

انجام عین تعهد در تقابل با قابلیت جمع فسخ قرارداد و پرداخت خسارات: سنجش کارآیی در نظام ضمانت‌اجراهای قراردادی

علی انصاری^۱، حسن بادینی^۲، احد شاهی دامن‌جانی^{۳*}

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه خوارزمی تهران، تهران، ایران

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی تهران، تهران، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۳/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۰)

چکیده

براساس قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی، چنان‌چه این‌گونه ضمانت‌اجراها به‌طور تجمیعی با یکدیگر بتوانند خسارات وارده به متعهدله را جبران کنند، مقررات قانونی باید اجازه اجرای هم‌زمان آن‌ها را به او دهند؛ البته، مطابق الزام به انجام عین تعهد، متعهد ملزم به اجرای تعهد است و جمع اولیه بین فسخ قراردادها و پرداخت خسارات ممکن نیست؛ بنابراین، بین نهادهای تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ابتدایی ضمانت‌اجراها (فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) رابطه معناداری وجود دارد که با اعمال هریک از آن‌ها نوبت به اجرای دیگری نمی‌رسد؛ در حالی که هریک از نهادهای حقوقی یادشده، کارآیی ویژه‌ای دارند و از نگاه تحلیل اقتصادی حقوق، قانون‌گذاران باید بین آن‌ها سازگاری به‌وجود آورند. بدین ترتیب، در مقاله کنونی، با بهره‌گیری از مؤلفه‌های تحلیل اقتصادی حقوق مانند کارآیی، هزینه-فایده، رفاه و نظریه بازی‌ها، به تحلیل آثار ارتباط تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد با قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی پرداخته می‌شود. در پایان نیز راهکار ارتباط سازنده بین نهادهای حقوقی مورد مطالعه از منظر اقتصادی به قانون‌گذار پیشنهاد می‌گردد.

کلیدواژگان

انجام عین تعهد، جمع ضمانت‌اجراها، کارآیی.

* نویسنده مسئول، رایانامه: Ahadshahi@yahoo.com

مقدمه

از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، ضمانت‌اجراهای قراردادی باید به گونه‌ای پیش‌بینی شوند که در فرض نقض تعهدات، با کم‌ترین هزینه، بیشترین حمایت را از منافع متعهدله کنند و منجر به تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی شوند (Miceli, 1997, p 88). بنابراین، چنانچه ضمانت‌اجراهای قراردادی به‌طور تجمیعی با یکدیگر بتوانند خسارات وارده به متعهدله را جبران کنند، باید مقررات قانونی اجازه اجرای هم‌زمان آن‌ها را به او دهند که در اصطلاح به آن «قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات» گفته می‌شود و از نگاه مبانی اقتصادی حقوق نیز پذیرفتنی است. بنابراین، اصل بر قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی است که با یکدیگر سازگارند. افزون بر این‌ها، از دید تحلیل اقتصادی حقوق، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات و قاعده کلی به‌شمار رفتن آن «کارایی» ویژه‌ای دارد (Kronman, 1978, p 365-369; Schwartz, 1979, p 271; Wittman, 2006, 196). ضمانت‌اجراهای قراردادی الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد تقدم داشته باشد، متعهدله نمی‌تواند در ابتدا بین ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد جمع کند؛ زیرا لازم است که نخست تعدر اجرای عین تعهد پس از طی فرایند قضایی و به‌وسیله حکم دادگاه اثبات شود تا امکان جمع بین فسخ قرارداد و پرداخت خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد به‌طور هم‌زمان وجود داشته باشد (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی).^۱

بدین‌سان، با توجه به آنچه گفته شد، سؤال اصلی مقاله پیش‌رو این است که «از چشم‌انداز تحلیل اقتصادی حقوق، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد با قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی چه تعاملی دارد و راهکار سازگاری پیامدهای ناشی از آن چیست؟» در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت؛ تقدم انجام عین تعهد دامنه قابلیت جمع ضمانت‌اجراها در زمینه فسخ قرارداد

۱. البته منظور از جمع ابتدایی بین فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، ضرر و زیان‌های ناشی از اجرای تعهد به‌طور کلی است که با تقدم الزام به انجام عین تعهد تعارض دارد. زیرا در هر حال خسارات ناشی از تأخیر اجرای تعهد با انجام عین تعهد قابل جمع است و می‌توان به‌نحو هم‌زمان آن‌ها را از دادگاه مطالبه کرد (Treitel, 2003, p 1048-1049).

و پرداخت خسارات^۱ را محدود می‌کند که این محدودیت مطلق با مؤلفه‌های تحلیل اقتصادی حقوق مانند کارایی، هزینه-فایده، رفاه و نظریه بازی‌ها سازگار نیست. بنابراین، راهکار سازگاری آن تضییق اجرای تقدم انجام عین تعهد در پاره‌ای از قراردادها است.

از نظر سابقه تحقیقاتی، از آنجایی که تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد، به عنوان قاعده کلی، یکی از مختصات حقوق ایران شمرده می‌شود- برخلاف نظام‌های حقوقی ای مانند آمریکا که پرداخت خسارات قاعده کلی است و انجام عین تعهد چهره استثنایی دارد- بررسی اقتصادی ارتباط تقدم انجام عین تعهد با قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ ابتدایی قرارداد و پرداخت خسارات) در حقوق ما قابل طرح است؛ بنابراین در منابع مؤثر تحلیل اقتصادی حقوق اشاره‌ای به موضوع مقاله کنونی نشده است که ضرورت و نوآوری آن را می‌رساند.

روش پژوهش مقاله پیش‌رو ترکیبی از روش‌های تبیینی (مبانی نظام ضمانت‌اجراهای قراردادی و جایگاه آن در ارتباط بین تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها)، تحلیلی (تحلیل آثار ارتباط یادشده براساس مؤلفه‌های اقتصادی) و تفصیلی (تفاوت بین خصیصه قراردادها در تقدم انجام عین تعهد به منظور ارائه راهکار سازگاری بین نهادهای مورد مطالعه به قانون‌گذار و کارایی اقتصادی آن‌ها) خواهد بود.

بدین ترتیب، در مقاله حاضر ارتباط تقدم انجام عین تعهد با قابلیت جمع اولیه فسخ قرارداد و پرداخت خسارات ارزیابی می‌شود؛ البته رعایت ترتیب منطقی مباحث ضروری می‌سازد که نخست، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، مبانی نظام ضمانت‌اجراهای قراردادی مطالعه گردد. زیرا انتخاب هریک از این مبانی، به عنوان مبنای نظام ضمانت‌اجراها، بر نحوه ارتباط تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی تأثیر می‌گذارد.

مبانی ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی

در این بخش، ابتدا به مبانی ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی پرداخته می‌شود؛ زیرا از نظر

۱. همان‌گونه که ماده ۲۲۱ قانون مدنی در زمینه مطالبه پرداخت خسارات اعلام می‌کند: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسؤول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این‌که جبران خسارات تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد».

تحلیل اقتصادی حقوق، انتخاب هریک از آن‌ها آثار ویژه‌ای دارند و می‌توانند تأثیر متفاوتی بر نحوه ارتباط تقدم الزام به انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی داشته باشند.^۱ به‌طور کلی سه مبنای متفاوت درباره ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی وجود دارد (Brooks and Stremitzer, 2010, p 718-720):

۱. جبران خسارات تا میزانی که متعهدله استحقاق دارد؛ ۲. جبران خسارات تا میزانی که با ارزش قرارداد برابری می‌کند؛ ۳. جبران خسارات تا میزانی که وضعیت متعهدله را به پیش از انعقاد قرارداد بر می‌گرداند. بنابراین، ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، برحسب اینکه کدام‌یک از مبنای یادشده را انتخاب کند، دیدگاه متفاوتی به موارد و نحوه جبران خسارات خواهد داشت که در ادامه به تبیین آن می‌پردازیم.

مطابق مبنای نخست، باید قانون‌گذار ضمانت‌اجراهای قراردادی را به‌گونه‌ای پیش‌بینی کند که نه‌تنها سود موردانتظار زیان‌دیده به‌دلیل نقض قرارداد را جبران نماید، بلکه هزینه‌هایی را نیز که از نقض قرارداد به او وارد می‌شود پوشش دهد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، کانون توجه استحقاق متعهدله به جبران خسارات است و چنین جبرانی تا زمانی که عدالت و انصاف از بین نرود و به داراشدن ناعادلانه منجر نگردد، ادامه می‌یابد. درواقع، قانون‌گذار، در مبنای نخست، نگاه «درون‌گرایانه» به جبران خسارات دارد و اعلام می‌کند ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی باید به نحوی طراحی شوند که خسارات ناشی از انتظار «متعهدله» را نیز پوشش دهند و او را در وضعیتی قرار دهند که گویی متعهد قرارداد را اجرا کرده است. با وجود این، به موجب مبنای دوم، خسارات وارده به زیان‌دیده باید تا میزانی جبران شود که او را در وضعیتی قرار دهد که چنان‌چه

۱. این نکته را نیز باید افزود که ملاحظات تجربی و سوابق اجرایی حقوقی نیز در تلقی پرداخت خسارات به‌عنوان ضمانت‌اجرای عمومی نقض تعهدات قراردادی و پذیرفتن استثنایی انجام عین تعهد تأثیر قابل‌ملاحظه‌ای دارد. لذا نکته‌ای که اهمیت ارتباط ضمانت‌اجراهای یادشده را می‌رساند، این است که برخی پس از پرداختن به جایگاه کارهای اجرایی در مطالعات حقوقی، برای تبیین بیشتر بحث به سه مثال اشاره می‌کنند که یکی از این مثال‌ها، تأثیر کارهای عملی حقوقی در انتخاب یکی از ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد یا پرداخت خسارات، به‌عنوان ضمانت‌اجرای عمومی نقض تعهدات قراردادی در حقوق آمریکا، است. به منظور مطالعه تفصیلی در این زمینه ر.ک.

Ulen, Thomas S. A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical, Empirical Work, And the Scientific Method in the Study of Law, p 25-34; available at: <http://papers.ssrn.com/>

قرارداد اجرا می‌گردید در آن وضعیت قرار می‌گرفت. در مبنای دوم، سقف میزان جبران خسارات ارزش قرارداد است. بنابراین، در مبنای دوم، ملاک جبران خسارات «برون‌گرایانه» است و ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی باید به گونه‌ای پیش‌بینی شوند که متعهدله را در وضعیتی قرار دهند که با ارزش قرارداد برابری می‌کند؛ البته در مبنای یادشده، اعتقادی به جبران خسارات ناشی از اعتماد وجود ندارد؛ زیرا چنانچه قانون‌گذار به جبران این‌گونه خسارات اهتمام داشته باشد، باید ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی را به گونه‌ای طراحی کند که متعهدله را در وضعیتی قرار دهد که گویی قراردادی منعقد نگرديده است؛ در حالی که در مبنای دوم، اساساً تمرکز قانون‌گذار بر اجرای قرارداد و ارزش آن است.

البته به استناد مبنای سوم، ملاک جبران خسارات وارده به زیان‌دیده تدارک زیان‌ها به میزانی است که وضعیت او را به پیش از انعقاد قرارداد برمی‌گرداند و، در تفاوت آن با مبنای نخست، باید گفت در مبنای نخست، محور توجه وضعیت متعهد پس از انعقاد قرارداد و اجرای آن است؛ در صورتی که مبنای سوم، معیار اعاده وضعیت متعهدله به پیش از انعقاد قرارداد را ارائه می‌دهد؛ بنابراین، مبنای نخست رویکردی «پسینی» و مبنای سوم رویکردی «پیشینی» دارد.

نکته‌ای که ذکر آن ضروری به نظر می‌رسد این است که، با مطالعه حقوق ایران در زمینه ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، مبنایی به‌عنوان مبنای کلی نظام ضمانت‌اجراهای یادشده به‌دست نمی‌آید و باید به‌طور موردی در خصوص مبنای هریک از ضمانت‌اجراهای قراردادی تجزیه و تحلیل شود.

با وجود این، دیدگاه معقول‌تر و همگام با مقتضیات تجاری هر نظام حقوقی تمایل به مبنای نخست جبران خسارات را تا میزانی که متعهدله استحقاق دارد، قوت می‌بخشد.^۱ به دیگر سخن، ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی باید به گونه‌ای پیش‌بینی شوند که نه تنها سود مورد انتظار او، بلکه هزینه‌هایی که به‌واسطه نقض تعهد قراردادی بر او تحمیل می‌گردد، همگی پوشش داده

۱. به نظر می‌رسد، به همین دلیل برخی استادان حقوق، در بحث ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادهای تجاری، تنها مبنای نخست جبران خسارات را مورد مطالعه قرار داده‌اند. به منظور مطالعه تفصیلی در این خصوص رک.

Ribeiro, Robert, Damages and Other Remedies for Breach of Commercial contracts, Great Britain, Thorogood, 2002, p 3-6.

شوند. چنان‌که گفته شد، پذیرش مبنای نخست جبران خسارات با این محدودیت اساسی روبه‌رو است که در آن حد اعتدال مراعات گردد، عدالت و انصاف از بین نرود و به داراشدن ناعادلانه ختم نشود.

تأثیر مبنای ضمانت‌اجراها بر رابطه تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع آن‌ها

به نظر می‌رسد، می‌توان نظام‌های حقوقی را در زمینه چگونگی ارتباط نهادهای حقوقی مورد مطالعه به نظام‌های «تکمیلی» و «سلیبی» تقسیم کرد که در ادامه به تبیین هریک از آن‌ها می‌پردازیم.

جنبه تکمیلی تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها

چنان‌چه مبنای ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی جبران خسارت تا میزانی که متعهدله استحقاق دارد باشد، از آنجایی که زیان‌دیده استحقاق دریافت کلیه خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را خواهد داشت، باید طراحی نظام ضمانت‌اجراهای قراردادی به گونه‌ای باشد که مانع از تحقق تدارک خسارات او نشوند. بنابراین، قانون‌گذار، در خصوص ارتباط بین الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، باید قائل به تخییر شود و انتخاب هریک از آن‌ها را به اختیار متعهدله واگذار کند. زیرا او می‌تواند بدون اینکه در ابتدا دعوای الزام به انجام عین تعهد در دادگاه اقامه کند تا، در فرض تعذر آن، امکان فسخ قرارداد و پرداخت خسارات داشته باشد، قرارداد را فسخ و خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را دریافت کند؛ البته این به معنای پذیرش قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ قرارداد و دریافت خسارات) است. همان‌طور که در حقوق آمریکا، قاعده کلی بر پرداخت خسارات است (Frey, 2000, p 379-381; Goldberg, 1993, p 121-125; Hermalin, Katz and Craswell, 2006, p 114; Varadarajan, 2001, p 737) و متعهدله مکلف نیست که بدو الزام به انجام عین تعهد را از دادگاه بخواهد و قاعده یادشده کاملاً هم‌سو با قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی است. بنابراین، از نظر تحلیلی، با پذیرش مبنای جبران خسارات تا میزان استحقاق متعهدله، اختیار تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و مطالبه خسارات در اختیار او است و در واقع مبنای یادشده بین تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها سازش ایجاد می‌کند و می‌تواند به آن «جنبه تکمیلی تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها» گفته شود.

جنبه سلبی تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت اجراها

در صورتی که مبنای نظام ضمانت اجراهای نقض تعهدات قراردادی جبران خسارات تا میزانی که با ارزش قرارداد برابری می‌کند باشد، در این فرض، کارآمدترین ضمانت اجرا برای تحصیل ارزش قرارداد، تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات است و زیان دیده تنها در فرض تعذر اجرای عین تعهد، می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد و دریافت خسارات کند (جمع بین ضمانت اجراها).^۱ از آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی بیشترین سازگاری را با مبنای دوم نظام ضمانت اجراهای نقض تعهدات قراردادی دارد و مانعی پیش‌روی قابلیت جمع ضمانت اجراها (فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) ایجاد می‌کند. زیرا مواد مورد اشاره از حقوق اسلامی اقتباس شده‌اند و فقیهان نیز بیشترین ارزش را برای انجام عین تعهد و در نهایت وفای به قرارداد قائلند. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، مبنای جبران خسارات تا میزانی که با ارزش قرارداد برابری می‌کند، با پیش‌بینی تقدم الزام به انجام عین تعهد، اختیار قابلیت جمع اولیه ضمانت اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات را از متعهدله سلب می‌کند؛ به همین دلیل می‌توان از آن با عنوان «جنبه سلبی تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت اجراها» یاد کرد.

تحلیل اقتصادی آثار نفی قابلیت جمع ضمانت اجراها با تقدم انجام عین تعهد

حداقل‌های لازم برای یک پژوهش در مورد تحلیل اقتصادی حقوق، این است که چهار پرسش را محور مطالعه دهد و در مقام پاسخ به آن‌ها برآید: ۱. آیا قواعد حقوقی از منظر اقتصادی «کارا» شمرده می‌شوند؟ ۲. کارایی اقتصادی جنبه عقلانی به قواعد حقوقی می‌بخشد یا خیر؟ ۳. قواعد حقوقی به‌گونه‌ای پیش‌بینی شده‌اند که موجب ارتقای «کارایی» شوند؟ ۴. برای قواعد حقوقی کارایی اقتصادی مطلوبیت دارد یا خیر؟ (Coleman, 1980, p 510).

۱. البته باید توجه داشت که چون مبنای جبران خسارات تا میزانی که با ارزش قرارداد برابری می‌کند تقدم را به انجام عین تعهد می‌دهد، با نهادهایی مانند «نقض کارآمد قراردادها» و «مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قراردادها» تعارض دارد. زیرا هنگامی می‌توان از نهادهای یادشده سخن گفت که متعهد بین اجرای عین تعهد یا نقض قرارداد و پرداخت خسارات اختیار داشته باشد تا با دریافت مبلغ بیشتری از دیگری اقدام به نقض قرارداد نماید یا شخص ثالث او را به نقض قرارداد ترغیب کند (Eisenberg and Miller, 2013, p 7-8; Varadarajan, 2001, p 741).

بر همین مبنا، در پژوهش کنونی، به منظور ارزیابی آثار نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ ابتدایی قرارداد و پرداخت خسارات) با تقدم انجام عین تعهد، از چهار مؤلفه تحلیل اقتصادی حقوق استفاده می‌شود: ۱. تحلیل مبتنی بر کارایی و اینکه «آیا نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها با تقدم انجام عین تعهد کارایی دارد؟»؛ ۲. تحلیل مبتنی بر رفاه و اینکه «آیا رفاه به‌عنوان نتیجه اساسی کارایی اقتصادی - جنبه عقلانی به نفی یادشده می‌دهد؟»؛ ۳. تحلیل مبتنی بر هزینه‌فایده و اینکه «نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها باعث تقویت کارایی می‌شود یا خیر؟»؛ ۴. تحلیل مبتنی بر نظریه بازی‌ها و «این که در نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها، کارایی اقتصادی «مطلوب» است؟». بدین ترتیب، به تحلیل‌های مورد اشاره می‌پردازیم و سپس راهکار سازگاری بین تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) را به قانون‌گذار پیشنهاد می‌کنیم.

تحلیل مبتنی بر کارایی

در تحلیل اقتصادی حقوق، سه معیار در تبیین کارایی ارائه شده است: ۱. معیار پارتو؛ ۲. معیار کالدور-هیکس؛ ۳. معیار به حداکثر رساندن ثروت (Zerbe Jr, 2001, p 3-5). در واقع، در مقام تطبیق معیارهای کارایی یادشده با موضوع مقاله، باید گفت: در صورتی ارتباط تقدم انجام عین تعهد با قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ ابتدایی قرارداد و پرداخت خسارات) منجر به کارایی پارتویی می‌شود که وضعیت یک طرف قرارداد بهبود یابد، بی‌آنکه از نظر اقتصادی وضعیت طرف مقابل بدتر گردد. همچنین مطابق معیار کالدور-هیکس، باید ارتباط تقدم انجام عین تعهد با قابلیت جمع ضمانت‌اجراها به‌گونه‌ای پیش‌بینی شود که سود حاصله برای یکی از طرفین قرارداد به میزانی باشد که، حتی پس از جبران خسارات وارده به دیگری، هم‌چنان آن طرف در وضعیت بهتر اقتصادی قرار داشته باشد. چنان‌که براساس معیار به حداکثر رساندن ثروت ارتباط بین تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها، اعم از اینکه جنبه تکمیلی داشته باشد یا جنبه سلبی، کارا است؛ به شرط اینکه ثروت اجتماعی افزایش یابد.

باید زیرعنوان «تحلیل مبتنی بر کارایی» توجه داشت که بحث از نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ ابتدایی قرارداد و پرداخت خسارات) با تقدم انجام عین تعهد از نظر عملی

نیز اهمیت دارد و بحث نظری محض شمرده نمی‌شود. پس، باید به تحلیل آن از منظر معیارهای کارآیی اقتصادی بپردازیم؛ زیرا نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها با تقدم انجام عین تعهد موجب می‌شود تا متعهدله بدو الزام به انجام عین تعهد را از دادگاه بخواهد و، در صورت تعذر اجرای تعهد پس از طی فرایند قضایی و به وسیله مدلول حکم قطعی، بتواند بین ضمانت‌اجرای فسخ قرارداد و پرداخت خسارت جمع کند.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، طی فرایند قضایی و اخذ حکم قطعی لازم‌الاجرا از سوی متعهدله عملاً هزینه‌هایی را به او تحمل می‌کند و برای متعهد سودهایی دارد. بنابراین، پرسشی که به ذهن می‌رسد این است که «تحصیل سود حاصله به وسیله متعهد، به دلیل نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها، از نظر اقتصادی منجر به بدتر شدن وضعیت متعهدله می‌شود یا متعهد با سود حاصله می‌تواند خسارات متعهدله را جبران کند و همچنان وضعیت او (متعهد) از نظر اقتصادی مطلوب باقی بماند یا به ثروت اجتماع می‌افزاید یا خیر؟».

به نظر می‌رسد، به سه دلیل، نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها با تقدم انجام عین تعهد با هیچ‌یک از معیارهای کارآیی اشاره شده سازگاری ندارد.

نخست اینکه، در نتیجه نفی یادشده، وضعیت اقتصادی متعهد به واسطه نقض قرارداد بهبود می‌یابد و وضعیت متعهدله بدتر می‌شود (تعارض با معیار پارتو)؛ زیرا با الزام متعهدله به اقامه دعوی انجام عین تعهد، او نمی‌تواند از همان ابتدا بین فسخ قرارداد و پرداخت خسارات جمع کند. به دیگر سخن، او مکلف است، پس از طی فرایند طولانی مدت رسیدگی قضایی و اخذ حکم قطعی و تعذر اجرای آن، به مطلوب خودش - جمع بین فسخ قرارداد و پرداخت خسارات - برسد. بدین ترتیب، تقدم انجام عین تعهد و طی فرایند قضایی و اخذ حکم قطعی موجب تحمیل هزینه‌های گزاف و اتلاف وقت به متعهدله می‌شود و متعهد، با سوءاستفاده از این مقرر، با نقض قرارداد وضعیت اقتصادی خود را بهبود می‌بخشد و وضعیت اقتصادی متعهدله را بدتر می‌کند.

دوم اینکه، با توجه به نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها با تقدم انجام عین تعهد، وضعیت متعهد بهتر می‌شود و در عین حال او تکلیفی ندارد که از محل سود حاصله خسارات وارده به متعهدله را جبران کند (مخالفت با معیار کالدور-هیگس). در واقع، مطابق مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی،

متعهدله مکلف است بدواً طرح دعوی الزام به انجام عین تعهد کند و متعهد نیز، به‌رغم نقض قرارداد، به پرداخت خسارات وارده به متعهدله از محل سود ناشی از نقض تعهد ندارد؛ البته طرفین به‌ویژه در تعهدات طولانی‌مدت می‌توانند با یکدیگر سازش کنند و با توافق‌شان و به‌وسیله پرداخت خسارات به قرارداد خاتمه دهند (Salanié, 2005, p 162-164). باید افزود که در انعقاد سازش نیز وضعیت متعهد، به‌دلیل الزام متعهدله در رجوع به دادگستری و طرح دعوی انجام عین تعهد، بهتر از متعهدله است و می‌تواند خواسته‌های خود را به او (متعهدله) تحمیل کند و این وضعیت اساساً با معیار کالدور-هیگس تعارض دارد.

سوم اینکه، با دقت در نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها با تقدم انجام عین تعهد، به‌دست می‌آید که در این وضعیت ثروت جامعه به حداکثر نمی‌رسد و کارا شمرده نمی‌شود؛ زیرا، در نتیجه تقدم انجام عین تعهد و نفی قابلیت جمع اولیه فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، دعاوی متعددی در دادگاه‌ها اقامه می‌شود که وقت آن‌ها را می‌گیرد و بدین طریق هزینه‌هایی به جامعه تحمیل می‌کند و از آن وضعیت تنها متعهد سود می‌برد؛ در حالی که با اعتقاد به قابلیت جمع بین فسخ قرارداد و پرداخت خسارات می‌توان از تحمیل هزینه‌های گزاف به متعهدله و جامعه جلوگیری کرد و مانع هدررفتن ثروت اجتماع گردید.

تحلیل مبتنی بر رفاه

در تحلیل مبتنی بر رفاه سخن بر سر این است که «آیا قواعد حقوقی، از جمله نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها با تقدم انجام عین تعهد، منجر به افزایش رفاه اجتماعی می‌شود؟» البته افزایش رفاه اجتماعی در گرو افزایش مطلوبیت هر یک از اعضای جامعه از طریق استفاده بهینه از منابع موجود است. زیرا از نظر اقتصاد رفاه، ارزیابی اجتماعی یک وضعیت براساس خوشبختی و رفاه شخص انجام می‌گیرد و چنین فرض می‌گردد که ارزیابی یادشده به مطلوبیت هر فرد بستگی دارد و وقتی می‌توانیم بگوییم رفاه اجتماعی افزایش یافته است که مطلوبیت هر فرد افزایش یابد. (Shavell, 2003, p 1-2)

در واقع، انسان اقتصادی با منابع محدود روبه‌رو است و در شرایط کمبود به سر می‌برد و نمی‌تواند با منابع کم تمام نیازهای خود را بر آورده سازد. بنابراین، قانون‌گذار باید نهادهای حقوقی را به‌گونه‌ای پیش‌بینی کند که به بیشینه‌سازی رفاه منجر شوند و بدین طریق به عدالت چهره عینی

بخشند (Wacks, 2006, p 61-62). با وجود این، در حقوق ایران، تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد عملاً دایره قابلیت جمع اولیه ضمانت‌اجراها (امکان فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) را تنگ می‌کند؛ به دلایل زیر تقدم یادشده به نحو مطلق با تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی سازگاری ندارد:

نخست اینکه، در فرض نقض تعهد به وسیله متعهد، جهت فسخ قرارداد، در ابتدا باید تعذر اجرای عین تعهد طبق مدلول رأی دادگاه محرز شود و متعهدله مکلف به طی کردن فرایند قضایی برای اخذ رأی دادگاه در این مورد است؛ در صورتی که از نظر تحلیل اقتصادی هزینه‌های نقض قرارداد باید به خود متعهد تحمیل شود. منطقی به نظر نمی‌رسد، با تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد، متعهدله از فرصت قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای فسخ ابتدایی قرارداد و پرداخت خسارات محروم شود.

دوم اینکه، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد - به دلیل محروم‌ساختن متعهدله از جمع ضمانت‌اجراهای فسخ ابتدایی قرارداد و پرداخت خسارات - با افزایش رفاه اجتماعی مغایرت دارد؛ چراکه تقدم مورد اشاره موجب می‌شود تا متعهدله، پس از تحمیل هزینه‌های گزاف اقامه دعوی الزام به انجام عین تعهد و تعذر اجرای آن، بتواند بین ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات جمع کند. چنان‌که ملاحظه می‌شود، تقدم یادشده برخلاف یکی از مؤلفه‌های تحلیل اقتصادی ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی - افزایش رفاه و ثروت افراد جامعه - است. بنابراین، اصلاح و تعدیل مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی می‌تواند به ارتباط سازنده انجام عین تعهد با قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی بینجامد تا طرفین قرارداد «انتخاب عقلانی» داشته باشند و به رفاه بیشتری دست یابند.

تحلیل مبتنی بر هزینه - فایده

براساس تحلیل مبتنی بر هزینه-فایده و به استناد پیش‌فرض اقتصادی «عقلانیت انسان‌ها در رفتارها و انتخاب‌هایشان»، اشخاص، پیش از انجام هر کاری، نخست هزینه و فایده آن را ارزیابی می‌کنند و چنان‌چه منافع کار را بیشتر از زیان‌هایش بدانند آن را انجام می‌دهند. (Drèze and Stern, 1987, p 909-912).

این تحلیل در حوزه ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی نیز قابل اجرا است و متعهدله

نفع خود را در اتکا و سرمایه‌گذاری بر اجرا و ایفای تعهد می‌داند (Eisenberg, 2005, p 981). پس، نتیجه منطقی سرمایه‌گذاری و اتکای متعهدله این است که انتخاب ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد بسته به اختیار او باشد و تحصیل منافع رفتار و انتخابش به دست خودش باشد. به دیگر سخن، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، سرمایه‌گذاری در ایفای تعهد و اتکای بر آن موجب می‌شود تا متعهدله فواید انعقاد قرارداد را بیشتر از زیان‌های آن بداند؛ در حالی که تقدم علی‌الاطلاق الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد هزینه‌های گزافی به او تحمیل می‌کند و مبنای اقتصادی رفتار و انتخاب متعهدله را از بین می‌برد و آن را غیراقتصادی می‌سازد. بنابراین، انجام عین تعهد و فسخ قرارداد باید در عرض یکدیگر قابل اعمال باشند تا متعهدله، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص خودش، یکی از آن‌ها را انتخاب کند تا خدشه‌ای نیز به مبنای رفتار و انتخاب اقتصادی او وارد نشود؛ در واقع، او بتواند از همان ابتدا بین فسخ قرارداد و پرداخت خسارات جمع کند و بدین‌وسیله به مطلوب و فایده خود از انعقاد قرارداد برسد.

وانگهی، در تحلیل مبتنی بر هزینه-فایده، هزینه‌های خارجی هر یک از نهادهای حقوقی باید «درونی‌سازی» شود^۱ (Polinsk and Shavell, 2005, p 6-7; Robert and Ulen, 2012, p 39-40) و از تحمیل تبعات فایده و هزینه رفتار و انتخاب افراد به جامعه جلوگیری شود. برای مثال، قانون‌گذار، در نحوه برقراری ارتباط بین ضمانت‌اجراهای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد، باید به گونه‌ای عمل کند که تبعات خارجی ناشی از تحلیل مبتنی بر هزینه-فایده در انعقاد قرارداد به جامعه تحمیل نگردند و تبعات یادشده در قلمرو قرارداد درونی شوند؛ آن نیز به گونه‌ای که تمام هزینه‌ها به‌نحو ابتدایی و مستقیم به متعهد برگردد و متعهدله بتواند تحلیل دقیق‌تری از تناسب هزینه-فایده داشته باشد؛ زیرا حقوق نظامی مبتنی بر انگیزه است (انصاری، ۱۳۹۳، ص ۶۹) و هدف اساسی ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی ایجاد انگیزه‌هایی است که تلاش‌ها و رفتارهای طرفین قرارداد را تغییر دهند. با وجود این، قاعده کلی مقرر در حقوق ایران (تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد) اساساً با تحلیل مبتنی بر هزینه-فایده، درونی‌سازی تبعات آن و ایجاد انگیزه در طرفین قرارداد تعارض دارد؛ زیرا، به جای پیش‌بینی جمع بین ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات به‌وسیله متعهدله، او را

1. Internalize Externalities of Legal Institutions.

به اقامه دعوی الزام به انجام عین تعهد مجبور می‌کند که نتیجه آن انباشت پرونده‌های فراوان در دستگاه قضا و در نهایت تحمیل هزینه‌های گزاف به متعهدله و جامعه است.

تحلیل مبتنی بر نظریه بازی‌ها

از نگاه نظریه بازی‌ها، وظیفه اساسی قانون‌گذار، در حوزه ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی، پیش‌بینی ضمانت‌اجراها به‌نحو بازی‌پذیری آن‌ها و در اختیار گذاشتن راهبردهای گوناگون در اختیار طرفین قرارداد است. در واقع، این نظریه مجموعه‌ای از ابزارها برای توصیف و پیش‌بینی کردن رفتار استراتژیک طرفین قرارداد شمرده می‌شود (Picker, 1994, p 2). در نظریه بازی‌ها، رفتار استراتژیک راهبردی است که اشخاص، در جایی که منافعشان حداقل با منافع یک شخص دیگر در تعارض است، انتخاب می‌کنند؛ البته لازمه رفتار استراتژیک این است که تصمیم هریک از اشخاص، که رفتار اقتصادی داشتن آن‌ها مفروض است، بر چگونگی تصمیم دیگری اثرگذار باشد و طرفین، با پیش‌بینی رفتار طرف مقابل، تصمیم عاقلانه‌ای بگیرند.^۱

با این وصف، تقدم انجام عین تعهد (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) موجب می‌شود تا قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات ممکن نباشد و بر همین اساس، قواعد بازی کمتری در اختیار متعهدله قرار گیرد و متعهد، به دلیل تکلیف متعهدله به طرح دعوی الزام به انجام عین تعهد، تعادل بازی را به نحو یک‌جانبه برهم زند و رفتار «غیرهمکارانه» ای داشته باشد. علاوه بر این‌ها، از دید نظریه بازی‌ها، اقدام‌های اشخاص در پیش‌بینی رفتار دیگران و اتخاذ تصمیم‌های بهینه در گرو اطلاعات کامل آن‌ها همراه با رفتار عقلانی‌شان است و اطلاعات در نظریه بازی‌ها نقش انکارناپذیری دارد.

به نظر می‌رسد، تقدم انجام عین تعهد و نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) اطلاعات ناقص و نامتقارنی را در اختیار متعهدله قرار می‌دهد. زیرا، در

۱. البته باید توجه داشت؛ استادانی که در زمینه نظریه بازی‌ها قلم‌فرسایی کرده‌اند، اشاراتی به تقدم انجام عین تعهد و ارتباط آن با قابلیت جمع ضمانت‌اجراها بر مبنای تحلیل مبتنی بر نظریه یادشده نداشته‌اند. به همین دلیل، اساس مطالب تحلیل مبتنی بر نظریه بازی‌ها، از تطبیق کلیات کتاب زیر بر بحث مورد مطالعه به دست آمده است:

Rasmusen, Eric, Games and Information: An Introduction to Game Theory, 4th ed.

اطلاعات کامل، طرفین قرارداد باید بدانند که کدام یک از آن‌ها و در چه زمانی و با انتخاب چه راهبردهایی و با چه اطلاعاتی از گذشته و آینده بازی می‌کنند؛ البته نقص اطلاعات متعهدله به واسطه عدم مشاهده اقدام پیشین متعهد است و مربوط به گذشته می‌شود؛ در حالی که نامتقارن بودن اطلاعات او به دلیل عدم آگاهی متعهدله از اقدام‌های حال و آینده متعهد است.

به‌عنوان مثال، «الف» تعهد به ساخت و تحویل مبلمانی برای «ب» در موعد معین قراردادی می‌کند و «ب» نیز متعهد است، پیش از فرارسیدن موعد تحویل آن، مقداری از حق‌الزحمه را پرداخت کند؛ البته «الف» با وجود روزهای اندک باقی‌مانده به موعد مقرر قراردادی، تلاشی برای اجرای عین تعهد نکرده است. در مثال بالا، «ب» نمی‌تواند در جریان کامل تصمیم‌ها و اقدام‌های «الف» قرار گیرد و چنانچه نقص اطلاعات او به دلیل عدم مشاهده اقدام پیشین «الف» باشد، در اصطلاح اطلاعات «ب» ناقص است؛ لیکن عدم اطلاع از اقدام‌های «الف» در حال و آینده، منجر به نامتقارن شدن اطلاعات «ب» می‌شود. نتیجه اطلاعات ناقص و نامتقارن انتخاب «نامطلوب» متعهدله است که باعث مخاطره اخلاقی می‌شود؛ چراکه در تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ قرارداد و پرداخت خسارات)، متعهدله نمی‌تواند تصمیم‌ها و اقدام‌های متعهد را مشاهده کند. به دیگر سخن، تقدم انجام عین تعهد و نفی قابلیت جمع ضمانت‌اجراها، که بر اساس آن متعهدله مکلف به طرح دعوی الزام به انجام عین تعهد است، موجب می‌شود نه تنها متعهد انگیزه‌ای در جلوگیری از تحقق نقض قرارداد نداشته باشد بلکه حتی، در فرض تحقق آن، اقدام‌های احتیاطی برای کاهش آثار نقض نیز انجام ندهد؛ بنابراین متعهدله دست به انتخاب نامطلوب می‌زد و متعهد، به هزینه متعهدله، سودی به دست می‌آورد (مخاطره اخلاقی).

راهکار سازگاری پیامدهای تقدم انجام عین تعهد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها

با توجه به آنچه گفته شد، باید راهکار سازگاری پیامدهای تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (ارتباط سازنده بین آن‌ها) را مطالعه کنیم. بنابراین، راهکار سازگاری می‌تواند تزییق تقدم اجرای عین تعهد بر فسخ قرارداد در پاره‌ای از قراردادها باشد. به دیگر سخن، باید قاعده کلی تقدم یادشده، به نفع قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی، تعدیل و

اصلاح شود و نحوه آن، نگرش تخصصی به تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و ارتباط آن با قابلیت جمع ضمانت اجراها است که در ادامه می آید.

بنابراین، قانون گذار باید بین قراردادهای مصرفی یا مصرف کننده، تجارتي و عادی به شرح زیر تفاوت گذارد:^۱

۱. در قراردادهای مربوط به مصرف کننده، حمایت از مصرف کنندگان ایجاب می کند که آن ها، به محض اینکه عرضه کنندگان کالا و خدمات موضوع قرارداد را مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین یا مندرجات قرارداد یا عرف در معاملات تسلیم نکنند یا، در فرض تسلیم، کالا و خدمات منطبق با ضوابط و شرایط و مندرجات قرارداد یا عرف نباشد، اختیار فسخ قرارداد یا الزام به انجام عین تعهد را در عرض یکدیگر داشته باشند. بنا به چنین ملاحظاتی، ماده ۲ قانون حمایت از مصرف کنندگان سال ۱۳۸۸ اعلام می کند: «کلیه عرضه کنندگان کالا و خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسؤول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات هستند. اگر موضوع معامله کلی باشد، در صورت وجود عیب یا عدم انطباق کالا با شرایط تعیین شده، مشتری حق دارد صرفاً عوض سالم را مطالبه کند و فروشنده باید آن را تأمین کند و اگر موضوع معامله جزئی (عین معین) باشد، مشتری می تواند معامله را فسخ کند یا ارزش کالای معیوب و سالم را مطالبه کند و فروشنده موظف است پرداخت کند...». البته با توجه به اینکه در ماده بالا، چنانچه موضوع معامله کلی باشد و عیب داشته باشد یا منطبق با شرایط تعیین شده نباشد، مشتری تنها می تواند عوض سالم را از فروشنده بخواهد، به نظر می رسد که چنین مقرره ای با مبانی حقوق مصرف کنندگان سازگار نیست. در واقع، منطقی تر این است که قانون گذار، در عرض امکان مطالبه عوض سالم، حق فسخ قرارداد را نیز برای مشتری، به عنوان مصرف کننده و طرف ضعیف قرارداد، پیش بینی کند. بنابراین، نتیجه پیش بینی اعمال یکی از ضمانت اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض

۱. به منظور مطالعه تفصیلی نظریه عمومی تخییر متعهدله در انتخاب یکی از ضمانت اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر در حقوق اسلامی ر.ک. موسوی خمینی، ۱۴۲۱ ه.ق. کتاب/البیع، ج ۵، ص ۳۲۸-۳۳۰، سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳ ه.ق، دراسات موزجه فی الخيارات و الشروط، ص ۱۶۶-۱۶۷.

یکدیگر، قابلیت جمع اولیه ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات است که اساساً با مبانی حقوق مصرف‌کنندگان سازگار است و آن‌ها می‌توانند با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خودشان به «درونی‌سازی» هزینه‌های خارجی نقض تعهدات اقدام کنند.

۲. در قراردادهای تجارتي نیز، مطابق اصل سرعت در معاملات تجارتي و لزوم هماهنگی با مقتضیات روز دنیای تجارت، باید قانون‌گذار قائل به انتخاب یکی از ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد به‌طور هم‌عرض به‌وسیله متعهدله باشد. بنابراین، منطقی به نظر نمی‌رسد که تاجر، برای فسخ قرارداد، نخست دعوی الزام به انجام عین تعهد را اقامه کند و در صورت تعذر آن بتواند قرارداد را فسخ نماید. زیرا قراردادی که امروز برای متعهدله تاجر مقرون به منفعت است، احتمال دارد فردا برای او زیان‌آور باشد؛ به ویژه جایی که متعهد نیز به تعهد خود وفا نمی‌کند (Scalise Jr., 2007, p 732). باید توجه داشت که بیشترین کارایی قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی در قلمرو قراردادهای تجارتي است و قانون‌گذار باید ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادهای تجارتي را به‌گونه‌ای پیش‌بینی کند که به قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی کمترین خدشه وارد شود. پس منطقی‌ترین شیوه تحقق این قابلیت انتخاب یکی از ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر به‌وسیله متعهدله تاجر است.

۳. در قراردادهای عادی باید برحسب موضوعات آن، تقدم الزام به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد پذیرفته شود:

باید در قراردادهای انتقال مالکیت (مانند فروش کالاهای موجود)، اصل بر انجام عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات باشد؛ همان‌طور که ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی می‌گوید: «هرگاه محکوم‌به عین معین منقول یا غیرمنقول باشد و تسلیم آن به محکوم‌له ممکن باشد، دادورز (مأمور اجرا) عین آن را گرفته و به محکوم‌له می‌دهد». پس، در این‌گونه قراردادها، تقدم انجام عین تعهد دامنه قابلیت جمع ضمانت‌اجراهای قراردادی (فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) را محدود می‌کند. به‌ویژه اینکه، در قراردادهایی که موضوع آن‌ها عین معین است و دستیابی به آن عین برای متعهدله مطلوب اساسی دارد، از نظر تحلیل اقتصادی، فسخ

قرارداد و پرداخت خسارات کارا به شمار نمی‌رود و با تحلیل مبتنی بر هزینه-فایده^۱ او در انعقاد قرارداد سازگار نیست. با وجود این، در قراردادهای سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات، باید متعهدله در انتخاب بین الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد اختیار داشته باشد؛ بنابراین، در قراردادهای اخیر، با پیش‌بینی اعمال یکی از ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد بسته به انتخاب متعهدله، او می‌تواند بین ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات جمع کند.

نتیجه و پیشنهادها

از مجموع مباحث، این نتایج به دست می‌آید که قاعده کلی مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی (تقدم انجام عین تعهد و نفی قابلیت جمع ابتدایی ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) با تحلیل‌های اقتصادی مبتنی بر کارآیی (معیارهای پارتویی، کالدور-هیگس و به حداکثر رساندن ثروت)، رفاه، هزینه-فایده و نظریه بازی‌ها سازگار نیست که هر یک از این تحلیل‌ها در طول مقاله به تفصیل بیان شد؛ البته نتیجه‌ای که از ناسازگاری بالا برداشت می‌شود، این است که مواد یادشده قرابتی با تخصیص بهینه منابع، افزایش رفاه اجتماعی و کاهش هزینه‌های معاملاتی ندارند. نهایت اینکه به عنوان یافته‌های مقاله، به منظور رفع نقص‌های موجود و کارآیی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌کنیم که به تقدم انجام عین تعهد و ارتباط آن با قابلیت جمع ضمانت‌اجراها (فسخ قرارداد و پرداخت خسارات) نگرش تخصصی داشته باشد و لازمه این نگرش نیز، تفاوت‌گذاشتن بین قراردادهای مصرفی یا مصرف‌کننده، تجارته و عادی است. در واقع، قانون‌گذار در قراردادهای مصرفی و تجارته، با پیش‌بینی اعمال یکی از ضمانت‌اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر به وسیله متعهدله،

۱. البته برخی استادان تحلیل اقتصادی حقوق آمریکا، بدون اینکه توجهی به ویژگی‌های قراردادهای داشته باشند، تنها براساس موضوع قرارداد، در قراردادهای انتقال مالکیت کالاها موجود و در دسترس، اصالت و اولویت را با انجام عین تعهد و در قراردادهای سفارش و ساخت کالا و عرضه خدمات، رجحان را با پرداخت خسارات به وسیله متعهد دانسته‌اند و به پاره‌ای دلایل در این خصوص استناد نموده‌اند (Shavell, 2003, Economic Analysis of Contract Law, p 7-8).

قابلیت جمع ابتدایی بین ضمانت‌اجراهای فسخ قرارداد و پرداخت خسارات را فراهم می‌سازد. زیرا این پیش‌بینی، اساساً با مبانی حقوق مصرف‌کنندگان و مقتضیات روز دنیای تجارت هماهنگ است و آن‌ها می‌توانند، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خودشان، به درونی‌سازی هزینه‌های خارجی ناشی از نقض تعهدات و تحلیل دقیق‌تر هزینه‌فایده اقدام کنند؛ البته نتیجه‌اساسی انتخاب متعهدله سازگاری آن با تحلیل‌های مبتنی بر کارآیی و رفاه است که شرح تفصیلی آن گذشت. در پایان، قانون‌گذار در قراردادهای عادی باید بین قراردادهای انتقال مالکیت (مانند فروش کالاهای موجود) و سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات قائل به تفکیک شود: ۱. در قراردادهای انتقال مالکیت، اصل را بر انجام عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات گذارد؛ ۲. در قراردادهای سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات باید برای متعهدله حق انتخاب، بین الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد، پیش‌بینی کند.

منابع و مأخذ

۱. انصاری، مهدی (۱۳۹۳). *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*. چاپ دوم، تهران: انتشارات جاودانه-جنگل.
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۲). مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۶۲، صفحات ۹۱-۱۳۵.
۳. دادگر، یدالله (۱۳۸۵). پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد. *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۴۳، صفحات ۱۶۳-۲۰۶.
۴. سبجانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۳ ه.ق). *دراسات موجزه فی الخيارات والشروط*. چاپ نخست، قم: مرکز العالمی للدراسات الإسلامیه.
۵. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۲۱ ه.ق). *کتاب‌البيع*. جلد پنجم، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ۱.
6. Brooks, Richard R.W. and Stremitzer, Alexander (2010). *Remedies On and Off Contract, the Yale Law Journal*, p 690-727.
7. Coleman, Jules L. (1980). Efficiency, Utility, and Wealth Maximization, *Hofster Law Review*, Vol. 8, P 509, 551.
8. Cooter, Robert and Ulen, Thomas (2012). *Law and Economics*, 6thed, the United State of America: Library of Congress Cataloging in _ Publication Data.
9. Drèze, Jean and Stern, Nicholas. (1987). *The Theory of Cost – Benefit Analysis*, Handbook of Public Economics, North – Holland, Elsevier Science Publisher B. V, Chapter 14.
10. Frey, Martin A. (2000). *An Introduction to the Law of Contract*, 3thed, the United States of America: Thomson Delmar Learning.
11. Eisenberg, M. A. (2005). Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law, *California Law Review*, Vol. 93, NO. 4, p 975-1050.
12. Eisenberg, Theodore and Miller, Geoffery P. (2013). *Damages Versus Specific Performance: Lessons form Commercial Contracts*, New York University School of Law, p 1-60.
13. Goldberg, Victor P. (1993). *Reading in the Economics of Contract Law*, New York: Cambridge University Press.
14. Hermalin, Benjamin E., Katz, Avery W. and Richard Craswell (2006). *Chapter on the Law & Economocs of Contracts*, Forthcoming in the Handbook of Law

- & Economics.
15. Miceli, T.J. (1997). *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, New York: Oxford University Press.
 16. Kronman, A. T. (1978), *Specific Performance*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, p 351-382.
 17. Picker, Randl C. (1994). An Introduction to Game Theory and the Law, *Chicago Working Paper in Law & Economics*, P 1-22.
 18. Polinsk, A. Mitchell and Shavell, Steven (2005). *Economic Analysis of Law*, 2thed, the New Palgrave Dictionary of Economics.
 19. Rasmusen, Eric, *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, 4thed.
 20. Ribeiro, Rober. (2002). *Damages and Other Remedies for Breach of Commercial Contracts*, Great Britain, Thorogood.
 21. Salanié, Bernard. (2005). *the Economics of Contract*, 2thed, the MIT Press. Cambridge, Massachusetts, London, England.
 22. Scalise Jr., Ronald 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*, Vol. 55, p 721- 766.
 23. Schwartz, A. (1979), *the Case for Specific Performance*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, p 271-306.
 24. Shavell, Steven. (2003). *Economic Analysis of Contract Law* (Part of Foundation of Economic Analysis of Law), Cambridge.
 25. Shavell, Steven. (2003) *Welfare Economics, Morality and the Law*, Chater 2, *Welfare Economics and Morality*, *Harvard Law School*.
 26. Treitel, G. H. (2003), *the Law of Contract*, 11thed, England: Thomson Sweet & Maxwell.
 27. Ulen, Thomas S. A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical, Empirical Work, And the Scientific Method in the Study of Law, Available at: <http://papers.ssrn.com/>.
 28. Varadarajan, Deepa. (2001). Tortious Interference and the Law of Contract: The Case for Specific Performance Revisited, *The Yale University of Law*, New York, Vol. 111, p 735-760.
 29. Wacks, Raymond. (2006). *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York.
 30. Wittman, Donald. (2006). *Economic Foundations of Law and Organization*, Cambridge University Press, New York.
 31. Zerbe Jr, Richard O. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham UK. Northampton, MA. USA