورد توجه طرفین بوده» مورد حمایت است؟

در اینکه اصل لزوم، اجرای توافقات طرفین را تضمین می‌کند اختلافی به نظر نمی‌رسد، اما پرسش این است که آیا اجرای عقد به ما هو عقد موضوعیت دارد، یا این اجرا وسیله‌ای برای رسیدن به هدفی دیگر است. به عبارت دیگر، آیا با ایجاد عقد معتقد به تولد موجودی خواهیم بود که جز با اجرای کامل مفاد عقد این موجود خیالی به کمال خویش نخواهد رسید یا کمال عقد نه در اجرای کامل آن، که در اجرای آن مطابق با قصد و هدف طرفین است؟ اگر معتقد به عقلایی بودن اصل لزوم باشیم، علی‌الاصول اجرای خود عقد نمی‌تواند موضوعیت داشته باشد و حتماً باید اجرا وسیله‌ای برای تأمین هدفی بالاتر باشد. به نظر می‌رسد این هدف برآورده کردن انتظارات قراردادی طرفین است.

فرض کنید شخصی یک دستگاه خودرو پژو ۴۰۵ را با اوصافی کاملاً مشخص برای تحویل در سه ماه آینده از شرکت ایران خودرو خریداری می‌کند. قبل از تحویل خودرو خط تولید شرکت تغییر می‌کند و خودروهای تولیدی علاوه بر همه ویژگی‌های سابق، ترمز ضدقفل و کیسه هوا نیز دارند. شرکت خودرویی به خریدار تحویل می‌دهد که به لحاظ ایمنی ویژگی‌های بیشتری دارد، اما خریدار به دلیل آنکه قیمت خودرو در این مدت به حد قابل توجهی افت کرده به این بهانه متوسل می‌شود که فروشنده متعهد به اجرای عین تعهد است و چون خودروی تحویلی عیناً همان خودروی موضوع قرارداد نیست، بنابراین، وی قصد فسخ قرارداد را دارد. آیا در این فرض امکان صدور حکم فسخ وجود دارد؟ به نظر می‌رسد نباید تردید کرد که اجرای عین تعهد به نحو مطلق مورد حمایت اصل لزوم نیست.

از طرف دیگر، اصل لزوم امکان حمایت مستقیم از انتظارات قراردادی طرفین را نیز ندارد. زیرا این امر نیز غیرمنطقی است. حمایت از انتظارات قراردادی سبب خواهد شد ریسک ناشی از تغییر اوضاع و احوال به طرف قرارداد منتقل شود و این موضوعی است که بنای عقلا بر آن نیست. به عنوان مثال اگر خریداری کالایی را به قصد فروش خریداری کند و انتظار وی کسب منفعت مشخصی باشد، اگر شرایط تغییر کند و قیمت کالای خریداری شده به شدت کاهش یابد و عملاً وی از سود مورد انتظار خود محروم شود، نمی‌توان به این دلیل که انتظارات قراردادی وی تأمین نمی‌شود، استدلال کرد اصل لزوم بی‌اثر است و خریدار حق فسخ دارد.

در نتیجه، باید گفت اصل لزوم از «اجرای توافقات صریح و ضمنی طرفین در عقد» به منظور دستیابی به «انتظارات قراردادی» حمایت می‌کند. نتیجه این گفته آن است که اجرای عین تعهد وسیله‌ای برای نزدیک‌تر شدن به انتظارات قراردادی است. حال پرسش این است که اگر بی‌آنکه عین تعهد اجرا شود، انتظارات قراردادی تأمین شود، آیا منطقی است اصل منطقی لزوم به هدف نهایی ناشی از اجرای عین تعهد بی‌توجهی کرده و حکم به اجرای عین تعهد دهد؟ پاسخ روشن به نظر می‌رسد. گاهی میان عین تعهد (به معنای اجرای موضوعی که در عقد تصریح شده) و تعهد واقعی (به معنای انجام دادن امری که متعهدله را به انتظار قراردادی می‌رساند) تفاوت ایجاد می‌شود و به نظر می‌رسد در مقابل انجام دادن تعهد واقعی استناد به عین تعهد معقول نیست.

به نظر می‌رسد در مواردی که متعهدله به انتظارات قراردادی خود رسیده باشد، استناد به اصل لزوم محلی از اعراب ندارد. نتیجه این نگرش آن است که نتایج غیرعقلانی ناشی از عقد، مورد حمایت اصل لزوم نخواهد بود. چون فرض بر این است که عقلا دست به امور غیرعقلایی نمی‌زنند، مگر آنکه ثابت شود آنچه به نظر غیرمنصفانه یا غیرمنطقی می‌رسد به‌دلیلی مورد توافق طرفین بوده است. در این نگرش اصلی که مستند به بنای عقلا است، در چارچوب عقل باقی می‌ماند. در نتیجه، می‌توان گفت «لزوماً معنای وفای به عهد اجرای مادی عین تعهد نیست، بلکه به تناسب شرایط حین عهد، [وفای به عهد] قرارداد معهود طرفین در اختیار متعهدله به گونه‌ای که مورد توقع و انتظارات ایشان بوده، می‌باشد» (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۵۹).

البته اینکه چگونه می‌توان در موارد مختلف برآورده شدن انتظارات قراردادی را اثبات کرد، موضوعی مجزا است که به بحث مفصل نیاز دارد.<sup>۱</sup> اما تا حدی که به پژوهش ما مرتبط است، باید گفت اگر با ملاک نوعی نسبی<sup>۲</sup> انتظارات قراردادی طرفین قابل احراز و اجرا باشد، قطعاً اصل لزوم از توافق واقعی طرفین که همان برآورده شدن انتظارات قراردادی است، حمایت خواهد کرد. در نتیجه، هنگامی که در یک قرارداد متعهد انتظارات معقول و متعارف قراردادی طرف مقابل را برآورده می‌کند، اساساً نقض تعهدی رخ نداده است تا اصل لزوم به حمایت از متعهدله مانع از آن شود. بنابراین، می‌توان گفت در هر قراردادی تعهد واقعی متعهد برآورده کردن انتظارات معقول و متعارف قراردادی طرف مقابل است که حین العقد مورد پذیرش متعهد نیز بوده است. هرچند تردیدی وجود ندارد که اجرای عین تعهد در غالب موارد بهترین وسیله برای دستیابی به هدف یادشده است، باید پذیرفت این موضوع مطلق نیست. نتیجه نهایی آن است که اجرای عین تعهد

۱. به‌طور طبیعی، بررسی انتظارات قراردادی طرفین بسته به مورد و شرایط متفاوت خواهد بود، اما به‌طور خلاصه می‌توان

گفت عرف خاص مرتبط با هر پرونده و وضعیت اطراف قرارداد در شمار مؤثرترین عوامل ارزیابی خواهند بود.

۲. ملاک نوعی نسبی که به‌نحوی معیاری تعدیل‌شده محسوب می‌شود نه صرفاً وضعیت شخصی را مد نظر قرار می‌دهد و نه ملاک آن به گستردگی نوع اشخاص است. بلکه این معیار رفتار و انتظارات اشخاصی را که در اوضاع و احوال مشابه طرفین هستند، ملاک قرار می‌دهد.

همواره تنها تکلیف متعهد نیست و گاهی امکان دارد وی میان اجرای عین تعهد یا برآوردن انتظارات قراردادی متعهدله به شکلی دیگر انتخاب کند.

تحلیل یادشده مربوط به دیدگاهی است که لزوم عقد را اعم از الزام به قرارداد و التزام به مفاد آن می‌داند زیرا اگر بپذیریم اصل لزوم صرفاً برقرارکننده رابطه الزام‌آور میان طرفین عقد است و این الزام، به مفاد عقد توسعه نمی‌یابد، کار تحلیل ساده‌تر است، چون می‌توان گفت رابطه الزام‌آور به معنای رابطه دارای ضمانت اجرا است. بنابراین، اگر برای نقض‌کننده قرارداد پرداخت مبلغی را که تأمین‌کننده انتظارات قراردادی متعهدله است، به‌عنوان تکلیف تعیین کنیم این رابطه کماکان دارای ضمانت اجرا و الزام‌آور است، بنابراین، اصل لزوم مانع آن نخواهد شد.

پرسش دیگری که در تکمیل این تحقیق بررسی شدنی است به نحوه احراز شرایطی که کاشف انتظارات قراردادی متعهدله است، مربوط می‌شود. برای مثال ممکن است در قراردادهای تجاری، برخلاف سایر قراردادها، کسب منفعت اقتصادی مهم‌ترین انتظار طرف معامله باشد. در هر حال، تعیین مبنا و مصادیق این امر نیازمند مطالعه‌ای مجزا و خارج از حدود این تحقیق است.

### تملیکی بودن بیع

با آنکه در بحث نقض کارآمد، عقد خاصی مورد نظر نیست و به‌طور کلی هر تعهدی مشمول این قاعده است اما به دلیل اهمیت بیع و گستره شمول آن میان عقود مختلف در این بخش به تعارض میان نظریه نقض کارآمد با ماهیت عقد بیع می‌پردازیم.

به‌طور کلی، در بررسی نقض کارآمد، قراردادها را به دو دسته تقسیم کرده‌اند، یعنی قراردادهایی که موضوع آن‌ها انتقال اموال موجود و قراردادهایی که موضوع آن‌ها انتقال اموال آینده است. در قراردادهای اموال موجود به‌طور عمده بحث بافروش کالا مطرح است (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۵۴۸-۵۵۱)، اما همان‌طور که بیان شد، با توجه به اینکه در حقوق ایران مطابق با بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی به محض وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بائع مالک ثمن می‌شود، این پرسش مطرح می‌شود که، بر فرض پذیرش نظریه نقض کارآمد، آیا در بیع امکان استناد به این نظریه و بافروش کالا وجود دارد؟ زیرا مطابق با ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع عقدی تملیکی است و بر

خلاف عقود عهدی به محض وقوع عقد مالکیت منتقل می‌شود و چیزی برای انجام‌دادن در آینده باقی نخواهد ماند. تعهد بایع به تسلیم مبیع نیز از آثار بیع است و تأثیری بر اصل بیع نخواهد گذاشت. بنابراین، به نظر می‌رسد در عقد بیع عین معین محملی برای پذیرش این نظریه وجود ندارد. زیرا در این حالت نقض کارآمد سبب خروج مبیع از مالکیت خریدار می‌شود که این موضوع پذیرفتنی نیست.

با وجود این، نباید پنداشت که با خروج بیع عین معین از شمول نظریه نقض کارآمد بخش زیادی از مصادیق این نظریه از قاعده استثنا می‌شوند. زیرا به لحاظ عملی در اکثر مواردی که شخص ترغیب به نقض کارآمد می‌شود، بیع به طور کلی واقع می‌شود. در زمینه اینکه بیع کلی نیز عهدی است یا تملیکی اختلاف نظر وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۲). اگر این عقد را عهدی تلقی کنیم، بیع کلی نیز در شمار سایر تعهدات مشمول بحث‌های پیش گفته خواهد بود و مطلب بیشتری نخواهد داشت. اما اگر بیع کلی را عقدی تملیکی بدانیم، باید دید آیا در بیع کلی نیز به مجرد عقد مالکیت منتقل می‌شود، یا از این نظر میان بیع کلی و بیع عین معین تفاوت وجود دارد.

در قانون مدنی هیچ ماده‌ای به زمان انتقال مالکیت در بیع کلی فی‌الذمه اختصاص نیافته است، اما به لحاظ منطقی با توجه به نبود مبیع هنگام عقد امکان انتقال مالکیت نیز وجود نخواهد داشت. با وجود این، در این مورد پاسخ داده شده است که اموری مانند مالکیت از احکام وضعی اعتباری هستند و اعتبار انتقال مالکیت مبیع غیر موجود نزد عقلاً و شرع پذیرفتنی است. بنابراین، زمان انتقال مالکیت در همه اقسام بیع اعم از کلی، همزمان با انعقاد عقد است.<sup>۱</sup>

اما نظر دیگری که معقول‌تر به نظر می‌رسد در این زمینه بیان می‌کند «عقد بیع زمینه را برای تملیک عین فراهم می‌نماید ولی تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست و تملیک با تعیین مبیع انجام می‌شود. فروشنده در واقع تعهد به تأدیة یکی از مصداق‌های مبیع می‌کند و تعهد ناشی از عقد، ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۳).

۱. برای دیدن نظرهای مختلف فقهی و حقوقی در زمینه انتقال مالکیت در بیع کلی ر.ک. قنوتی، ۱۳۸۲، ص ۴۴ تا ۴۹.



البته در میان حقوق دانان درباره ماهیت تعیین مصداق اختلاف نظر وجود دارد. برخی تعیین مصداق را عملی حقوقی می‌دانند که به قصد انشا نیاز دارد (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۸۸ و ۴۵۱) و عده‌ای نیز با این نظر مخالفند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۴).

به نظر می‌رسد اگر با کسانی همداستان شویم که معتقدند «بیع کلی به دو عمل حقوقی مستقل تحلیل می‌گردد. بدین ترتیب که عقد تنها سبب ایجاد دین برای فروشنده می‌شود که باید وفا کند و تسلیم سبب و وسیله‌ای برای تملیک مبیع به خریدار است» (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۵۱ و ۴۸۸)، در توجیه پذیرش نقض کارآمد با مشکل کمتری مواجه خواهیم بود. زیرا بیع تا قبل از تعیین مصداق جنبه عهده‌ی پیدا خواهد کرد. اما اگر تعیین مصداق را عملی حقوقی ندانیم باز هم کماکان از این ایراد که «نقض کارآمد امکان خارج کردن کالا از ملکیت خریدار را ندارد لذا در بیع، نقض کارآمد راهی نخواهد داشت» مصون خواهیم بود، زیرا تا قبل از تعیین مصداق انتقال مالکیتی صورت نگرفته است که نقض کارآمد سبب خدشه‌دار کردن مالکیت شود.

حال اگر براساس استدلال‌های بخش قبل بپذیریم که اصل لزوم در مقابل فروشنده‌ای که با نقض تعهد نسبت به برآوردن انتظارات قراردادی خریدار اقدام می‌کند، قابل استناد نیست، می‌توانیم نقض کارآمد را درباره بیع کلی فی‌الذمه نیز بپذیریم.

به‌علاوه امکان دارد بسیاری از قراردادهایی را که ناظر به آینده است در قالب دو تعهد تفسیر کنیم. بدین صورت که متعهد تعهد می‌کند کالایی را تولید، سپس، مالکیت آن را به خریدار منتقل کند. تفسیر قراردادها به این نحو علاوه بر اینکه مطابق با واقع است، این اشکال را که «بیع مالی که وجود خارجی ندارد صحیح نیست» را نیز برطرف می‌کند. در نتیجه، با عهده‌ی شدن قراردادهایی که نتیجه نهایی آن انتقال مالکیت است بسیاری از قراردادها مشمول نظریه کلی نقض کارآمد خواهند شد و کماکان از نظری که بیع را در همه احوال تملیکی می‌داند، عدول نخواهیم کرد. البته بدیهی است که عقد تابع قصد طرفین است و این تفسیر در محل خود و در مواردی که امکان چنین تفسیری میسر باشد، صورت خواهد گرفت.

با این احوال، به نظر می‌رسد درباره بیع پذیرش نظریه نقض کارآمد تا حدودی با تردید مواجه است.

## نتیجه

توجه به نیازهای اجتماعی، عقل‌گرایی و پویایی از ویژگی‌های مهم یک نظام حقوقی است. اما در اکثر سیستم‌های حقوقی همواره میان نظریه‌پردازانی که درستی هر امری را، بی‌توجه به نتیجه آن، در گرو تطابق با اصول می‌دانند<sup>۱</sup> و اندیشمندان نتیجه‌گرا<sup>۲</sup> در نحوه برخورد با مفاهیم جدید که زاده نیازها و نیازمند عقل‌گرایی و سبب پویایی هستند، اختلاف و کشمکش وجود دارد. یکی از کانون‌های نزاع تحلیل اقتصادی حقوق است. مکتبی که با به‌کارگیری مفاهیم عقلایی اقتصادی سعی در تصحیح قواعد کهن حقوقی دارد. از جمله مواردی که از تیغ این نگرش در امان نمانده پایبندی به تعهداتی است که نقض آن منافع بیشتری را برای متعهد به بار آورده و به هیچ‌وجه متعهدله را با ضرر مواجه نمی‌کند و در مجموع، برای جامعه کارآمدتر است. پذیرش این نظریه با موانع مختلفی روبه‌رو است.

بررسی موانع حقوقی پذیرش نظریه نقض کارآمد در حقوق ایران حکایت از وجود دو چالش اساسی دارد. اولین مشکل مربوط به اصل لزوم است که ظاهراً در هر حال اجرای عین تعهد را برای متعهد امری اجتناب‌ناپذیر می‌داند. اما بررسی‌ها نشان داد که این اصل مبنایی عقلانی دارد و وقتی از اصلی عقلی تفسیری یا اثری بیان می‌شود که عقلایی نیست بی‌تردید آن تفسیر و اثر صحیح نیست، زیرا در غیر این صورت، نقض غرض حاصل می‌شود. بنابراین، با این پیش‌فرض که نقض کارآمد امری عقلایی است، نمی‌توان با مانع عقلایی دیگری از انجام دادن آن جلوگیری کرد. به همین دلیل، بر این باور شدیم که اصل لزوم از اجرای عین تعهد به‌منظور دستیابی به انتظارات قراردادی حمایت می‌کند و هنگامی که هدف برتر حاصل شود، دلیلی برای اجرای بی‌مورد «وسیله» وجود نخواهد داشت. حاصل این اعتقاد نیز آن است که در هر قرارداد علاوه بر اجرای عین تعهد، تعهدی برتر نیز وجود دارد که انجام دادن آن هرچند برای متعهد اختیاری است،

---

1. Deontological theorist  
2. Consequentialist theorist

اما در صورت عمل به آن وی از تعهد فروتر معاف خواهد بود و در این حالت اجرای عین تعهد برای متعهد علاوه بر تعهد، حق وی نیز محسوب می‌شود. بدیهی است شرط لازم برای آنکه متعهد بتواند میان اجرای عین تعهد یا انجام‌دادن عمل دیگری که تأمین‌کننده انتظارات قراردادی متعهدله است، انتخاب کند آن است که اساساً چنین جایگزین مناسبی وجود داشته باشد. بنابراین، هنگامی که خسارت ناشی از انجام‌دادن تعهد قابل تعیین نباشد، یا عین تعهد ویژگی خاصی دارد و امثال آن به دلیل نبود جایگزین، موضوع نقض کارآمد منتفی خواهد بود. علاوه بر پذیرش کلیت نظریه نقض کارآمد با ملاک‌های صرف حقوقی در حقوق ایران کماکان بحث راجع به حدود و ثغور آن مطرح است و به‌ویژه امکان دارد به‌منظور رفع برخی نگرانی‌ها این نظریه را با سخت‌گیری در نحوه و شرایط برآورده‌شدن انتظارات قراردادی متعهدله تعدیل کرد.

بنابراین، می‌توان گفت به‌لحاظ صرف حقوقی این نظریه در حقوق ایران پذیرفتنی به نظر می‌رسد. به‌طور طبیعی، نگاه سنتی هرچند دلیلی منطقی برای رد این نظر نیابد، گویی منفعتی پنهان و غیر قابل بیان را در اجرای عین تعهد می‌بیند که دست شستن از آن را برنمی‌تابد. در نتیجه، به‌سادگی تلاش خواهد کرد تا با دست‌یازیدن به ظاهر قواعد، قاعده جدید را موضوعی بی‌اساس جلوه دهد. هرچند پذیرفتنی است اگر مصلحت‌اندیشی را نادیده بگیریم و اصول‌گرایی را پیشه کنیم، سبک تحلیل و اشکالات نیز شکلی دیگر به خود خواهد گرفت.

## منابع و مأخذ

۱. امامی خوانساری، محمد (بی تا). *الحاشیه الثانیه علی المکاسب*. چاپ اول، بی جا: بی نا.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۱). *حقوق مدنی*. چاپ سوم، جلد اول، قم: انتشارات اسلامیة.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱). *کتاب المکاسب*. چاپ اول، جلد سوم، قم: منشورات دارالذخائر.
۴. انصاری، مهدی (۱۳۹۰). *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*. چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه.
۵. انصاری، مهدی (۱۳۹۰). *نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق*. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱، صفحات ۵۷-۳۹.
۶. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی (۱۴۰۶). *حاشیه المکاسب*. چاپ اول، جلد دوم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۷. حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۲۹). *منهاج الفقاهه*. جلد ششم، چاپ پنجم، قم: انوارالهدی.
۸. خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶). *حاشیه کتاب المکاسب*. تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۹. شهبازی، محمدحسین (۱۳۸۵). *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*. چاپ اول، تهران: مؤلف.
۱۰. صفایی، سید حسین و الفت، نعمت الله (۱۳۸۹). *اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد*. مجله نامه مفید، شماره ۷۹، صفحات ۶۲-۴۳.
۱۱. طباطبائی یزدی، سید عبدالعزیز (۱۳۷۸ هـ ق). *حاشیه مکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۲. عیوضلو، حسین (۱۳۸۴). *عدالت و کارایی در تطبیق با نظام اقتصادی اسلامی*. چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
۱۳. قنواتی، جلیل (۱۳۸۲). *مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع*. اندیشه‌های حقوقی، سال ۱، شماره ۵، صفحات ۶۱-۲۹.

۱۴. کمپانی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸). *حاشیه کتاب المکاسب*. چاپ اول، جلد پنجم، قم: أنوار الهدی.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *عقود معین*. جلد ۱، تهران: انتشارات به نشر.
۱۶. لطفی، اسداله (۱۳۷۶). *بررسی اصل لزوم در عقود اسلامی*. چاپ اول، همدان: انتشارات دانشجو.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۱). *اصل لزوم در عقود و مجاری آن در فقه امامیه*. مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۱۱ و ۱۲، صفحات ۸۰-۴۵.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۶). *قواعد فقه بخش مدنی*. جلد دوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.
۱۹. محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۷). *قواعد فقه*. چاپ سوم، تهران: نشر دادگستر.
۲۰. نراقی، ملااحمد (۱۳۸۷). *عوائد الایام*. قم: مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان.
- یزدی، سید محمدکاظم طباطبائی (۱۴۲۱). *حاشیه المکاسب*. جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
22. Craswell, R. (1998). Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach. *Southern California Law Review*, 61, 70-629.
23. Davis, J.P. (2003). Taking uncertainty seriously: revising injunction Doctrine. *Rutgers Law Journal*, 34, 363-462.
24. Dawiner, S.S. (2006). The immorality and inefficiency of an efficient breach. *The Tennessee Journal of Business Law*, 8, 61-100.
25. Katz, A. (2011). Virtue ethics and efficient breach. *Suffolk University Law Review*, 45, 777-802.
26. Posner, R. (1998). *Economic analysis of law*. 5<sup>th</sup> edition, New York: Aspen Publishers.
27. Russell, I.S. (2007). *The broken promise of efficient breach theory: sacrificing certainty of obligation for false efficiency*. University of Tulsa College of Law, Available at <http://works.bepress.com>.
28. Scalise, R.J. (2007). Why no "efficient breach" in civil law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *The American Journal of Comparative Law*, 55, 721-766.
29. Sidhu, D.S. (2010). A crisis of confidence and legal theory: why the economic downturn should help signal the end of the doctrine of efficient breach. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 24, 357-397.