

## تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی: نظریه نقض کارآمد قرارداد

علیرضا ایمانی پیرآغاج<sup>۱</sup>

دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

محمد روشن<sup>۲</sup>

دانشیار عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۷/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۳

### چکیده

تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی از موضوعاتی است که مورد توجه و التفات اندیشمندان حقوق و اقتصاد قرار گرفته است. مبنای این توجه شدید ناشی از اختلاف در هدف و فلسفه وضع قواعد جبران غرامات قراردادی می باشد. از نگاه اقتصادی هدف وضع قواعد جبران خسارت تنبیه ناقض قرارداد نیست، بلکه جبران خسارت زیان دیده می باشد. این نگرش موجب اجرای اختیاری قرارداد خواهد شد، یعنی یک انتخاب آزاد بین پرداخت غرامت و انجام عین تعهد قراردادی، نتیجه این نگرش آن خواهد شد که در هر قرارداد متعهد، می تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد، ولی کسانی که گنجاندن هرچه بیشتر اصول اخلاقی در حقوق قرارداد را سودمند می پندارند، موافق این نقطه نظر نمی باشند. نقض قرارداد می تواند به منظور کسب سود بیشتر و یا به منظور اجتناب از ضرر بیشتر صورت پذیرد. با بررسی اقسام نقض کارآمد قرارداد - حتی با یک نگاه سنتی به حقوق قرارداد - می توان به این نتیجه منطقی دست یافت که برخی از اقسام نقض قرارداد با روح عدالت و اصول اخلاقی منافات ندارد. مبتنی بر تحلیل اقتصادی، در یک رابطه قراردادی صرفاً انجام تعهدات قراردادی موضوعیت ندارند، بلکه تعهدات قراردادی تابعی از کارآیی و مطلوبیت قلمداد می شوند، بنابراین به جای اجرای عین تعهد قراردادی، بدل و جایگزین آن یعنی غرامات قراردادی هم می تواند موضوع قرارداد و مطلوب باشد.

alirezaimani569@yahoo.com

۱- نویسنده مسئول:

2 -m-roshan@sbu.ac.ir

DOI: 10.22067/le.v26i15.69627

**واژگان کلیدی:** غرامات قراردادی، نقض کارآمد، کارآیی اقتصادی، دیدگاه ابزاری، اجرای عین تعهد. (JEL, K12)

### مقدمه

اقتصاد خرد، پاسخ و عکس‌العمل بازیگران و نقش آفرینان عرصه اقتصاد را در برخورد با عوامل و محرک‌های مختلف مورد بررسی قرار می‌دهد و از این طریق، تعیین می‌کند که کدام یک از آن عوامل منتج به عواید سودآور و به صرفه می‌شوند. این امر نهایتاً و نتیجتاً بر ثروت اجتماعی می‌افزاید. در این راستا و در نگرش اقتصادی، یک گرایش فکری تحت عنوان «منفعت طلب کاملاً عقلایی» وجود دارد که بر مبنای این گرایش، نقش آفرینان اقتصادی، دارای یک مجموعه با ثبات و مرتب از اولویت‌ها هستند که به طور عاقلانه برای به حداکثر رساندن سود خود برمی‌گزینند و مصممانه منفعت شخصی خود را تعقیب می‌نمایند. یعنی فرض بر این است که افراد عاقل هستند و به گونه‌ای رفتار می‌کنند که منجر به کاهش هزینه‌ها و افزایش سود خواهند شد و در صورت افزایش هزینه‌ها، در بین گزینه‌های موجود، گزینه‌ای را انتخاب می‌کنند که هزینه کمتری برای ایشان داشته باشد. بنابراین یک دیدگاه منفعت طلب و یک بازیگر منطقی، در الگوی اقتصاددان، به احساسات شخصی اجازه نمی‌دهد که مانع یک معامله ثروت‌ساز شود. بنابراین نیازی به هیچ تعبیر و تفسیر خاص و نیرومندی از «عقلانیت» برای توجیه این پیش‌بینی اصلی اقتصاد وجود ندارد که به سادگی می‌گوید: «هرچه یک گزینه، پرهزینه‌تر، خطرناک‌تر و شاق‌تر باشد، کمتر انتخاب می‌شود.» (Coase, 2013)

یکی از تأسیسات حقوقی که به صورت برجسته، به لحاظ بروز و ظهور جنبه‌های اقتصادی و سودجویانه، زمینه و بستر مساعدی برای اعمال تحلیل اقتصادی در آن وجود دارد، نهاد قرارداد است. در تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد، شماری از مسائل مختلف قراردادها مورد بررسی قرار می‌گیرد، ولی یکی از موضوعاتی که به شدت مورد توجه اندیشمندان هر دو حوزه حقوق و اقتصاد قرار گرفته است، بحث «غرامات قراردادی» است. شاید علت این توجه را بتوان در پاسخ به این پرسش جستجو نمود که اصولاً هدف و فلسفه غرامات در حقوق قرارداد چیست؟

آنچه در تمامی نظام‌های حقوقی، خواه قوانین داخلی و چه مقررات بین‌المللی مشهود است آن است که مواد قانونی متعددی به مبحث شیوه‌های جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد اختصاص

داده شده است. بدین مفهوم واژه «خسارت» در این مباحث به معنای عام خود یعنی تکلیف به جبران ضرر از طریق مقتضی به کار رفته است. بنابراین هنگامی که از عبارت «شیوه‌های جبران خسارت» استفاده می‌شود، مقصود معنای عام خسارت یعنی همه شیوه‌های جبران است نه خسارت به معنای خاص آن که تنها یکی از این شیوه‌های جبران است.

از دیدگاه سنتی، هدف از وضع غرامات قراردادی، تنبیه ناقض قرارداد می‌باشد به گونه‌ای که موجب الزام متعهد به اجرای تعهدات قراردادی گردد، زیرا بر طبق دیدگاه اخلاقی، قرارداد یک التزام اخلاقی است، لذا نقض قرارداد یک خطای اخلاقی محسوب می‌گردد، از این حیث، وضع غرامات قراردادی می‌تواند مانع نقض یک قرارداد که در ذات خود یک التزام اخلاقی است، تلقی گردد. از سوی دیگر مبتنی بر تحلیل اقتصادی حقوق و با دیدگاهی ابزاری به حقوق قرارداد که قراردادهای را وسیله‌ای برای نیل به کارآیی اقتصادی و افزایش ثروت می‌پندارد. هدف از غرامات قراردادی نه الزام متعهد به اجرای التزام خود، بلکه جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌باشد. لذا غرامت به عنوان جبران خسارت، جایگزین کافی برای اجرای عین تعهد در قبال طرف زیان‌دیده تلقی می‌شود. پس به طور کلی هر یک از طرفین ممکن است با اطمینان از این امر که پس از جبران کامل خسارت وارده به طرف متضرر، کماکان از سود خالص منتفع می‌شوند، سود و صرفه خود را در امتناع از اجرای قرارداد بیابند. براین مبنا، نقض قرارداد ممکن است از لحاظ اقتصادی سودمند باشد و نتیجتاً مورد تشویق حقوق، قرار گیرد. بنابراین مبتنی بر تحلیل اقتصادی، هرگاه نقض قرارداد بتواند بیش از التزام به عهد، منتهی به سود بیشتر شود و یا از ضرر بیشتر جلوگیری کند، باید مورد حمایت و نتیجتاً مورد تشویق حقوق قرارداد، قرار گیرد. لیکن این تفکر از منظر دیدگاه اخلاقی که نقض قرارداد را شکستن یک عهد به شمار می‌آورد، قابل توجیه نبوده و مطرود می‌باشد. بنابراین یک تضادی آشکار بین مکتب اخلاقی - التزامی و مکتب ابزاری در حقوق قرارداد در خصوص نقض قرارداد، وجود دارد.

یکی از اختلافات دیدگاه ابزاری و دیدگاه اخلاقی در زمینه حقوق قرارداد آن است که آیا کارآیی اقتصادی باید به عنوان هدف منحصر یا غالب در حقوق قرارداد لحاظ شود و یا اهداف دیگر مانند اخلاق و عدالت نیز به عنوان اهداف سنتی حقوق، باید کماکان مدنظر قرار گرفته شود؟ توجه به کارآیی به عنوان یک مطلوب و هدف در حقوق مورد توجه اندیشمندان حقوق و خاصه اقتصاددانان می‌باشد و از مقبولیت کلی و کافی برخوردار است. لیکن به عنوان راهی میانه

شاید بهتر باشد که بحث‌هایی از این دست که آیا هدف حقوق و خاصه حقوق قراردادهای باید عمدتاً مبتنی بر کارآیی اقتصادی باشد یا اهداف دیگر، مانند اخلاق، عدالت و انصاف، کنار گذاشته شود و این مطلب پذیرفته شود که در این باره وحدت نظر وجود ندارد. حقوق می‌تواند در عین حال در خدمت هر دو باشد: به نحوی کارا از منابع استفاده کند و در خدمت تأمین اخلاق و عدالت در جامعه نیز باشد. (Babaei, 2007, P 52, in Persian)

در این مقاله تلاش خواهد شد، ضمن تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی، به بیان اقسام نقض کارآمد قرارداد و تفکیک آنها - موضوعی که کمتر مورد بررسی قرار گرفته است - پرداخته شود و این تحقیق صورت پذیرد که در برخی از موارد در نقض کارآمد، لزوماً تضادی بین دو مطلوب و هدف فوق‌الذکر وجود ندارد و در غالب موارد این دو با هم هماهنگی دارند و آنچه راه حل کارآمد اقتصادی است در عین حال با اخلاق و عدالت نیز انطباق دارد.

همچنین در تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد که آیا صرفاً تعهدات قراردادی در قرارداد موضوعیت دارند یا تعهدات قراردادی را می‌توان تابعی از کارآیی و مطلوبیت قلمداد نمود؟ تکیه بر مطلوبیت و کارآیی این ویژگی را خواهد داشت که به جای اجرای عین تعهد قراردادی بدل و جایگزین آن یعنی غرامات قراردادی هم می‌تواند به جای موضوع قرارداد، قرار بگیرد. در این صورت سئوالی که مطرح می‌گردد آن است که در این صورت آیا اهداف اقتصادی حقوق قرارداد تأمین می‌گردد؟

### اهداف اقتصادی حقوق قرارداد

مطالعه سنتی حقوق و اقتصاد ناظر به تحلیل رابطه میان این دو دانش و تعیین نقش هر یک در قلمرو دیگری است، اما در تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد حقوقی از این حیث که با اصل کارآیی اقتصادی انطباق داشته باشد، موضوع علم اقتصاد قرار گرفته و مورد تحلیل قرار می‌گیرند، از این رو ابتدا شایسته است که نگاهی اجمالی به برخی اهداف اقتصادی حقوق قراردادها صورت پذیرد تا با استفاده از این اهداف بتوان غرامات قراردادی را با نگاه اقتصادی در جهت نیل به کارآیی تحلیل نمود.

### اجرای قراردادهای کارآمد

در نگاه سنتی به حقوق قرارداد، مکانیسم «الزام به اجرای عین تعهد قراردادی» به عنوان یکی از روش های مقابله با نقض قرارداد به سبب انطباق با اصول اخلاقی و همچنین اصول کلی حقوق قرارداد نظیر؛ اصل لزوم وفای به عهد و نقش و اهمیت آن در ثبات و امنیت قراردادها، مورد شناسایی اغلب نظام های حقوقی قرار گرفته است. لیکن «اصل اجرای اجباری تعهد قراردادی» به لحاظ تغییر شرایط اقتصادی و اجتماعی، پاسخگوی نیازهای امروزی جامعه نیست. تأثیر سایر علوم و از جمله اقتصاد، روابط حاکم بر قراردادهای سنتی را متحول نموده است، به نحوی که اکثر قواعد ثابت حقوقی، جای خود را به قواعد قابل انعطاف و متعادل واگذار کرده اند و یا بدین سمت جهت گیری نموده اند. قاعده عمومی «اجبار به انجام عین تعهد» نیز از این امر مستثنی نبوده و علیرغم حمایت و برخورداری از استدلال محکم حقوقی، به سبب عدم توفیق در حل سریع و آسان مشکلات و معضلات حقوقی و نیز عدم تطابق با مقتضیات امروزی جامعه، در اکثر نظام های حقوقی رنگ باخته است و حتی در نظام حقوق ایران نیز انحرافات از این قاعده را می توان مشاهده نمود و قانونگذار به جهات خاص از اجرای قاعده عدول نموده و حق فسخ را بر اجرای اجباری عین تعهد مقدم دانسته است.<sup>۱</sup>

از نظر اقتصادی، حقوق قرارداد باید به گونه ای طراحی شود که به موجب آن، صرفاً قراردادهایی که از نظر اقتصادی کارآمد هستند، اجرا شوند. بنابراین در صورتی که عدم اجرای تعهد سودمندتر از اجرای آن باشد و یا هزینه های اجرای تعهد بیش از هزینه های وارد بر متعهد در اثر نقض قرارداد باشد، به گونه ای که انجام قرارداد را زیان بار نماید، متعهد از نظر منطقی نقض قرارداد را ترجیح خواهد داد؛ ولی اگر اجرای قرارداد بیشتر سود داشته باشد و یا هزینه اجرا کمتر از هزینه نقض باشد، قرارداد را اجرا خواهد نمود.

بنابراین، منطبق با تحلیل اقتصادی؛ حقوق قرارداد باید به دنبال تنظیم و ایجاد مجموعه ای از عوامل در اجرای قراردادها باشد، به گونه ای که اجرای قراردادهای کارآمد مورد تشویق قرار

۱- از آن جمله می توان به تخلف از شرایط عقد اجاره ( ماده ۴۹۶ ق.م. )، شرط دادن رهن یا ضامن ( ماده ۲۴۱، ۲۴۳ و ۳۷۹ ق.م. ) و خیار تخلف شرط صفت ( ماده ۲۳۵ ق.م. ) اشاره نمود. این در حالی است که بر طبق قواعد عمومی مذکور در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، فسخ جنبه استثنایی دارد و با عدم امکان اجبار مشروط علیه و متعهد به وجود می آید.

گیرند و از اجرای قراردادهای ناکارآمد جلوگیری به عمل آید. (Ansari, 2014, P150, in Persian)

### کاهش هزینه‌های معاملاتی

از دیدگاه اقتصادی، هزینه‌های معاملاتی یکی از مهم‌ترین موانع تمایل به تشکیل یا اجرای قرارداد و همچنین از علل ناکارآمدی معاملات است. چشم پوشیدن بر هزینه‌های معامله در شرایطی که این معضل در کانون توجه تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد، قرار دارد، اقدامی سطحی و سهل‌انگارانه است. (Coase, 2013)

حداقل بخشی از اهداف اقتصادی حقوق قرارداد، کاهش هزینه‌های معاملاتی و اقدامات تجاری است که شامل قیمت مورد معامله، هزینه حمل و نقل، هزینه پیدا کردن طرف معامله، هزینه‌های گفتگوهای مقدماتی و چانه‌زنی، هزینه‌های کسب اطلاعات، هزینه نگارش و تنظیم قرارداد، زمانی که صرف خرید می‌شود، هزینه‌های اجرا و هزینه‌هایی دیگر خواهد شد. افزایش این گونه هزینه‌ها گاهی اوقات از رغبت افراد به انعقاد و اجرای قرارداد می‌کاهد و یا ایشان را منصرف می‌نماید. (Bagheri and shikh siyah, 2010, P 30-33, in Persian) بنابراین در برخی موارد افزایش هزینه‌ها موجب می‌گردد که متعهد با پرداخت خسارت قرارداد از انجام تعهد قراردادی سرباز زند.

### دیدگاه اخلاقی و دیدگاه ابزاری به غرامات قراردادی

یکی از سؤالات اساسی مطروحه در حوزه حقوق قرارداد آن است که یک قرارداد قدرت اجرایی خود را از کجا و از کدام منبع به دست می‌آورد؟ به تعبیر دیگر آنچه به حقوق و وظایف متقابل قراردادی رسمیت می‌بخشد و آنها را موجه می‌سازد چیست؟

پاسخ به سؤال فوق برای هر حقوق‌دان و نظریه پرداز حقوق مستلزم انتخاب یکی از دو شیوه و طرز تفکر در خصوص ماهیت قرارداد خواهد بود. دیدگاهی سنتی که معتقد است: حقوق قرارداد، باید به واسطه ارزش اخلاقی ماهوی آن موجه تلقی شود، با این توضیح که اجرای یک قرارداد را باید به عنوان یک وجه بدیهی از نیکویی اخلاقی و یا صورت والایی از اجرای عدالت قلمداد نمود و به لحاظ غلبه جنبه‌های اخلاقی باید دیدگاهی اخلاقی از قرارداد داشت. دیدگاهی دیگر معتقد است: حقوق قرارداد را باید با دیدگاهی ابزاری به عنوان وسیله‌ای جهت تحقق یک هدف، مانند

کسب سود بیشتر، بازدهی اقتصادی، شکوفایی و رونق تجاری و نهایتاً افزایش کارآیی نگر است. لذا بر مبنای این دیدگاه، یک نقطه نظر ابزاری، سازگاری بیشتری با ضوابط قانونی موجود و نگرش‌های زیربنایی امروزیین حقوق قرارداد، دارد و توجیه یک دیدگاه اخلاقی-التزامی چندان متقاعد کننده نیست. بر این اساس، به لحاظ اختلاف مبنایی این دو دیدگاه، خاصه در موضوع بحث این مقاله و به منظور هموارسازی مسیر بحث، لازم است که به بررسی مختصر دو مکتب و دیدگاه فوق در حوزه حقوق قراردادها پرداخته شود و در ادامه یکی از این دو دیدگاه به منظور تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی برگزیده شود.

### دیدگاه اخلاقی<sup>۱</sup>

مطابق دیدگاه اخلاقی، قرارداد در ذات خود یک التزام اخلاقی است، به همین لحاظ نقض قرارداد، شکستن یک عهد اخلاقی به شمار می‌آید. (Menetrez, 2000, p 859) بنابراین می‌توان گفت اجرای یک قرارداد به لحاظ غلبه جنبه‌های اخلاقی موجود در آن وظیفه طرفین قرارداد است. یعنی متعهد باید به تعهدش پایبند و وفادار باشد، زیرا وفاداری و پایبندی به تعهد دارای ارزشی ذاتی است. این نظریه توسط امانوئل کانت در حدود دو قرن پیش ارائه شده است، او عقیده داشت که تعهدات باید مورد احترام قرار گیرند. (Ansari, 2014, P 536, in Persian) بنابراین وی معتقد است که قواعد قانون قرارداد از اخلاقیات و التزامات اخلاقی استنتاج می‌شوند و اساساً بنیان‌های اخلاقی به عنوان توجیه کافی قانون و حقوق قرارداد تلقی می‌شوند (Gordley, 2002, p 6) اما پذیرش اینکه حقوق قرارداد بدون هیچگونه تردیدی کلاً و تماماً منطبق با اخلاقیات است، امری است که به سادگی قابل اثبات نمی‌باشد.

اصل «آزادی قراردادی» و اصل «حاکمیت اراده» در قراردادها اینگونه پدرمآبی اخلاق را تقبیح می‌کند، چرا که اخلاق مدار کردن افراد، در حوزه حقوق قرارداد از وظایف حقیقی قانون نیست. (Devlin, 1965) به همین لحاظ، قانونی که در تلاش جهت پیاده‌سازی اخلاقیات است از توجیه سیاسی و اجتماعی کافی برخوردار نخواهد بود. (Morgan, 2013, p: 21) بلکه هم به عنوان

1 - Moral Approach

یک تلقی اجتماعی و هم در فرض حقوقی - مستنداً به اصول فوق - قانون قرارداد و قواعد آن اغلب باید به عنوان بخش تنظیم کننده و تسهیل کننده قراردادها مورد دفاع قرار گیرد و نه بسط و شیوع اخلاق در قراردادها.

اصولاً تصور اخلاقی از قراردادها به عنوان التزامات لازم الاجرا باید مستلزم قدرت اجرایی ذاتی اخلاق به عنوان ضمانت اجرای متعارف اجرای قرارداد باشد، ولیکن این واقعیت که در حقوق قرارداد سنتی، اخلاق تکیه گاه محکمی جهت اجرای تمامی قراردادها نیست، از موارد سردرگمی و نقاط ضعف جدی نظریه پردازان اخلاقی - التزامی می باشد. (Ibid, p 13)

حال بر فرض آنکه قرارداد را یک الزام اخلاقی تلقی نمایم، این سؤال مطرح است که آیا نقض این الزام موجب اضرار به دیگران می شود؟ به بیان دقیق تر آیا متعهدله از عدم اجرای التزام قراردادی متضرر می شود؟ پاسخ بدیهی به این پرسش مثبت است. لیکن چه نوع آسیبی متوجه متعهدله می گردد؟ به اعتقاد یکی از اندیشمندان حقوق، انتظارات ناکام متعهدله فی نفسه زیان مهمی به شمار می روند؛ بر این اساس محروم کردن یک طرف قرارداد از چیز مطلوبی که مستحق آن بوده است، به نحو فوق العاده ای آسیب زا است و مستوجب تنبیهات قانونی برای نقض کننده قرارداد خواهد بود. (Kimel, 2010, p 215)

معدلک، چنانچه کل مسأله مورد منازعه این است که ما قرارداد را اجرا می کنیم چون متعهدله -اخلاقاً- معق به این اجرا است، حرکتی مخاطره آمیز به سوی توجیحات ضعیف در این حوزه برداشته ایم؛ با این توضیح که انتظار محض متعهدله و یا احساس ناکامی وی از نقض قرارداد (توجیحات اخلاقی) توجیحات ضعیفی برای تحدید آزادی متعهد از نقض قرارداد محسوب می گردند. در واقع اتکاء و اعتماد به یک التزام فقط به دلیل اخلاقی مانع نقض قرارداد نخواهد شد. بنابراین پذیرفتن دلایل اخلاقی، می تواند به عنوان بخشی از دلایل الزام به اجرای یک التزام قراردادی محسوب شود و نه تمام دلایل آن. (Morgan, 2013, p 22) لذا دیدگاه اخلاقی - به تنهایی - نمی تواند اجرای عین تعهد را که نوعاً مورد تأیید و تأکید نظریه پردازان مکتب اخلاقی حقوق قرارداد هست را تضمین نماید. یعنی اخلاق بالنفسه دارای قدرت لازم جهت اجرای تمام قراردادها نیست و نمی تواند مانع نقض قراردادها شود.

حال با توجه به ضعف دیدگاه اخلاقی در جلوگیری از نقض قراردادها، چنانچه نقض قرارداد را حقیقتاً (قانوناً و یا اخلاقاً) یک خطا تلقی نمائیم، توقع وجود غرامتهای تنبیهی به جا و مناسب



خواهد بود. نظر به اینکه مسئولیت اخلاقی را نمی‌توان در دادگاه طرح و مطالبه خسارت نمود و داوری در خصوص آن را به دولت و مأموران آن سپرد. (Katoziyan, 1995, P 50, in Persian) بنابراین کسی که معتقد است نقض قرارداد، یک فعل خلاف اخلاق است و به غرامت تنبیهی اعتراض دارد، احتمالاً باید موافق جرم قلمداد کردن نقض قرارداد باشد. چرا که به هر روی ناقض قرارداد را باید مسئول بدانیم، ولیکن اطلاعی وجود ندارد که هیچ نظریه پرداز التزامی-اخلاقی از این امر حمایت کرده باشد، یا هیچ نظام و سیستم حقوقی، با نقض قرارداد، به عنوان یک بزه جزایی برخورد کرده باشد و یا هیچ قاضی و یا عالم حقوقی استدلال کرده باشد که نقض قرارداد -حتی عامدانه- باید مستوجب مجازات باشد. (Morgan, 2013, p 14) اینکه چنین اتفافی به صورت متعارف در قراردادها رخ نمی‌دهد و نقض قرارداد، اخلاقاً جرم تلقی نمی‌شود و به لحاظ مسئولیت اخلاقی نیز قابل رسیدگی و مطالبه خسارت در محاکم نمی‌باشد، موجب دیگری بر عدم پذیرش دیدگاه اخلاقی-التزامی در توجیه و تحلیل غرامات قراردادی محسوب می‌گردد. البته بیان این نکته که مسئولیت اخلاقی قابل رسیدگی و مطالبه خسارت نمی‌باشد، نافی مسئولیت قراردادی برای ناقض قرارداد نیست.

اصولاً هدف سنتی وضع غرامت‌ها در حقوق قرارداد، اولاً الزام متعهد به اجرای التزام خود و ثانیاً تنبیه ناقض قرارداد می‌باشد. به بیان دیگر غرامت‌های قراردادی به عنوان ضمانت اجرای متعارف قرارداد موجب می‌گردد متعهد در صورت استنکاف از انجام عین تعهد قراردادی، ابتدا، الزام به انجام تعهدات گردد و در صورت عدم امکان الزام، وی مکلف به پرداخت خسارات قراردادی خواهد گردید. یعنی اصولاً در دیدگاه سنتی و اخلاقی به حقوق قرارداد، برای متعهد اولاً و بالذات امکان نقض قرارداد و پرداخت خسارت وجود ندارد و متعهد ملزم به اجرای عین تعهد می‌باشد. قائل شدن یک توجیه اخلاقی برای ماهیت اجرای عین تعهد قراردادی و الزام نمودن متعهد به اجرای آن، توجیه قانع‌کننده‌ای بر ماهیت اجرای عین تعهد نیست، زیرا ممکن است به عنوان تعدی به آزادی شخص به واسطه حکم دادگاه تلقی شود. (smith, 2004, p 400) زیرا شخص در صورت عدم اجرای عین تعهد، به رغم تمایزش، ملزم به اجرای تعهدات قراردادی می‌گردد.

حال با بیان نقاط ضعف موجود در دیدگاه اخلاقی، بحث بر این مبنا خواهد بود که چنانچه حقوق قرارداد به عنوان یک ابزار سیاست اجتماعی در تقابل با اصل اخلاقی وفای به عهد تلقی

شود، وصف صحیح‌تری از آن ارائه شده است. بنابراین نخستین قدم در زمینه‌سازی برای تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی اثبات تطابق دیدگاه ابزاری با معیارها و ضوابط تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد است.

### دیدگاه ابزاری<sup>۱</sup>

در دیدگاه ابزاری، بحث بر این مبنا خواهد بود که چنانچه حقوق قرارداد را به عنوان یک ابزار سیاست اجتماعی در تقابل با اصل اخلاقی وفای به عهد تلقی نماییم، وصف صحیح‌تری از آن را ارائه نموده‌ایم. بر این مبنا در دیدگاه ابزاری هدف قواعد حقوقی تنها تشویق افراد به زندگی مطابق تعهدات اخلاقی نیست، بلکه وصول به مقاصد و فوائد اقتصادی همواره مدنظر است، بر همین اساس است که به طور کلی یک دیدگاه ابزاری، در مقایسه با نظریه‌های اخلاقی-التزامی رقیب، همخوانی بیشتری با حقوق قرارداد دارد.

بر مبنای دیدگاه ابزاری، هر قرارداد در صورتی مطلوب است که کارآیی داشته باشد، یعنی میزان سودی که ایجاد می‌کند بیش از میزان هزینه‌های آن باشد. (Coase, 2013) بنابراین از نظر دیدگاه ابزاری حتی مزیت نقض قرارداد در نقشی است که در تحقق یا افزایش کارآیی دارد، با این بیان که در تحلیل اقتصادی تأکید بر این امر است که مبنای قواعد حقوقی، از جمله نقض قرارداد، باید کارآیی باشد. بنابراین بر مبنای این دیدگاه، هرگاه نقض قرارداد بتواند بیش از وفای به آن موجب ایجاد سود و یا مانع ایجاد ضرر گردد، باید مورد حمایت قرار گیرد. بر خلاف دیدگاه التزام مبنای که نقض قرارداد را تحت هر شرایطی ممنوع می‌داند.

حال سئوالی که مطرح می‌شود آن است که آیا یک نقطه نظر حداکثرسازی سودآوری با قواعد حاکم بر غرامت نقض قرارداد همخوان و همساز است؟ در دیدگاه ابزاری مبتنی بر تحلیل اقتصادی حقوق، هدف از وضع غرامات قراردادی، الزام متعهد به اجرای التزام خود و یا تنبیه نقض‌کننده قرارداد نیست، یعنی غرامت‌ها به عنوان تنبیهی برای نقض قرارداد در نظر گرفته نشده است. بلکه هدف از وضع غرامات، جبران خسارت منتج از نقض قرارداد به متعهدله می‌باشد. حتی

1- Instrumental Approach

نقض‌های تعمدی نیز از سایر انواع نقض متمایز نشده‌اند، لذا غرامت به عنوان جبران خسارت، جایگزین کافی برای اجرای عین تعهد در قبال طرف زیان دیده تلقی می‌شود. پس به طور کلی، هریک از طرفین ممکن است با اطمینان از این امر که پس از جبران کامل خسارت وارده به طرف متضرر، کماکان از سود خالص منتفع می‌شود، سود و صرفه خود را در امتناع از اجرای قرارداد بیابد. (Morgan, 2013, p 14)

همانگونه که تبیین گردید هدف از وضع غرامات در حقوق قرارداد، جبران خسارت زیان‌دیده است. لذا می‌توان بین مسئولیت قراردادی و غرامات قرارداد، به گونه‌ای ملازمه برقرار نمود و مباحث متقاعدکننده‌ای برای تشریح ماهیت غرامات نقض قرارداد - مبتنی بر دیدگاه ابزاری - ارائه کرد. این ملازمه به وضوح از یک سو به این معناست که نقض قرارداد مستلزم پرداخت غرامات قراردادی و جبران ضرر ناشی از نقض قرارداد است و از سویی دیگر متعهد می‌تواند به اعتبار آنکه غرامات قراردادی را جایگزین مناسبی برای اجرای اصل تعهد قراردادی می‌داند و با این استدلال که غرامات قراردادی به همان اندازه اصل تعهد برای متعهدله مطلوب و مطبوع است، از اجرای عین تعهد قراردادی خودداری نماید. بر این مبنا نقض قرارداد ممکن است از لحاظ اقتصادی سودمند باشد و نتیجتاً مورد تشویق حقوق قرارداد، قرار بگیرد.

بنابراین می‌توان گفت دیدگاه ابزاری به دنبال به کارگیری تئوری کارآیی و مطلوبیت در روابط قراردادی است و تعهدات قراردادی به صورت تابعی از مطلوبیت قلمداد خواهند شد. تکیه بر مطلوبیت این مزیت را دارد که به جای اجرای عین تعهد قراردادی بدل و جایگزین آن یعنی غرامات قراردادی هم می‌تواند به عنوان و به جای موضوع قرارداد، واقع شود. چرا که برخلاف نگاه سنتی و با عنایت به دیدگاه ابزاری به حقوق قرارداد، مطلوبیت عین تعهد و بدل آن در اکثریت موارد، برای متعهدله، یکسان خواهد بود. در حقیقت تعهدات قراردادی، آن چیزی است که مطلوب متعهدله و یا طلبکار را فراهم می‌نماید، خواه اجرای عین تعهد مذکور در قرارداد باشد یا بدل و جایگزین آن؛ زیرا بر طبق تئوری مطلوبیت برای متعهدله 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، انجام عین تعهد، یکی از طرق رسیدن به مطلوبیت مورد انتظار متعهدله است و آن چه موضوعیت دارد، همان مطلوبیت مورد نظر است. (Rezaei and Esfandyari, 2015, P 294, in Persian) بنابراین مفهوم غرامات در دیدگاه ابزاری با معنای سنتی آن تفاوت دارد. دیدگاه ابزاری

- بر خلاف دیدگاه اخلاقی - به شدت سودآوری حداکثری در قرارداد و مآلاً نقض قرارداد را توجیه می‌نماید، به این معنا که همیشه انجام و اجرای عین تعهد قراردادی موجب صرفه متعهدله نخواهد شد. چه بسا دریافت غرامت و خسارت موجب سودآوری بیشتر و مطلوب متعهدله باشد.

### تحلیل اقتصادی غرامات نقض قرارداد

امروزه تحلیل اقتصادی حقوق، شناخته شده‌ترین و شاید توسعه یافته‌ترین جنبش عقلی جهت تحلیل حقوق از طریق علوم اجتماعی است. اهداف آن ساده و روشن است و آن عبارتست از اینکه قواعد حقوق باید طوری طراحی شود که تا حد ممکن سودآور باشند. این امر، در حوزه حقوق قرارداد ثروت طرفین قرارداد و نهایتاً ثروت کل جامعه را به بیشترین حد می‌رساند. (Morgan, 2013, p 43)

مطالعه اقتصادی حقوق قرارداد به معنای ورود تحلیل اقتصادی به یکی از نهادهای حقوق خصوصی است که به لحاظ بروز و ظهور جنبه‌های اقتصادی و سودجویانه در آن، زمینه و بستر مساعدی برای اعمال تحلیل اقتصادی در آن وجود دارد. در تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد، شماری از مسائل مختلف قراردادها مورد بررسی قرار می‌گیرند، لیکن «غرامات قراردادی» از موضوعاتی است که به طور مبسوطی مورد توجه و التفات اقتصاددانان و حقوقدانان قرار گرفته است.

علت این توجه شدید به غرامات قراردادی، شاید به اظهارات تحریک کننده اولیور وندل هولمز<sup>1</sup> و برداشت وی از مفهوم مسئولیت قراردادی بازمی‌گردد، زیرا وی تحلیلی خاصی از مفهوم جبران خسارت ارائه داده است. هولمز با بیان اینکه «در هیچ حوزه از حقوق، سردرگمی بین نظرات حقوقی و اخلاقی هویداتر از حوزه حقوق قرارداد نیست»، اظهار می‌دارد: «وظیفه پایبندی به یک قرارداد به معنای پیش‌بینی آن است که شما در صورت نقض قرارداد باید غرامت بپردازید و وظیفه دیگری ندارید.» (Holmes, 1997, p 991) به این معنا که نتیجه اساسی یک تعهد الزام‌آور این است که در صورت نقض قرارداد، قواعد حقوقی، ناقض تعهد را ملزم به پرداخت غرامات

1 -Holmes, Oliver Wendell

استاد دانشگاه هاروارد و رئیس دیوان عالی ایالت ماساچوست و عضو دیوان عالی فدرال ایالت متحده.

خواهند نمود. بنابراین، مبنای اعتقاد هولمز آن است که هدف قواعد جبران خسارت در حقوق قراردادهای، مجازات و تنبیه پیمان شکن نیست، بلکه جبران خسارات زیان دیده است. (Ansari, 2014, P 536, in Persian)

این نگرش موجب اجرای اختیاری قرارداد خواهد شد، یعنی یک انتخاب آزاد بین پرداخت غرامت و انجام عین تعهد قراردادی، نتیجه این نگرش آن خواهد شد که در هر قرارداد، متعهد می تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را پردازد و این همان چیزیست که هم متعهد و هم متعهدله، شاید به عنوان سودمندترین نگرش ترجیح می دهند. (Markovits, and Schwartz, 2011, p 1939) همچنین این نگرش با دیگر بینش هولمز که بهترین برداشت از قراردادها، تلقی آنها به عنوان ابزارهایی برای تخصیص خطر (ریسک) است، همخوانی دارد. با این توضیح که هر کس می تواند به صورت قانونی و معتبر، تعهد به انجام اموری نماید، حتی اموری که خارج از حیطه کنترل وی هستند - به عنوان مثال تعهد نماید به اینکه فردا هوا بارانی خواهد بود- و در غیر آن صورت، مسئول پرداخت خسارت خواهد بود. ناگفته پیداست که کسی حقیقتاً تعهد نمی کند که هوا را بارانی کند، بلکه خطر (ریسک) آن را به عهده می گیرد که در صورت عدم تحقق آن، غرامت پردازد. (Holmes, 1997, P 299) بنابراین، این وضعیت در خصوص تمامی قراردادها وجود دارد، به این معنا که متعهد قرارداد با پذیرش ریسک هر قرارداد می تواند در صورت عدم انجام قرارداد و نقض آن، ریسک (خسارت) آن را پردازد.

نقطه نظر فوق، به مذاق کسانی که گنجاندن هر چه بیشتر اصول اخلاقی در حقوق قرارداد را سودمند می پندارند، خوش نمی آید. (Morgan, 2013, p 4) بنابراین نگرش فوق توسط کسانی که قرارداد را انجام تعهدات اخلاقی تلقی می نمایند، از این حیث که هیچگونه عنایت و تأکیدی بر اصول پذیرفته شده حقوق قراردادها - مانند اصل لزوم و اصل اجرای اجباری عین تعهد قراردادی - ندارد و در برخی موارد ممکن است با بعضی از این اصول تعارض داشته باشد و همچنین به لحاظ آنکه جهت حداکثرسازی سود در قراردادها ممکن است اخلاقیات در قراردادها رعایت نشود، شدیداً مورد انتقاد قرار گرفته است. (Smith, 2005) در مقابل هولمز، اعتقاد کسانی را که انباشتن هر چه بیشتر اخلاقیات در درون قانون را سودمند می پندارند، استهزاء می نماید. طرح وی، شستن قانون در «اسید بی اعتنایی» از اخلاق است. (Holmes, 1997, p 995) دیدگاه وی که عاری و جدا از وجوه اخلاقی است به طور بحث برانگیزی با نظر آن دسته از بازیگران و متعاقبین قرارداد

سازگاری دارد که قداست اخلاقی و انتسابی به قرارداد برایشان امری کاملاً بی‌معناست (Bar-Glii, Oran and Ben-shahar, Omri, 2009, p 1479). هولمز نظریه خود را اینگونه تبیین می‌نماید که اگر متعهد به تعهدات قراردادی خود عمل نکند، مسئولیتش محقق می‌شود و باید خسارت‌های متعهدله را جبران کند. عدم اجرای تعهدات قراردادی، مرادف با ارتکاب شبه جرم است که عامل نقض را ملزم به پرداخت خسارت می‌کند تا خسارت زیان‌دیده جبران شود. بدین ترتیب هولمز از حقوق‌دانان می‌خواهد، نظریه‌های اخلاقی تعهد را به کناری گذارند و این اصل عملی را بپذیرند که متعهد، همواره می‌تواند از بین اجرای تعهدات قراردادی و یا عدم انجام آن و پرداخت خسارت یکی را که سود بیشتری برای وی دارد انتخاب کند. (Holmes, 1997, p 996) به همین لحاظ است که مبدع نظریه نقض (بیرمنگام)<sup>۱</sup> تأکید دارد که تشویق نقض کارآمد از طریق حذف محتوای اخلاقی از التزام قرارداد می‌تواند از لحاظ اجتماعی مطلوب باشد. (Birmingham, 1970)

بنابراین چنانچه، طرفین تجاری به قرارداد از پشت یک عدسی صرفاً ابزارانگارانه و سودساز بنگرند، تعقل اقتصادی، در اولویت دهی در اجرای عین تعهد قراردادی با هزینه بالا و یا نقض قرارداد و پرداخت خسارات و یا نقض قرارداد در قبال کسب سود بیشتر، نقض قرارداد را انتخاب خواهد نمود. یعنی در هر مورد که هزینه اجرای تعهد بیشتر از سود آن باشد، اجرای چنین تعهدی از نظر اقتصادی ناکارآمد می‌باشد، بنابراین نقض کارآمد قرارداد در چنین شرایطی جایگزین اجرای اصل تعهد می‌شود و بنابراین متعهد می‌تواند قرارداد را نقض و خسارت نقض را پردازد، زیرا چنین نقضی موجب استفاده بهتر از منابع می‌شود. (Friedman, 1989, p 4)

با توضیحات فوق و البته بر مبنای دیدگاه ابزاری قاعده بنیادین حقوق قرارداد آن خواهد شد که به طریقی که کمترین هزینه بر متعهد ناقض قرارداد تحمیل شود و یا به تعبیر دیگر نقض قرارداد برایش سودآور باشد، متعهدله در موقعیتی قرار بگیرد که در صورت اجرای قرارداد، در چنان موقعیتی واقع می‌شد (Campbell, and Harris, 2002, p 220) یعنی به لحاظ حفظ انتظارات متعهدله، این موقعیت برای متعهدله مطلوب باشد. حال اگر نقض قرارداد را به عنوان یک خطای

1 - Birmingham, R, L

اندیشمندی که در دهه هفتاد میلادی مبنای نظریه نقض کارآمد را بنا نهاد.

اخلاقی در نظر بگیریم، دیگر دغدغه به حداقل رسانیدن بار هزینه‌های متعهد خاطی یا حداکثرسازی سود وی معماگونه می‌نماید و بی‌معناست (Shiffirin, 2007, 711) زیرا اعتقاد به اینکه یک خطای اخلاقی بتواند منشاء سود برای ناقض قرارداد باشد یک تناقض آشکار با اصول اخلاقی و عدالت است. چراکه بر طبق دیدگاه اخلاقی، هدف از قرارداد و مسئولیت قراردادی مطلقاً التزام متعهد به اجرای عین تعهد قراردادی است و نه کاهش هزینه‌های متعهد. بر خلاف آن، هدف دیدگاه ابزاری اجرای التزامات قراردادی است خواه به صورت مستقیم و اولاً و بالذات و با اجرای عین تعهد قراردادی و خواه غیرمستقیم و ثانیاً و بالعرض به واسطه پرداخت غرامات نقض قرارداد.

بنابراین مفهوم غرامات در دیدگاه ابزاری با معنای سنتی آن تفاوت دارد، دیدگاه ابزاری - بر خلاف دیدگاه اخلاقی - به شدت سودآوری حداکثری در قرارداد و مآلاً نقض را توجیه می‌نماید، به این معنا که همیشه انجام و اجرای عین تعهد قراردادی موجب صرفه متعهدله نخواهد شد. چه بسا دریافت غرامت و خسارت موجب سودآوری بیشتر و مطلوب متعهدله باشد. این دیدگاه با مقتضیات نقض کارآمد قابل جمع است. حال شاید بتوان گفت که نقض کارآمد قرارداد یکی از مهم‌ترین اختلافات بین دو مکتب فکری اخلاقی - التزامی و مکتب ابزاری درباره مفهوم پایبندی به تعهد است. در مبحث بعد به بررسی اقسام نقض کارآمد قرارداد پرداخته می‌شود.

### نقض کارآمد قرارداد و اقسام آن

معمولاً در قراردادهای تجاری بسیار اتفاق می‌افتد که متعهد یا فروشنده، به جهت آنکه خریدار یا طرف قرارداد بهتری پیدا می‌کند، تمایلی به اجرای معامله با خریدار یا طرف اول را ندارد. از این رو، متعهد با مقایسه سود حاصل از قرارداد دوم با زیان ناشی از نقض قرارداد اول، رغبتی به انجام قرارداد اول ندارد و به پیمان‌شکنی روی می‌آورد. عدم تمایل به اجرا، همچنین ممکن است ناشی از هزینه بالای اجرای قرارداد در مقایسه با پیش‌بینی قبلی متعهد باشد؛ نتیجه آن، عدم تمایل اجرای قرارداد از سوی متعهد، به جهت هزینه‌های بالای اجرای قرارداد و نهایتاً پرداخت خسارت از سوی متعهد خواهد بود. مشاهده می‌گردد که حتی با یک نگاه سطحی، صور مختلفی برای نقض کارآمد قرارداد قابل تصور است.

### نقض به منظور کسب سود بیشتر (نقض سودآور<sup>۱</sup>)

مظهر و جلوه گاه نقض سودآور این رخداد است که پس از انعقاد یک قرارداد، یک پیشنهاد دهنده فرضی، پیشنهاد قیمت بالاتری به متعهد ارائه می کند تا قرارداد را نقض کرده و با وی قرارداد جدید منعقد نماید. (Eisenberg, 2005, 998) این بحث را می توان به طور خلاصه با یک مثال ساده به تصویر کشید. «الف» قبول می کند که یک اتومبیل را به قیمت یکصد میلیون ریال به «ب» بفروشد. سپس «ج» پیشنهاد می دهد که اتومبیل را به قیمت یکصد و پنجاه میلیون ریال خریداری می کند. «الف» بر طبق قاعده نقض سودآور می بایست اتومبیل را به «ج» بفروشد و غرامت نقض را به «ب» بپردازد. با فرض اینکه سود مورد انتظار «ب» از این معامله بیست میلیون ریال می بود، می توان ملاحظه نمود که «الف» و «ج» هر دو از نقض «الف» منتفع می شوند («ج» اتومبیل را می گیرد، «الف» سی میلیون ریال کسب می کند، یعنی پنجاه میلیون ریال حاصل از پیشنهاد بالاتر منهای بیست میلیون ریال پرداخت شده به «ب») و «ب» نیز شرایط بدتری ندارد چرا که بهره مورد انتظار خود را تماماً دریافت کرده است.

این یک مثال خوب از یک اتفاق نادر، به نام برتری پارتویی<sup>۲</sup> است که در آن حداقل برخی طرف های قرارداد در وضعیت بهتری قرار می گیرند، بدون آنکه هیچکس در وضعیت بدتری واقع شود. بنابراین هم متعهد که مبلغ بالاتری دریافت می کند و هم پیشنهاد دهنده بالاتر که ارزش بالاتری بر موضوع قرارداد می گذارد، مشخصاً در وضعیت مطلوب تری قرار می گیرند. متعهدله اولیه نیز، اگرچه که قربانی نقض عامدانه قرارداد شده است، اما در وضعیت بدتری قرار نمی گیرد، چرا که محق به دریافت غرامت عدم النفع می شود، تا جائیکه وی با توجه به غرامت دریافتی، در همان موقعیتی است که گویی قرارداد اجرا شده است. ممکن است در نگاه اول برای متعهدله، غیرمنصفانه باشد که انتظارات قراردادی وی نقش بر آب شوند، تا دو طرف دیگر منتفع گردند، لیکن واقعیت این است که وی نیز به طور کلی و در بلند مدت سود می برد. (Markovits, Daniel and Schwartz, Alan, 2011)

در تحلیل اقتصادی، بر این نکته تأکید می شود که مبنای قواعد حقوقی از جمله فسخ و نقض

1 - profitable breach  
2 - Pareto superiority



قرارداد، باید کارایی اقتصادی باشد. در نقض به منظور کسب سود بیشتر، عدم اجرای تعهد، سودمندتر از اجرای آن است. که این همان کارایی اقتصادی است.

### نقض به منظور جلوگیری از ضرر (نقض کارآمد<sup>۱</sup>)

باید اذعان نمود که موضوع نقض سودآور به منظور کسب سود بیشتر (داستان پیشنهاد دهنده بالاتر) جالب است اما بیش از حد غیرواقعی به نظر می‌رسد. یکی از اندیشمندان حقوق استدلال می‌کند که یک وضعیت بسیار عمومی‌تر و نتیجتاً واقعی‌تر نقض قرارداد به منظور اجتناب از ضرر است و نه به جهت کسب سودهای مستقیم. (Campbell, 2001, p 689) با این بیان که اغلب اتفاق می‌افتد که هزینه‌های اجرای قرارداد - از یک طریق غیر منتظره - آنچنان افزایش می‌یابند که دیگر امکان اجرای سودآور قرارداد به قیمت مورد توافق وجود ندارد. حال چنانچه متعهد بتواند خسارت عدم‌النفع متعهدله را با مبلغی پائین‌تر از هزینه اجرا جبران نماید، چرا باید بر اجرای قرارداد پای بفشارد؟ اجرای قرارداد در این فرض مسلماً موجب اتلاف است که با اصول اقتصادی و تحلیل اقتصادی قرارداد تعارض خواهد داشت. (Campbell, 2001, p 658) مشاهده می‌گردد که در این فرض، نقض قرارداد، اولاً به منظور کاهش هزینه‌ها و دفع ضرر بیشتر و مآلاً و در ثانی سودآوری خواهد بود.

نقض، با مجاز شمردن طرفین به خلاص ساختن خود از الزامات غیرمترقبه و پیش‌بینی نشده در شرایطی که ادامه اجرا به لحاظ هزینه و بهای گزاف و سنگین صرفاً موجب اتلاف و ضرر است، باعث انعطاف‌پذیری در سیستم تبادلات می‌شود. (Ibid, p 690) بنابراین - در این فرض - نقض باید به عنوان روش سالم و لازم با استقبال مواجه شود، چرا که فضایی برای آزادی عمل حیاتی برای کارکرد اقتصادی بازار فراهم می‌آورد. (Campbell, and Harris, 2002, p 210)؛ (Campbell, 2011, p 1100) لذا قانون نباید با دغدغه‌های عجیب و غریب در مورد جنبه اخلاقی نقض تعهد، با چنین نقل و انتقالات سودآوری در اجرای قرارداد ضدیت ورزد. به جز در صورتیکه اجرای عین تعهد فراهم باشد. (Morgan, 2013, p 45)

نقض کارآمد قرارداد به منظور جلوگیری از ضرر (هزینه بیشتر) مبتنی بر یک دلیل حقوقی - فلسفی است، بنابراین در پاسخ به این پرسش که چرا متعاقدين منطقی، آزادی نقض قرارداد را بر اجرای قرارداد به هر قیمت، ترجیح می دهند؟ باید گفت که چنانچه طرفین می توانستند قراردادی کاملاً مبسوط با شرح کامل جزئیات بنویسند که تمامی شرایط غیرمترقبه را لحاظ می نمودند، منطقیاً در شرایطی که هزینه های اجرای قرارداد به حدی افزایش یافته که از ارزش اجرای قرارداد پیشی جسته باشد، ایشان خواهان ادامه اجرای قرارداد نمی بودند. به کلام دیگر اجازه نقض کارآمد به منظور به حداقل رسانیدن هزینه ها، شبیه مفادی به نظر می آید که طرفین اگر قادر به پیش بینی کامل آینده بودند، منظور کرده و در قرارداد می گنجانیدند. (Ibid, p 46) یعنی از جمله آثاری است که می توان گفت در قلمرو قصد مشترک طرفین قرارداد قرار گرفته است. همچنین می توان گفت نقض به منظور به حداقل رسانیدن هزینه ها جزء شروط بنایی و ضمنی قرارداد است که قرارداد ناقص متعاقدين را تکمیل و اصلاح می کند. بنابراین با فرض کامل نبودن قرارداد، نقض قرارداد را نمی توان غیراخلاقی تلقی نمود.

با این توضیح تحمیل اجرای قرارداد به رغم زیان سنگین - در شرایطی که خسارت به قدر کفایت جبرانگر می باشد - در نوع خود به نحو بحث برانگیزی ضد اصول اخلاقی و موجب دگر آزاری قراردادی است. بنابراین دادگاهها در چنین موقعیتهای، میل به صدور حکم بر اجرای عین تعهد ندارند.<sup>۱</sup> (Morgan, 2013, p 46) چرا که درک می کنند این امر، متعهد را دست و پا بسته تسلیم می کند تا هدف هر تقاضای گزاف و زور گویانه ای از طرف متعهدله قرار بگیرد - مثلاً پرداختهای بیش از زیان متعهدله در ازاء رها کردن سفارش (تعهد قراردادی).<sup>۲</sup> (Ibid, 46)

مشاهده می گردد که اجرای قرارداد در صورت بروز خسارت غیرقابل تحمل، به گونه ای عمل ضد اخلاق و عدالت است و این به نوعی نقض غرض دیدگاه اخلاقی است که قرارداد را یک التزام اخلاقی لازم الوفاء می داند و متعهد را ملزم به اجرای تعهد قراردادی. از این رو حتی اخلاق و اصول عدالت نیز به کمک نقض کارآمد (نقض به حداقل رساننده هزینه ها) خواهد آمد. در این فرض به منظور مصلحت اخلاقی بالاتر یعنی پرهیز از تحمیل هزینه و ضرر سنگین بر متعهدله امکان

1 - Co-operative Insurance v. Argyll Stores (1998)

2 - Isenberg v. East India House Estate Co. Ltd (1863)

نقض قرارداد وجود دارد. بنابراین می توان گفت تمرکز بر اجتناب از زیان می تواند با احساس و اصول اخلاقی نیز انطباق داشته باشد.

همانگونه که بیان گردید نقض به منظور اجتناب از زیان با اصول اخلاقی نیز همخوان است. بنابراین با وجودیکه نقض به منظور کسب سود بیشتر (پیشنهاد بالاتر) به این دلیل که اینگونه نقض ها موجب نابودی اطمینان و اعتماد تجاری - حتی در میان اهالی تجارت - خواهد گردید، به شدت مذموم است. (Baumer, and Marschall, 1992) لیکن نقض قرارداد به منظور اجتناب و به حداقل رسانیدن زیانها، واکنش بسیار پذیراتری را دریافت می کند (Wilkinson-Ryan, Baron, 2009)؛ (Lewinsohn-Zamir, 2012) بنابراین نكوهش نقض، به طور کلی و در تمامی اقسام نقض می تواند یک روش بیش از حد عمومی و عامیانه و نهایتاً یک تعمیم نادرست از اصول کلی اخلاقی بین افراد باشد که به درون قراردادهای تجاری هدایت شده است. (Ibid) لیکن این تعمیم در خصوص نقض به منظور اجتناب از ضرر چندان واقعی نمی نماید. حتی برخی از هواداران پروپا قرص تعهد به عنوان اصل اخلاقی وفای به عهد نیز تمایز اولیه بین تعهدات شخصی و قراردادهای تجاری را می پذیرند. با این توضیح که هنگامیکه منافع طرفها در قرارداد صرفاً اقتصادی است آنها الزامات خود را منفصل و مجزا و صرفاً بر مبنای سود و صرفه خویش بنا می نهند که یا آنها را ملزم به اجرای قرارداد می کند و یا ملزم به پرداخت خسارات قراردادی می نمایند. (Morgan, 2013, P 46) به همین لحاظ است که منافع منحصرأ اقتصادی طرفین قرارداد، موجب پرداخت خسارت در قبال عدم اجرای عین تعهد قراردادی می گردد. (Ibid) بنابراین حداقل در قراردادهای تجاری، این بحث که نقض کارآمد به منظور جلوگیری از ضرر بیشتر، غیرقابل قبول - و حتی غیر اخلاقی - است، چرا که از حقوق متعهدله در خصوص اجرای قرارداد تخطی می گردد، بحثی نامربوط است. (Shiffrin, 2007, 722)؛ (Campbell, 2011)

بنابراین از دیدگاه تجاری، نقض کننده قرارداد همیشه خطا کار نیست، بلکه در بسیاری از مواقع، اجرای تعهد با موانعی روبه رو می شود که از نظر اقتصادی نه تنها مقرون به صرفه نیست، چه بسا

۱ - کمپل در مقاله خود تحت عنوان «یک نقد ارتباطی بر سومین بازنویسی جبران خسارت» اصرار می ورزد که نقض بازدارنده ضرر و مآلاً پرداخت غرامات قراردادی اخلاقی هستند، لیکن توضیح نقض سودآور (به منظور کسب سود بیشتر) طبق مکتب پازنر سد راه این امر است.

زیان بار هم می‌باشد. بنابراین عدم اجرای قرارداد در پاره‌ای از موارد، منطقی و اقتصادی است و به نفع متعهد، متعهدله و جامعه است. نتیجه کلام این است که، اصرار بیش از حد بر انجام عین تعهد - در بسیاری موارد - با اصول اولیه حقوق تجارت، سازگاری ندارد. با توجه به اصول حاکم بر تجارت و قراردادهای تجاری و همچنین توسعه و پیچیدگی روابط و مبادلات اقتصادی؛ در جهان امروز به قواعدی نیازمندیم که اقتضای سرعت و مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات - ولو با نقض آنها - را در پی داشته باشد.

### نقض کارآمد با رضایت متعهدله

نقض کارآمد محدود به دو صورت فوق نمی‌گردد. حتی در یک نظام حقوقی حامی اجرای عین تعهد (دیدگاه اخلاقی) نیز متعهدله می‌تواند با معاف نمودن متعهد از انجام تعهد موافقت نماید. پس بنابراین نقض کارآمد همیشه در وضعیت و فرض پیشنهاد بالاتر و یا اجتناب از ضرر تحقق پیدا نمی‌کند، چرا که این امر می‌تواند با توافق متعهدله نیز صورت پذیرد. بنابراین نقض کارآمد یک نامگذاری غلط است که مصادره به مطلوب شده است. (Macneil, 1982) البته اقسام دیگری نیز وجود دارند که می‌توانند در کنار نقض‌های رایج و شایع قرار گیرند. از آن جمله آنکه از نگاه واقع‌بینانه و با لحاظ مبانی حقوقی، طرفهای قرارداد می‌توانند مستند به یک دستور قضایی در مورد اجرای قرارداد، در عمل با یکدیگر به توافق برسند. (تعدیل قضایی) یا در مورد انحلال قرارداد و جلوگیری از ادامه اثر آن به توافق برسند (اقاله)، که البته این موارد از موضوع بحث ما خارج است، ولی با مذاقه و امعان نظر به آنها می‌توان نتیجه‌گیری نمود که نقض کارآمد تنها طریق برای کسب سود بیشتر و یا جلوگیری از زیان بیشتر در قراردادها نیست. حتی پازنر - با وجودیکه یک مدافع پرآوازه نقض سودآور قرارداد است - می‌پذیرد که مزایای واقعی در این امر وجود دارد که طرفین - و نه دادگاه - بهای ابراء ذمه مدیون توسط طلبکار را تعیین کنند، چرا که یک فرض غالب در سیستم بازار آزاد این است که قیمت‌ها و هزینه‌ها توسط بازار به نحو صحیح‌تری تعیین می‌شود تا توسط دولت<sup>1</sup> (Morgan, 2013, p 48) شاید بتوان اینگونه نقض قرارداد را ابراء ذمه متعهد

1 - Walgreen Co. v. Sara CreeK property Co.

توسط متعهدله در قبال اخذ غرامات نقض نامید. در این نوع نقض نیز، دست کم شرایط یکی از طرفین، بدون اینکه به وضعیت دیگری لطمه وارد شود بهتر می شود، که می توان آن مصداقی از برتری پارتو نامید، بنابراین چنین نقضی از نظر اجتماعی کارآمد است. لیکن کماکان اولویت نقض قرارداد در پرونده هایی که طرفین آن قادر یا مایل به موافقت با ابراء ذمه نیستند وجود دارد. در پایان باید اشاره نمود که اقتصاددانان ارتقاء سطح بازار، طبعاً به سمت و سوی نقض کارآمدی که یک جانبه، منفعت جویانه و براساس نقض و سپس پرداخت خسارت است گرایش دارند و نه رفتار همکارانه و مبتنی بر تشریک مساعی و اتفاق نظر که با اجرای عادی و روالمند عین تعهد و احتمالاً ابراء ذمه متعهد از انجام تعهد، با مذاکره مورد تقویت قرار می گیرد. (Macneil, 1982, pp 968-969)

### نقد نظریه نقض کارآمد

یک مشکل و معضل مهم در مورد نقض کارآمد قرارداد این فرضیه است که بنا بر فرض در نقض کارآمد، متعهدله پس از پرداخت خسارت عدم النفع، در موقعیتی بدتر از زمانی که قرارداد اجرا شده است، قرار نخواهد گرفت، بنابراین اجرا و یا نقض قرارداد برای وی تفاوتی نخواهد داشت. ولی این فرض در مواردی منطبق با واقع نمی باشد، به لحاظ آنکه محدودیتهای مختلفی در مورد جبران به وسیله پرداخت خسارت و تعیین میزان آن وجود دارد و این یعنی اینکه حتی در مقام نظر - و صرفنظر از مشکلات عملی اثبات میزان خسارت و هزینه های اقامه دعوی - جبران خسارت کامل متعهدله میسر نیست. بنابراین ممکن است به لحاظ تجربی متعهدله اجرای عین تعهد را بر غرامت عدم النفع ترجیح دهد. پس به لحاظ عدم امکان جبران خسارت کامل متعهدله به لحاظ وجود هزینه های مختلف و همچنین زیان های غیرمالی، ارائه یک نظریه یکپارچه اقتصادی در مورد جبران خسارت قراردادی، غیرممکن به نظر می رسد. (smith, 2004, 412)

این نقطه نظر که تعیین میزان خسارت و امکان جبران کامل خسارت متعهدله در نهایت مبهم و غیرقطعی می باشد، به آسیب زاترین نقد نقض کارآمد قرارداد منجر گردیده است. (Morgan, 2013, P 47) وارد کردن هزینه های معامله به این معادله و مشکل لاینحل اندازه گیری آنها، فایده مندی عملی این نظریه را به شدت محدود می کند، زیرا هیچکس از هزینه های واقعی معامله واقعاً آگاه نیست. با این وجود، چنین هزینه هایی می بایست گنجانیده شود، تا در نقض کارآمد قرارداد لحاظ گردند تا متعهد با ارزیابی صحیح آنها در صورتی که میزان این هزینه ها را از هزینه

اجرای قرارداد بیشتر تشخیص دهد، نقض را انتخاب نماید.

همانگونه که رونالد کاوز مدتها پیش در مقاله معروف خود «مسأله هزینه اجتماعی»<sup>۱</sup> خاطر نشان نموده است، چنانچه معامله بدون هزینه بود، طرفهای قرارداد، همواره به نتیجه دلخواه اقتصادی می‌رسیدند. (Coase, 2013) در چنین موقعیتی نقض قرارداد و پرداخت خسارت بدون در نظر گرفتن هزینه‌های معامله ارزیابی می‌شود. بنابراین با کنار فرض کردن هزینه‌های معامله، موضوع بحث ما، یعنی عدم امکان تعیین میزان خسارت و همچنین عدم امکان جبران کامل خسارت، پوچ و بی‌معنا می‌نماید و نظام جبران خسارت اتخاذ شده توسط قانون هر چه که باشد، نقض کارآمد یا اجرای سودآور - منتزاع از هزینه‌های قرارداد - رخ خواهد داد (Markovits, and Schwartz, 2011, 1944-5). بنابراین همانگونه که کاوز بیان نموده است، دشواری امر در تصمیم‌گیری در شرایطی است که هزینه‌های معامله مدنظر قرار گرفته شود، همانگونه که در دنیای واقعی و در بازار وجود دارند. بنابراین چنین هزینه‌های باید گنجانیده شود تا در نقض کارآمد قرارداد لحاظ گردند تا با ارزیابی صحیح آنها متعهد در صورتی که میزان این هزینه‌ها به صورت فزاینده افزایش پیدا کند، نقض را انتخاب نماید.

یکی دیگر از ایرادات اساسی نظریه نقض کارآمد قرارداد، مغایرت و تعارض آن با اصل لزوم قراردادی و مآلاً اصل اجرای اجباری عین تعهد قراردادی است. مطابق اصل لزوم، طرفین قرارداد ملزم به رعایت مفاد قرارداد و اجرای تعهدات قراردادی هستند. در سطور پیشین اشاره شد که وظیفه التزام به یک قرارداد به این معناست که شما پیش‌بینی می‌کنید که در صورت نقض قرارداد باید خسارت پرداخت شود. بنابراین وقتی می‌گوییم قرارداد نیروی الزام آور دارد، به این معناست که طرفین قرارداد رابطه حقوقی الزام آور و در عین حال دارای ضمانت اجرایی دارند. یعنی در صورت نقض قرارداد باید ضمانت اجرای نقض را که پرداخت خسارت است را به جا آورند، بنابراین بین مسئولیت (التزام) قراردادی و جبران خسارت ملازمه وجود دارد. پس در صورتی که به هر علت نتوان متعهد را به اجرای عین تعهد ملزم نمود، متعهد ناقض قرارداد باید خسارت نقض قرارداد را بپردازد، از سویی دیگر چنانچه متعهد، غرامات قراردادی را جایگزین مناسبی برای

1 - The problem of social cost.

اجرای اصل تعهد قراردادی بدانند و این غرامات بتواند جبران خسارت متعهدله را بنماید، متعهد می‌تواند با پرداخت خسارت از اجرای عین تعهد قراردادی خودداری کند. بنابراین نظریه نقض کارآمد با اصل لزوم قراردادها تعارضی ظاهری دارد و شاید بتوان گفت بین آن دو رابطه تلازم برقرار است.

از سویی دیگر، نقض کارآمد قرارداد - حداقل در نقض به منظور اجتناب از ضرر- جزء شروط ضمنی و بنایی قرارداد می‌باشد. یعنی در صورتی که طرفین می‌توانستند قراردادی کامل با شرح تمامی جزئیات تنظیم نمایند، در قلمرو تراضی خود می‌گنجانیدند که در صورت افزایش هزینه‌ها بتوانند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازند. بنابراین اصل اولی در قرارداد التزام طرفین به انجام تعهدات قراردادی است و در صورت تغییر شرایط اقتصادی و افزایش هزینه‌های اجرای تعهد؛ به عنوان حکم ثانوی متعهد می‌تواند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد، لذا نقض کارآمد (نقض به منظور کاهش ضرر) با نیروی الزام‌آور قرارداد تعارضی ندارد و نتیجه پیروی از توافق ضمنی دو طرف و در جهت احترام و رعایت آن نیرو است. (Katoziyan, 2001, p 83, in Persian) البته همچنین، نظر به اینکه نقض کارآمد موجب کارآمدی اقتصادی خواهد شد، یک قاعده عقلی است که طرفین مبنیاً بر آن توافق دارند.

### نتیجه

در تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد، هدف از وضع قواعد غرامات قراردادی مجازات و یا تنبیه ناقض قرارداد نیست، بلکه جبران خسارت زیان دیده است. به این معنا که در صورت نقض قرارداد، متعهد ملزم به پرداخت غرامات خواهد بود. این رویکرد موجب اجرای اختیاری قرارداد خواهد گردید. یعنی یک انتخاب آزاد بین انجام تعهد قراردادی و یا پرداخت غرامت. به تعبیر دیگر به جای اجرای عین تعهد قراردادی بدل و جایگزین آن یعنی غرامات قراردادی هم می‌تواند به جای موضوع قرارداد، واقع شود. از همین روست که متعاقدين منطقی، آزادی نقض قرارداد را بر اجرای قرارداد به هر قیمت، ترجیح می‌دهند. یعنی در صورتی که عدم اجرای تعهد سودمندتر از اجرای آن باشد و یا هزینه‌های اجرای تعهد بیش از هزینه‌های وارد بر متعهد در اثر نقض قرارداد باشد، به گونه‌ای که انجام قرارداد را زیان‌بار نماید، متعهد از نظر منطقی نقض قرارداد را ترجیح خواهد داد.

از لحاظ اقتصادی مزیت نقض قرارداد در نقشی است که در تحقق و یا افزایش کارآیی دارد، با این توضیح که در تحلیل اقتصادی، تأکید بر این امر است که مبنای قواعد حقوقی از جمله نقض قرارداد باید کارآیی اقتصادی باشد. اگر مبنای نقض را کارآیی در نظر بگیریم علاوه بر رعایت مبنای سنتی حق فسخ (لاضرر) موجب گسترش قلمرو حق فسخ به لحاظ رعایت ملاحظات اقتصادی خواهیم گردید. با این توضیح که در نگاه سنتی حق فسخ به لحاظ ورود ضرر فقط در اختیار متعهدله (ذوالخيار) می‌باشد، ولی در تحلیل اقتصادی حقوق، گاهی وضعیت‌های پیش می‌آید که زیان‌های ناشی از اجرای تعهد بر منافع آن فزونی می‌یابد و یا سود ناشی از نقض قرارداد بر اجرای آن غلبه پیدا می‌کند، در چنین شرایطی اجرای قرارداد مغایر با کارآیی اقتصادی است. بنابراین اگر کارآیی را مبنای حق فسخ تلقی نمائیم می‌توان برای متعهد نیز به منظور حصول کارآیی حق فسخ (نقض) قرارداد را قائل شد.

این دیدگاه و گرایش منجر به خلق نظریه‌ای در عرصه تحلیل اقتصادی حقوق قرارداد در راستای کاهش هزینه‌ها و اجتناب از ضرر بیشتر به نام نظریه «نقض کارآمد» خواهد گردید. نظریه نقض کارآمد یکی از مهم‌ترین اختلافات فی‌مابین دو دیدگاه اخلاقی و ابزاری درباره مفهوم پایبندی به تعهدات قراردادی است. معمولاً در قراردادهای تجاری بسیار اتفاق می‌افتد که متعهد به جهت آنکه هزینه‌های انجام تعهد به نحو فزاینده‌ای افزایش یافته است، تمایلی به اجرای تعهدات قراردادی را ندارد. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا متعهد باید به توافق خود با متعهدله پایبند بماند یا می‌تواند با پرداخت خسارت، قرارداد را نقض نماید؟ پاسخ به این سؤال بستگی به انتخاب یکی از این دو گرایش فکری و فلسفی دارد: در نظام حقوق قراردادی که مبتنی بر فلسفه اخلاقی و وظیفه‌گرایی است، متعهد به حکم اخلاق وظیفه دارد قرارداد را اجرا کند و متعهدله نیز حق دارد الزام متعهد را نسبت به اجرای قرارداد مطالبه نماید. بنابراین در نظام حقوقی که از دیدگاه اخلاقی تبعیت می‌کند، متعهد به جهت التزام اخلاقی باید به قرارداد خود پایبند باشد. در حالی که براساس دیدگاه ابزاری و نتیجه‌گرا، متعهد می‌تواند، در صورتی که منافعش ایجاب می‌نماید، قرارداد را نقض نماید. در این دیدگاه که هدف از غرامات قراردادی، جبران خسارت زیان‌دیده تبیین گردید، متعهد در هر حال باید خسارت متعهدله را جبران کند. لذا نقض تعهدات قراردادی با اهداف سودجویانه هر چند با دیدگاه‌های سنتی حقوق قرارداد منافات دارد، لیکن موجب کارآیی اقتصادی است، و از دیدگاه اقتصادی عدالت چیزی جز کارآیی اقتصادی نیست و هر چیز که



کارآمد باشد عادلانه نیز هست.

نکته آخر آنکه اعتقاد بر آن است که قانون و قواعد حقوقی یک بنیاد اجتماعی طراحی شده برای حصول اهداف اجتماعی معین است. برآورده شدن خواست افراد جامعه از قراردادها و روابط مبتنی بر آن مطلوبی است که تحقق آن، کارکرد محوری حقوق قرارداد است و در صورتی نظام حقوقی قراردادها خواهند توانست زمینه انتظام و ثبات را در تمام مراحل حیات یک قرارداد - حتی پس از نقض قرارداد- فراهم نمایند که خواست عمومی افراد جامعه از قراردادها مورد شناسایی قرار گرفته و در رویه‌ها و سیاست تقنینی آن نظام مدنظر قرار گیرد تا آن نظام حقوقی را به پویایی لازم برساند. نظریه نقض کارآمد قراردادها با تحلیلی اقتصادی از غرامات قراردادی تلاش دارد تا آنجا که امکان دارد، زمینه نیل به این خواست عمومی را فراهم سازد. در این صورت این نظریه و تئوری در پویایی و کارآیی یک نظام حقوقی نقش اساسی پیدا خواهد نمود.

#### [1] References

- [2] Ansari, Mahdi. (2014), '*Economic Analysis of Contracts Law*', 82, Second Edition, Tehran, Javdaneh, Jangal Publications,
- [3] Babaei, Iraj, (2007), '*Theoretical foundations of the law of Economic Anaiysis approach*', 23, Journal of Law Research, pp 13-60.
- [4] Bagheri, Mahmoud and Shikh Siyah, Javad, (2010), '*In Search of Desire: An Analysis of Kaus's Theory in the interaction of Law and Economic*', 101, Law Research, pp 19-38.
- [5] Baumer, D., and P. Marschall, 'Willful breach of contract for the sale of goods: Can the bane of business be an economic bonanza?' (1992) 65 Temple Law Review 159.
- [6] Bar-Glii, Oran and Ben-shahar, Omri, (2009) 'An Information Theory of Willful breach' 107 Michigan law review, pp.1479-1499.
- [7] Birmingham, R, L., (1970) '*Breach of contract, damage measure and economic efficiency*', 24 Rutgers L R, 273.
- [8] Buckley, F, H, (2005). '*Just Exchange: A Theory of Contract*', London: Routledge.
- [9] Campbell, David, and D. R. Harris, (2002) 'In defence of breach', 22 Leal Studies, pp. 208-237
- [10] Campbell, David, (2001), '*Breach and penalty as contractual norm and contractual anomie*', Wisconsin LR 681
- [11] Coase, R, H., (2013) '*The problem of social cost*', 56, The Journal of Law and Economics, p.837
- [12] Devlin, Lord, (1965) '*The Enforcement of Morals*', Oxford University Press.
- [13] Ebdali, Mehrzad, (2010), '*Ethics in Economic Analysis of Law*', 82, Namee Mofid Magazine, pp 101-126.
- [14] Eisenberg, M. A., (2005) '*Actual and virtual specific performance*', 95 California Law Review, pp 975-1050.
- [15] Fried, Charles, (1981), '*Contract as Promise*', Cambridge MA: Harvard University press.

- [16] Friedman, Daniel, (1989) 'The efficient breach fallacy', 18 The Journal of legal studies pp.1-24.
- [17] Gava, John, (2006) 'Can contract law be justified on economic grounds?' 25, University of Queensland Law Journal, 253-269
- [18] Gordley, James, (2002), 'The moral foundation of private law', 47 American Journal of Jurisprudence 1.
- [19] Holmes, Oliver Wendell, (1997), 'The path of the law', 110, Harvard Law Review, pp.991-1009.
- [20] Holmes, Oliver Wendell, (1997), *The Common Law*, Harvard university press
- [21] Hogg, Martin, (2011) 'Promise and Contract Law: Comparative Perspectives', Cambridge University Press.
- [22] katoziyan, Naser, (1995), 'Non-Contractual Obligation: Tortious liability', Tehran University press.
- [23] katoziyan, Naser, (2001), 'General rules of Contract', volume III. Enteshar press.
- [24] Kimel, D, (2010), 'The morality of contract and moral culpability in breach', king's L.
- [25] Lewinsohn-Zamir, Daphna, (2012), 'The questionable efficiency of the efficient-breach doctrine' 168 Journal of Institutional and Theoretical Economics 5.
- [26] Markovits, Daniel and Schwartz, Alan, (2011) *The myth of efficient breach: New defenses of the expectation interest*, 97 Virginia LR 1939.
- [27] Menetrez, Frank, (2000), 'Consequentialism, promissory obligation and the theory of efficient breach' 47 UCLA Law Review. 859.
- [28] Morgan, Jonathan, (2013) 'Contract Law Minimalism, A Formalist Restatement of Commercial Law', Cambridge University press.
- [29] Nasiri Khozani, Mostafa, 'Compensation for breach of contract', Ph.D. Thesis.
- [30] Shiffrin, S. V, (2007), 'The divergence of contract and promise', 120 Harvard LR 708-753
- [31] Smith, S, A, (2004), 'Contract Theory', Oxford: Clarendon press.
- [32] Smith, L, D, (2005), 'Understanding specific performance', in Cohen and Mc Kendrick (eds), Comparative Remedies for Breach of Contract, Oxford: Hart Publishing.
- [33] Treitel, G, H, (1987), 'Fault in common law of contract', Oxford University press.
- [34] Rezaei, Mostafa, and Esfandyari, Aflatoon, 'Economic analysis of transaction subject and its effect on sanctions of specific performance, termination and contractual responsibility', 81, Majles and Rahbord Journal, pp 283-315.
- [35] Wilkinson-Ryan, Tess (2010), 'Do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment', 108 Michigan, Law Review, 633-671.