

بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از منظر اقتصادی (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و آمریکا)

حسن بادینی^۱ - احد شاهی دامن جانی^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۴/۲۷

چکیده

از جمله مسائل مبنایی در تحلیل اقتصادی حقوق، بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد است؛ که همواره ذهن دانشمندان حقوقی و اقتصادی را به خود مشغول ساخته است. در نظام‌های حقوقی ایران و آمریکا، باید چالش‌های تقدم یادشده زیر عنوان‌های فرایند اجرایی، هنجارهای اجتماعی، اشتباه قضایی، رسیدگی هیات منصفه، مقابله با خسارات و فرصت‌گرایی مطالعه شود. سپس، راهکارهای رفع این گونه چالش‌ها به منظور کارآمد کردن قوانین ایران از چشم‌انداز نگرش اقتصادی به حقوق ارائه گردد. به عنوان یافته‌های مقاله پیش‌رو، چالش‌های تقدم بالا، به شیوه‌های نگرش تخصصی به قراردادها و تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد بر اساس ویژگی آن‌ها (قراردادهای عادی، تجارتي و مصرفی) یا درونی سازی هزینه‌های خارجی ناشی از انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و فرایند حل و فصل اختلافات آن قابل رفع است که در طول مقاله به آن‌ها خواهیم پرداخت. هدف این مقاله، واکاوی چالش‌های تقدم مورد اشاره با اتخاذ رویکرد تطبیقی و ارائه پیشنهادهایی مناسب برای اصلاح قوانین و مقررات حقوق ایران در زمینه ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی است.

واژگان کلیدی: تحلیل اقتصادی حقوق، کارآیی، انجام عین تعهد، فسخ قرارداد، درونی‌سازی هزینه‌های خارجی.

مقدمه

اساسی‌ترین مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق، «کارآیی» است و ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی کارا است که موجب استفاده بهینه طرفین قرارداد از منابع و افزایش رفاه اجتماعی شود (بهره‌وری اقتصادی) و درنهایت، رضایت آن‌ها را فراهم کند^۱ و از تحمیل هزینه‌های اجرای تعهد به متعهدله و جامعه جلوگیری نماید؛ بنابراین، برخی نویسندگان تحلیل اقتصادی حقوق، کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات را پذیرفته و برای اثبات آن به دلایل اصول «بی تفاوتی»، «اتکای به قرارداد»، «اخلاقی بودن اجرای قرارداد»، «سازگاری باهدف ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی»، «هماهنگی با اصل استفاده بهینه از منابع» و «امکان انعقاد قرارداد جبران خسارات ناشی از عدم انجام تعهد» استناد کرده‌اند.^۲ البته دادگاه‌های ایرانی نیز به استناد مقررات قانونی، مانند مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، رای به تقدم انجام عین تعهد می‌دهند و فسخ قرارداد و پرداخت خسارات را فرع بر اقامه دعوی الزام به انجام عین تعهد و تعذر اجرای آن پس از صدور حکم قطعی می‌دانند.^۳ باوجوداین، تقدم یادشده چالش‌هایی را به همراه دارد که تبیین چالش‌ها و راهکارهای رفع آن‌ها از نگاه اقتصادی ضروری به نظر می‌رسد.

1. Miceli, Thomas J., *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, (New York: Oxford University Press, 1997), p 88.

2. Eisenberg, Melvin A., "Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law", *California Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2005, p 1018-1019; Shavell, Steven, "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 4, 2006, p 865-868; Kronman, Anthony T., "Specific Performance", *Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series*, 1978, p 367-369; Schwartz, Alan., "the Case for Specific Performance", *Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series*, 1979, p 274-278.

۳. برای نمونه، در دعوی شعبه ۲۰ دادگاه حقوقی تهران فسخ ابتدایی قرارداد را به دلیل عدم انجام تعهدات پذیرفت و اعلام داشت: «با توجه به این که خواسته مورد تقاضای خواهان فرع بر الزام خواننده به انجام تعهدات قراردادی و یا مطالبات مالی مربوطه می‌باشد و بدو خواهان بایستی دعوی الزام به انجام تعهدات (انجام فعل) را درخواست نماید، نتیجتاً دعوی مزبور به کیفیت یاد شده قابلیت استماع ندارد و مستنداً به ماده ۲ قانون مدنی ناظر به ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۳۷ قانون مدنی قرار رد دعوا صادر [و] اعلام می‌گردد». البته شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز طی دادنامه شماره ۱۱۴۶۰۱۱۴۶۰۲۲۰۶۰۹۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۸ عیناً رأی تجدیدنظر خواسته را تأیید کرد.



پس با توجه به آنچه گفته شد، پرسش اصلی مقاله پیش‌رو این است که تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد با چه چالش‌هایی روبرو است و از نظر تحلیل اقتصادی، راهکارهای رفع آن‌ها چیست؟

در پاسخ، می‌توان گفت: تقدم یادشده چالش‌های فرایند اجرایی، هنجارهای اجتماعی، اشتباه قضایی، رسیدگی هیات منصفه، مقابله با خسارات و فرصت‌گرایی یا سوءاستفاده متعهدله را دارد. البته از نظر تحلیل اقتصادی، راهکارهای رفع این‌گونه چالش‌ها، نگرش تخصصی به قراردادها و تقدم انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد بر اساس ویژگی آن‌ها (عادی، تجارتي و مصرفی) یا درونی‌سازی هزینه‌های خارجی ضمانت‌اجرای نقض تعهدات قراردادها و آیین دادرسی و فرایند حل و فصل اختلافات قراردادی است.

از نظر سابقه تحقیقاتی، برخی نویسندگان تحلیل اقتصادی حقوق آمریکا به بررسی برخی از چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر پرداخت خسارات پرداخته‌اند.^۱ با وجود این، حقوق دانان ایرانی، عموماً به توجیه ناپذیری تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات از نظر تحلیل حقوقی اشاره کرده^۲ و بعضی از استادانی نیز تألیفاتی درباره تحلیل اقتصادی حقوق دارند^۳، پژوهش و دقت نظر در چالش‌های تقدم یادشده از منظر اقتصادی نداشته‌اند؛ بنابراین، علی‌رغم اهمیت علمی این موضوع و ثمرات عملی آن، تحقیق جامع و مستقلی در زمینه مورد بحث یافت نمی‌شود که ضرورت انجام چنین پژوهشی را می‌رساند؛ زیرا از نظر تحلیل اقتصادی، آثار متفاوتی بر تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات بار می‌شود. چنانچه در عمل تقدم بالا را نپذیریم، دیگر مبنایی برای اقامه دعوی انجام عین تعهد جهت اثبات تعذر اجرای آن و امکان فسخ قرارداد وجود نخواهد داشت و از شمار دعوی فراوان که به این منظور در دادگاه‌ها اقامه شده‌اند، کاسته و هزینه‌های گزاف اقامه دعوی انجام

1. Eisenberg, Melvin A., op.cit, p 1019 – 1027; Shavell, Steven, op.cit, p 853-857.

۲. صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳، ش ۴، ۱۳۸۸، ص ۲۹۷ — ۳۱۴؛ دارویی، عباسعلی، «فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، سال ۶، ش ۱۰، ۱۳۹۳، ص ۱۱۷ - ۱۴۴؛ الفت، نعمت‌الله و صفایی، حسین، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، حقوق تطبیقی دانشگاه مفید، ج ۵، ش ۲، ۱۳۸۹، ص ۴۳ - ۶۲.

۳. انصاری، مهدی، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، چ ۲، (تهران: انتشارات جاودانه - جنگل، ۱۳۹۳)، ص ۴۹۳ - ۴۹۷.



عین تعهد به متعهدله و جامعه تحمیل نخواهد شد.^۱ البته مقدمات رسیدن به این نتیجه، بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات و سپس، اثبات قابل‌رفع بودن آن چالش‌ها برای قانون‌گذار در راستای اصلاح قوانین و مقررات جاری است.

بنابراین، در مقاله حاضر به بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا می‌پردازیم و سپس به نقد و ارزیابی آن‌ها اشاره می‌کنیم؛ زیرا لازمه داوری دقیق چالش‌های بالا و پیشنهاد علمی به قانون‌گذار - به‌عنوان یافته مقاله - بررسی آن‌ها است. البته برای رعایت ترتیب منطقی مباحث، باید نخست به نحو اجمالی دلایل طرفداران کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد را مطالعه کنیم.

۱- مطالعه اجمالی دلایل طرفداران کارآیی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد

برخی استادان به کارآیی تقدم به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد اعتقاد دارند و برای اثبات نظریه‌شان به دلایل مختلفی استناد کرده‌اند که در ادامه به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم:

الف - «اصل بی‌تفاوتی» است که مطابق آن، قانون‌گذار باید ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی را به گونه‌ای پیش‌بینی کند که در فرض نقض قرارداد، متعهدله را نسبت به انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت خسارات بی‌تفاوت نگه دارد^۲ و در نهایت از او حمایت کند؛ بنابراین، در ضمانت اجرای انجام عین تعهد، می‌توان بیش‌ترین حمایت را از متعهدله کرد و او را در وضعیت قرار داد که چنانچه تعهد اجرا می‌شد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت. به همین دلیل، باید ضمانت اجرای انجام عین تعهد را بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات تقدم داشت؛ زیرا فرض بر این است که متعهدله با انجام عین تعهد، مطلوب خود (موضوع قرارداد) می‌رسد و نیازی به ارزیابی شرایط قرارداد برای انتخاب انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت

۱. همان‌طور که دادگاه‌ها در عمل نیز چنانچه حق فسخ برای طرفین در صورت عدم انجام تعهدات پیش‌بینی نشده باشد، تقدم را با انجام عین تعهد می‌دانند و امکان فسخ ابتدایی قرارداد را به رسمیت نمی‌شناسند. برای مثال، شعبه ۲۷ دادگاه حقوقی تهران در دعوی فسخ قرارداد این گونه انشای رأی کرده است: «نظر به این که در قرارداد برای خواهان حق فسخی در نظر گرفته نشده است و در صورت عدم انجام تعهدات خوانده و کیل محترم خواهان باید الزام به ایفای تعهد خوانده را از دادگاه بخواهد، در نتیجه دادگاه به استناد مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ از قانون مدنی حکم به رد دعوی خواهان صادر و اعلام» می‌کند. شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۹۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸ عیناً تأیید کرده است.

2. Eisenberg, Melvin A., op.cit, p 979, 1018.



خسارات ندارد. با وجود این، در بعضی موارد، همین تقدم انجام عین تعهد، متعهدله از دریافت خسارات باز می‌دارد و در عمل به ضرر او تمام می‌شود.

برای مثال، در دعوی دادگاه اعتقاد دارد که هدف اصلی دانشگاه‌ها از اخذ تعهد خدمت دانشجویان پس از فارغ‌التحصیلی انجام تعهد است و تا زمانی که امکان الزام به انجام عین تعهد وجود داشته باشد، دانشگاه‌ها حق مطالبه خسارات را ندارد. همان‌طور که در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۶۲۰ شعبه ۱ دیوان عدالت اداری آمده است: «هرچند در تعهدنامه مذکور [تعهدنامه رسمی انجام خدمت پس از فارغ‌التحصیلی]، ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات قانونی پرداخت وجه التزام و خسارت مربوط به شرح مندرج در تعهدنامه اعلام شده، لیکن چون هدف اصلی در تعهد مأخوذه اجرای تعهد است و در این خصوص وزارت بهداشت حق دارد متعهد را ملزم به انجام تعهدات نماید و در صورت الزام متعهد به تعهد و عدم امکان انجام آن به دلیل این که تعهد از نوع تعهداتی است که مباشرت متعهد در انجام آن شرط است و در این صورت چاره‌ای جز مطالبه وجه التزام و خسارت مربوطه نیست، ولی در مانحن‌فیه چون وزارت بهداشت به‌عنوان متعهدله، حق الزام انجام تعهد را دارد، صدور حکم به پرداخت وجه التزام قبل از الزام متعهد امکان‌پذیر نبوده و حکم به رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد».

ب- اصل اتکا و سرمایه‌گذاری طرفین بر قرارداد و اعتماد به اجرای تعهدات ناشی از آن ایجاب می‌نماید، عین تعهد انجام شود و چون از نظر اقتصادی، انجام عین تعهد از تحمیل هزینه‌های ناشی از اتکای به قرارداد به متعهدله جلوگیری می‌کند، کارآیی لازم دارد و باید بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات تقدم داشت. البته در برخی موارد در عمل پیش می‌آید که متعهدله نه تنها به اجرای قرارداد اتکایی نداشته است؛ بلکه نفع آن را در مطالبه خسارات می‌بیند. به‌عنوان مثال، در دعوی خواهان بدون توجه به قرارداد بین طرفین و الزام خواننده به انجام تعهدات مطالبه خسارات می‌کند و شعبه ۲۲ دادگاه حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۸۲۰۰۸۱۰ مورخ ۹۴/۹/۲۴ این‌گونه رای می‌دهد: «طریقه جبران خسارات بدواً رفع معایب و تغییرات و خرابی‌های صورت گرفته در مورد اجاره است و در صورت استنکاف مستأجر، مطالبه وجه حاصل از خسارات قابل مطالبه است. دادگاه دعوی خواهان را قبل از الزام مستأجر بر جبران خسارات وارده از طریق رفع معایب و تغییرات و خرابی‌ها و اعاده وضع به حالت سابق و قبل از انجام آن توسط خواهان ... قابل استماع ندانسته» است.

پ- اخلاق ایجاب می کند طرفین به قرارداد وفادار باشند و قانون باید طرف نقض کننده قرارداد را ملزم به اجرای عین تعهد نماید و پابندی به اصل اخلاقی بودن اجرای تعهد، به اولویت انجام عین تعهد حکم می دهد. پس به دلالت اصل یادشده، طرفین نباید قرارداد را نقض کنند و در فرض نقض آن، مرتکب یک عمل غیر اخلاقی شده اند^۱ و پرداخت خسارات موجب از بین رفتن جنبه غیر اخلاقی نقض تعهد نمی شود. به نظر می رسد، از نظر تحلیلی، چنانچه پرداخت خسارات تمام ضررهای وارد به متعهدله را جبران کند و او را در وضعیت مشابه اجرای عین تعهد قرار دهد، اخلاق عدم انجام عین تعهد را محکوم نمی نماید.

ت- بر اساس اصل استفاده بهینه از منابع — به عنوان هدف ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی — باید استفاده از پرداخت خسارات در قراردادها کاهش یابد؛ زیرا ارزیابی بهای اجرای تعهد برای دادگاهها و طرفین قرارداد با دشواریهایی همراه است^۲ و در نتیجه، پرداخت خسارات موجب نقض فراوان قراردادها و اقامه دعاوی پرهزینه می شود.

ث- در بعضی موارد اجرای عین تعهد برای متعهد طاقت فرسا است و او را از هستی ساقط می کند و به همین دلیل، پذیرش تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات منطقی نیست. با وجود این، به نظر برخی نویسندگان، وضعیت طاقت فرسای اجرای عین تعهد به تقدم یادشده خدشه ای وارد نمی کند؛ زیرا متعهد می تواند برای رهایی از انجام تعهد طاقت فرسا به هر دلیلی بعد از قرارداد با متعهدله مذاکره کند و رضایت او را برای انجام ندادن عین تعهد و پرداخت خسارت به دست آورد. همان طور که در حقوق ایران، طرفین می توانند با توافق قرارداد را اقاله کنند و وضعیت خودشان به پیش از انعقاد قرارداد برگردانند (ماده ۲۸۳ قانون مدنی). با وجود این، انجام عین تعهد مانند سایر ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی چالش هایی دارد و مطالعه این گونه چالش ها می تواند نقش مؤثری در ارزیابی دلایل طرفداران تقدم یادشده داشته باشد.

۲- تحلیل چالش های تقدم انجام عین تعهد

از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد با چالش های اساسی روبه رو است که در ادامه به تحلیل آنها می پردازیم.

1. Shavell, Steven, "Is Breach of Contract Immoral?", Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, Discussion Paper No. 531, 2005, p 1.

2. Kronman, Anthony T., op. cit, p367-369.

۱-۲- فرایند اجرایی

باید توجه داشت شیوه‌های انجام عین تعهد و فسخ قرارداد و پرداخت خسارات با یکدیگر متفاوت‌اند؛ زیرا در حقوق آمریکا می‌توان حکم به پرداخت خسارات به شکل‌های گوناگونی اجرا کرد و در مقررات آن، شیوه‌های غیرمستقیم برای اجرای حکم مذکور پیش‌بینی شده است؛^۱ همان‌طور که در نظام حقوقی ایران، در عمل مسائل پیچیده‌ای در زمینه اجرای رای فسخ قرارداد پیش نمی‌آید.^۲

1. Eisenberg Melvin A., op.cit, p. 1019-1020.

در **حقوق آمریکا**، در حکم به پرداخت خسارات، چنانچه محکوم‌علیه آن را اجرا نکند یا سازشی در زمینه اجرای آن حکم تحقق نیابد، قاعده عمومی این است که دادگاه بخش، دستور اجرای حکم از اموال محکوم‌علیه یا درآمد و حقوق او صادر می‌کند و در نهایت، با توقیف یا فروش آن اموال، محکوم‌بها وصول و پرداخت می‌شود. با وجود این، دستور قضایی انجام عین تعهد در قالب قرار (Decree) صادر می‌شود و تخلف از قرار یادشده، موجب می‌گردد تا دادگاه حکم به کیفر متعهد به حبس یا جزای نقدی یا هر دو آن‌ها — به دلیل خودداری از اجرای دستور صادره — دهد و تخلف از اجرای دستور دادگاه، وصف مجرمانه دارد؛ بنابراین، انجام عین تعهد شیوه‌های غیرمستقیم اجرایی، مانند حکم به پرداخت خسارات، وجود ندارد و متعهد بدون الزام به انجام عین تعهد، به حبس یا جزای نقدی یا هر دو آن‌ها، محکوم می‌شود (Ibid, p 1020). البته در **حقوق ایران**، الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد هر در قالب حکم صادر می‌گردند و مطابق قاعده کلی، در صورتی که متعهد از اجرای عین تعهد به موجب حکم قطعی دادگاه امتناع کند، باید بر مبنای ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ عمل شود و امکان حبس محکوم‌علیه، به استناد ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، وجود ندارد؛ زیرا در احکام مربوط به اجرای عین تعهد، رأی ناظر به انجام فعلی به وسیله محکوم‌علیه است و به تعبیر ماده ۲۲ قانون اخیر، آن رأی از «محکومیت‌های مالی» شمرده نمی‌شود. باید اضافه کرد که چه‌بسا نتیجه انجام تعهد، تسلیم عین معینی باشد؛ منتها این نتیجه از آثار اجرای رأی مربوط به انجام عین تعهد و نه از صدور رأی است و در حالت تخلف محکوم‌علیه از اجرای رأی، نمی‌توان گفت: به استناد ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی جدید او «به دادن» مالی به دیگری محکوم شده «و از اجرای آن خودداری کرده» است و امکان استفاده از ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی شده در ماده ۳ همان قانون، وجود دارد.

۲. در **حقوق ایران**، به دلالت فرازی از ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی سال ۱۳۵۶: «در مواردی که حکم دادگاه جنبه اعلامی داشته و مستلزم انجام عملی از طرف محکوم‌علیه نیست، از قبیل اعلام اصالت یا بطلان سند، اجراییه صادر نمی‌شود» و از آنجایی که در قراردادهای برحسب این که حق فسخ برای طرفین قراردادها پیش‌بینی شده باشد یا شخص ثالث از جمله دادگاه‌ها، رویه قضایی در صدور احکام مربوط به دعاوی فسخ قراردادها، باید متفاوت عمل کند؛ زیرا چنانچه در قراردادی برای طرفین یا یکی از آن‌ها با وجود شرایط و اوضاع خاصی حق فسخ پیش‌بینی شده باشد، چون اجرای حق فسخ نیاز به اراده انشایی دارنده آن دارد و از مصادیق اعمال حقوقی یک‌طرفه (ایقاع) به حساب می‌آید، بنابراین، دارنده حق فسخ نخست باید اقدام به فسخ قرارداد کند که عموماً به وسیله اظهارنامه آن را به طرف مقابل اعلام می‌نماید و سپس، در صورتی که بین طرفین در پیدایش شرایط و اوضاع و احوال پیدایش حق فسخ یا اجرا یا عدم اجرای حق فسخ یا کیفیت

با این وصف، شیوه‌های غیرمستقیم حکم پرداخت خسارات در حقوق آمریکا و عدم پیچیدگی اجرای رای فسخ قرارداد در حقوق ایران در انجام عین تعهد وجود ندارد؛ زیرا در برخی موارد، به ویژه در تعهدات قائم به تخصص متعهد، این الزام سبب اکراه مادی و فشار روحی و جسمی بر مدیون می‌شود و با آزادی و حیثیت انسانی او تعارض دارد^۱ و بر همین اساس، با چالش فرایند اجرایی فراوانی همراه است.

بنابراین، چالش فرایند اجرایی، ناکارایی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات را در حقوق ایران و آمریکا ثابت می‌کند؛ زیرا از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، ضمانت اجرایی کارآیی دارد که در سه زمینه زیر به نحو مطلوب عمل کند؛ در حالی که چالش فرایند اجرایی مانع از عملکرد مطلوب انجام عین تعهد در این سه زمینه می‌شود:

الف- تحقق حداکثر رضایت اشخاص در ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی

از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، ضمانت اجرایی کارآیی دارد که موجب تحقق رضایت اشخاص شود و شیوه این تحقق بخشیدن، پیش‌بینی ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی توسط قانون‌گذار به گونه‌ای است که طرفین در اجرای تعهدشان با انگیزه عمل کنند و چنانچه

اجرای آن بین طرفین اختلاف وجود داشته باشد، باید دارنده حق فسخ، دادخواستی به خواسته «تأیید و تنفیذ فسخ قرارداد» به دادگاه تقدیم کند. البته در عمل دادگاه‌ها نیز به این نکته ظریف توجه داشته‌اند (برای مثال آرای شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۹۷۸ مورخ ۹۱/۷/۱۵ شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۹۷۸ مورخ ۹۱/۸/۲۴ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۹۷۸ مورخ ۹۱/۸/۲۴ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، فسخ قرارداد عمل حقوقی یک‌جانبه است و دارنده آن باید ابتدا اعمال فسخ کند و سپس در صورت اختلاف بین طرفین، تأیید و تنفیذ آن را از دادگاه بخواهد). در این فرض، رأی دادگاه مبنی بر تأیید و تنفیذ قرارداد، جنبه اعلامی دارد و به دلالت ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی، بابت اجرای آن صدور اجرائیه لازم نیست. البته فرض دیگر، این است که قرارداد به طرفین آن حق فسخ نمی‌دهد؛ بلکه آن‌ها، فسخ قرارداد را در صورت پیدایش اختلاف به صلاح‌دید دادگاه، به‌عنوان معتمد طرفین، واگذار کرده‌اند تا چنانچه دادگاه با ملاحظه شرایط و اوضاع قرارداد، فسخ آن را موجه دانست، قرارداد را فسخ کند و در فرض دوم، عنوان مناسب برای خواسته «فسخ قرارداد به وسیله مقام قضایی» است. باید توجه داشت که در فرض دوم، رأی دادگاه در زمینه فسخ قرارداد جنبه تأسیسی دارد؛ منتها به این دلیل که «مستلزم انجام عملی از طرف محکوم علیه نیست»، در هر حال چالش‌های اجرایی پیچیده‌ای درباره احکام فسخ قراردادها پیش نمی‌آید و به همین دلیل، از نظر اجرای احکام، فسخ قرارداد بر انجام عین تعهد اولویت دارد.

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۸، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ص ۱۱۵-۱۱۶.

یکی از آن‌ها از اجرای تعهدش خودداری نماید، طرف مقابل به‌وسیله ضمانت اجرای منتخب با کم‌ترین هزینه به مطلوب قراردادی - اجرای عین تعهد یا فسخ قرارداد و پرداخت خسارات - برسد.

با این همه، چالش فرایند اجرایی یادشده باعث تحقق حداکثر رضایت اشخاص نمی‌شود؛ زیرا نهایت چیزی که از الزام به انجام عین تعهد پس از تحمیل هزینه‌های گزاف به دست می‌آید، در حقوق آمریکا حبس یا جزای نقدی محکوم علیه یا هر دو آن‌ها^۱ و در حقوق ایران نیز در تعهدات قائم به تخصص متعهد، فسخ قرارداد و مطالبه خسارات و در تعهدات غیر قائم به تخصص متعهد، امکان اجرای عین تعهد به‌وسیله دیگری و مطالبه هزینه آن از متعهد است.^۲

بنابراین، انجام عین تعهد باهدف اولیه ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی - رسیدن به بیش‌ترین منفعت با کم‌ترین هزینه از طریق ضمانت اجرای منتخب - تعارض دارد و پیش‌بینی انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر به نحو مطلوب‌تری از منافع متعهدله حمایت می‌کند.

ب- پیامدهای اقتصادی سازنده

تحلیل اقتصادی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، نشان می‌دهد که این تقدم نمی‌تواند پیامدهای اقتصادی سازنده و بازدارنده‌ای داشته است؛ زیرا تقدم انجام عین تعهد، در زمینه پیامدهای اقتصادی غیرمستقیم منجر به کاهش آمار نقض قراردادها نمی‌شود و کارآیی لازم را ندارد؛ بنابراین، تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد موجب انباشته شدن پرونده‌های فراوان در دستگاه قضا خواهد شد که در فرض امکان فسخ قرارداد در عرض انجام عین تعهد هیچ‌گاه در دادگاه‌ها مطرح نمی‌گردید.

1. Eisenberg, Melvin A., op.cit, p 1020.

۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۷، (تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۸)، ص ۲۸۹ - ۲۹۰؛ کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۱۳ - ۱۲۱؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات، ج ۳، چ ۶، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳)، ص ۴۴ - ۴۷.

ج- کارکرد مطلوب اشکال سازمانی

در نتیجه پاره‌ای از جنبش‌های تحلیل اقتصادی حقوق^۱، می‌توان بازارهایی شبیه بازار اقتصادی برای هر یک از ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی تعریف کنیم و کارکرد اشکال سازمانی آن‌ها را مورد مطالعه قرار دهیم؛ بنابراین، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات، می‌تواند به قیمت‌گذاری بهای موضوع قرارداد و چانه‌زنی و رقابت بین طرفین قرارداد در اجرا یا عدم اجرای تعهد و توجه به پیشنهادهای اشخاص ثالث و مانند این‌ها منجر شود که مشابه کارکردهای بازارهای اقتصادی است.

از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی در صورتی کارا و مطلوب است که شرایط رقابت کامل بازار را ایجاد کند و باعث تخصیص کارای منابع شود؛ در این فرض است که آن ضمانت اجراها کارکرد مطلوب اشکال سازمانی خواهند داشت. با وجود این، تلقی انجام عین تعهد، به عنوان ضمانت اجرای عمومی نقض تعهدات، به دلیل چالش فرایند اجرایی، منجر به تحمیل هزینه‌هایی به طرفین قرارداد و در نهایت، کاهش کارایی بازار می‌شود و حتی با استفاده بهینه از منابع نیز تعارض دارد؛ زیرا منابع حقوقی محدودند و ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی، مانند انجام عین تعهد، باید به نحوی پیش‌بینی شوند که موجب استفاده بهینه از آن منابع شوند؛ در حالی که در ضمانت اجرای انجام عین تعهد، متعهدله پس از طی فرایند رسیدگی، تحمیل هزینه‌هایی به دستگاه قضا و جامعه و تحصیل حکم قطعی، به دلیل چالش اجرایی، به مطلوب خود نمی‌رسد.

با این وصف، در نقد دلیل فرایند چالش اجرایی انجام عین تعهد می‌توان گفت: حکم به پرداخت خسارات نیز چالش‌هایی، مانند محدودیت دارایی متعهد در تأدیه خسارات، ارزیابی و تقویم خسارات مورد حکم به کم‌تر از میزان خسارات مورد انتظار متعهدله، دارد؛ همان‌طور که در حقوق آمریکا برای تبیین چالش‌های یادشده، اصطلاح «چالش اجرای حکم» به دلیل فزونی آن از دارایی محکوم‌علیه^۲ به کار می‌رود.^۳ زیرا همواره ممکن است با وجود صدور

۱. دادگر، یدالله، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، ج ۲، تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم، (۱۳۹۰)، ص ۱۰۸.

2. The Judgement – Proof Problem.

3. Shavell, Steven, "the Judgment Proof Problem", International Review of Law and Economics, 6 (45-58), 1986, p 45-46; Shavell, Steven, 2006, p. 855-856.



حکم به پرداخت خسارات به دلایل مختلف اموال محکوم‌علیه معادل خسارات نباشد یا اساساً مالی نداشته باشد. تا جبران خسارات تحقق یابد.

۲-۲- هنجارهای اجتماعی

از چشم‌انداز تحلیل اقتصادی حقوق، از دلایل کارآیی مقررات موضوعه، وضع و تکامل یافتن آن‌ها در مسیر هنجارهای اجتماعی است و قانون‌گذار خوب، قانون‌گذاری شمرده می‌شود که «رقابت‌پذیری هنجارهای اجتماعی»^۱ را پذیرفته باشد.^۲

هرچقدر تحلیل اقتصادی حقوق ضمانت اجراها پیشرفته و فنی‌تر می‌شود، هنجارهای اجتماعی باید به‌عنوان منبعی از قانون بیش‌تر مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد؛ زیرا هدف هنجارهای اجتماعی تحصیل رضایت اشخاص و همراهی آن‌ها با خودشان است. به همین منظور، آن‌ها با یکدیگر رقابت می‌کنند و با وجود شرایط خاص، هنجارهای کارآمد در این رقابت پیروز می‌شوند. پس باید تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی به این پرسش پاسخ دهد چه وقتی هنجارهای اجتماعی به سمت کارآیی حرکت می‌کنند؟

به نظر می‌رسد، هنجارهای اجتماعی وقتی به سوی کارآیی حرکت می‌کنند که بتوانند رفتار اشخاص را برای مدت طولانی با یکدیگر هماهنگ نمایند.^۳ با این وصف، از نظر تحلیل اقتصادی، در حقوق آمریکا اجرای کیفرهای حبس یا جزای نقدی بر متعهد برای تأمین منافع خصوصی متعهدله با هنجارهای اجتماعی «استفاده متناسب از قدرت انحصاری دولت» سازگار نیست. افزون بر این، با اصل تناسب بین جرائم و مجازات‌ها^۴ تعارض دارد؛ زیرا اگرچه نقض قرارداد یک جرم است، اما اساساً قابل مقایسه با جرایمی از قبیل ورود ضرب و جرح به دیگری، کلاه‌برداری و سرقت نیست.^۵

1. Competitiveness of Social Norms.

2. Cooter, Robert and Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 6th ed, (the United State of America: Library of Congress Cataloging in _ Publication Data, 2012), p. 414-415.

۳. از نگاه تحلیل اقتصادی حقوق، قانون‌گذاران باید به دنبال هنجارهای اجتماعی باشند؛ نه این‌که آن هنجارها را ایجاد کنند. به بیان برخی استادان، هنجارهای اجتماعی، مانند لباس‌هایی نیستند که قانون‌گذار آن‌ها را به میل خود تهیه و طراحی

و بر تن اعضای جامعه کند؛ بلکه چاره‌ای جز شناسایی هنجارهای موجود در اجتماع ندارد

(Posner, Eric A., *Law and Social Norms*, 2th ed, (the United State of America: Harvard University Press, 2002), P 24).

4. Proportionality between Wrongs and Penalties.

5. Eisenberg, Melvin A., op.cit, p 1020.



بر همین مبنا، الزام به انجام عین تعهد ضمانت اجرای تحمیلی است؛ زیرا دولت دستور اجرای عین تعهد را به متعهد می‌دهد و عموماً با اقدامات قهری همزاد است و در جامعه آمریکا تمایل عمومی به یافتن راهکار عرفی بر جایگزینی اقدام تحمیلی دولت در این خصوص است.^۱ وانگهی، الزام به انجام عین تعهد ضمانت اجرای فوق‌العاده قهری محسوب می‌شود. همان‌طور که گفته شد، نه تنها دادگاه دستور قضایی در قالب قرار به انجام عین تعهد می‌دهد؛ بلکه چنانچه متعهد از اجرای آن دستور خودداری کند، در معرض کیفر حبس یا جزای نقدی یا هر دو آن‌ها قرار می‌گیرد.

از نظر تحلیل اقتصادی جرائم و مجازات‌ها، جرم‌انگاری هر فعل یا ترک فعلی هزینه‌هایی برای جامعه دارد^۲ که در اصطلاح به آن‌ها «هزینه اجتماعی جرم»^۳ می‌گویند و جامعه نمی‌تواند از این‌گونه هزینه‌ها چشم‌پوشی کند. در واقع، کارآیی در جرم‌انگاری در صورتی تحقق می‌یابد که زیان وارده به بزه دیده را جبران کند^۴ و جنبه بازدارندگی داشته باشد. به دیگر سخن، هزینه اجتماعی هر جرم را می‌توان به ضررهای شخصی و مالی زیان‌دیده و هزینه‌های خصوصی و عمومی جلوگیری از جرم تقسیم کرد. پس در جرم‌انگاری عدم انجام عین تعهد، ضرر شخصی و مالی زیان‌دیده، نرسیدن به تعهد و هزینه‌های خصوصی و عمومی جرم‌انگاری، شامل ساختمان‌سازی، نگهداری و مجهز کردن زندان به دستگاه‌های نظارتی می‌شود؛ درحالی‌که با وجود هزینه‌های یادشده، همچنان آمار نقض قراردادها بالا است و جنبه بازدارندگی کافی در جلوگیری از وقوع جرم عدم انجام عین تعهد ندارد.

با این‌همه، چالش فعلی در نظام حقوقی ایران دیده نمی‌شود؛ زیرا در حقوق ما، برخلاف حقوق آمریکا، چنانچه متعهد علی‌رغم حکم الزام به انجام عین تعهد، از آن حکم پیروی نکند، متعهدله در تعهد غیر قائم به تخصص متعهد، شخصاً یا به وسیله دیگری تعهد را انجام می‌دهد و هزینه آن را از متعهد مطالبه می‌کند و در تعهد قائم به تخصص متعهد، به فرض این که حکم

باید افزود که عبارات مورداشاره در متن خالی از اشکال نیست؛ زیرا از منظر فنی در حقوق آمریکا، متعهد از بابت عدم تمکین از دستور قضایی دادگاه در زمینه انجام عین تعهد و نه به دلیل نقض قرارداد به کیفر می‌رسد. در حال از دید فنی، متعهد از آنجایی به سبب عدم اجرای عین تعهد از دستور دادگاه تخلف کرده است، استحقاق اجرای مجازات را دارد.

1. Ibid.

2. Posner, Richard A., "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 6, 1985, p 1230.

3. Social Cost of Crime.

4. GAROUPA, NUNO, "An Economic Analysis of Criminal Law", Portugal, 2003, p 3.



پیش‌بینی شده در ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی به نحو مستقل یا به تبع تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی قابل اجرا باشد^۱، بازهم متعهد به صرف تخلف از اجرای حکم دادگاه، به حبس یا جزای نقدی محکوم نمی‌شود.

البته در حقوق ایران چالش هنجار اجتماعی در بحث تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات می‌تواند به شکل متفاوتی با حقوق آمریکا مطرح شود. در واقع، عرف جامعه ایرانی تمایل به پیش‌بینی انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر دارد و تحمیل هزینه‌های ناشی از تقدم بالا به متعهدله - رجوع به دادگاه جهت اثبات تعذر الزام انجام عین تعهد و سپس، امکان فسخ قرارداد را - نمی‌پذیرد؛ چنان‌که عرف خاص حقوق دانان، نظریه امکان فسخ قرارداد با وجود الزام به انجام عین تعهد از قوانین و مقررات تقویت شده است.^۲

۳-۲- اشتباه قضایی^۳

نظام‌های حقوقی ممکن است دو نوع اشتباه بسیار متفاوت در زمینه اجرای قرارداد داشته باشند: ۱- دادگاه در فرایند فسخ قرارداد و تعیین خسارات قابل پرداخت دچار اشتباه گردد ۲- دادگاه در فرایند اجرای عین تعهد مرتکب اشتباه شود. البته پیامدهای اقتصادی ناشی از اشتباه قضایی در تعیین خسارات یا فسخ قرارداد در مقایسه با اشتباه در اجرای عین تعهد ناچیز است؛ زیرا در حقوق آمریکا، عموماً اجرای احکام ناظر به پرداخت خسارات برای قاضی بخش معمول است و او ارزیابی می‌کند که مبلغ مقرر در حکم پرداخت شده است یا خیر؟^۴

برعکس، پیامدهای ناشی از اشتباه در تعیین این‌که خواننده تعهدات قراردادی را مطابق دستور قضایی دادگاه که در قالب قرار الزام به اجرای عین تعهد صادر می‌شود انجام داده است یا خیر؟ به راحتی قابل چشم‌پوشی نیست؛ زیرا قرارداد فرصت و مجال تفسیرهای مختلف را دارد و این تفسیرها تعیین می‌کنند چه چیزی به عنوان تعهد قراردادی باید از سوی متعهد اجرا شود؛ بنابراین، دستور قضایی در زمینه انجام عین تعهد با مسائل پیچیده و فنی تفسیر همراه است و دو نوع اشتباه در دستور یادشده اتفاق می‌افتد: اول این‌که متعهد قرارداد را نادرست تفسیر کند و

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۲۶؛ شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته، ج ۱، چ ۱۱، (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۵)، ص ۴۰۸ - ۴۰۹.

۲. دارویی، عباسعلی، پیشین، ص ۱۱۷ - ۱۴۴، ۱۴۴ - ۱۱۷؛ صادقی نشاط، امیر، پیشین، ص ۲۹۷ - ۳۱۴.

3. The Problem of Error.

4. Eisenberg, Melvin A., op.cit, p 1021.



در نتیجه، به اشتباه از اجرای آن دستور تخلف کند؛ دوم این که دادگاه به اشتباه قرارداد را تفسیر نماید و به غلط به این باور برسد که متعهد از اجرای دستور قضایی خودداری کرده است. افزون بر این که از نظر تحلیل اقتصادی، گستره پیامدهای ناشی از اشتباه در انجام عین تعهد قابل مقایسه با فسخ قرارداد و پرداخت خسارات نیست؛ زیرا در نهایت اشتباه در فسخ قرارداد و پرداخت خسارات منجر به این خواهد شد که متعهد مبلغ بیش تری از مبلغ واقعی زیان وارده به متعهدله پرداخت کند یا قرارداد برخلاف شرایط قانونی یا قراردادی فسخ گردد؛ در حالی که اشتباه در الزام به انجام عین تعهد موجب حبس یا جزای نقدی یا هر دو آن‌ها می‌شود.

۴-۲- رسیدگی هیات منصفه

مطابق این چالش - که مبنای حقوق آمریکایی دارد و مشابه مفهوم آن را نمی‌توان در حقوق ایران یافت - به عنوان قاعده کلی، هر یک از طرفین قرارداد برای مطالبه خسارات می‌تواند از هیات منصفه تقاضای رسیدگی کند؛ ولی هیات منصفه صلاحیت رسیدگی به الزام به انجام عین تعهد را ندارد.^۱ در هر حال، چنانچه متعهدله امکان اقامه دعوا برای الزام به انجام عین تعهد را داشته باشد، چنین امکانی به معنای سلب اختیار رجوع به هیات منصفه جهت مطالبه خسارات نیست. با وجود این، تلقی الزام به انجام عین تعهد به عنوان ضمانت اجرای عمومی از این نظر به ضرر متعهدله است که عملاً متعهد می‌تواند به سهولت حق رجوع به هیات منصفه را نفی کند و مدعی این باشد که چون ضمانت اجرای عمومی نقض تعهدات قراردادی، انجام عین تعهد و نه پرداخت خسارات است، دیگر رجوع متعهدله به هیات منصفه ممکن نیست.^۲

قانون‌گذار ایرانی مراجع حل اختلاف گوناگونی برای فسیله دادن به دعاوی مربوط به عدم انجام عین تعهد پیش‌بینی نکرده و در عین حال، با اجبار متعهدله به طرح دعوی با خواسته «الزام به انجام عین تعهد قراردادی» و تقدم آن بر «فسخ قرارداد» منجر به تحمیل هزینه‌های گزاف به متعهدله و جامعه و انباشت پرونده‌های فراوان در این خصوص در دستگاه قضا گردیده است؛ بنابراین، حقوق ایران نیز از نظر آیین دادرسی مدنی و حل و فصل اختلافات قراردادی، با چالش تحمیل هزینه‌های ناشی از عدم اجرای تعهد به متعهدله و جامعه روبه‌رو است.

1. Eisenberg, Melvin A., op.cit, p 1021.

2. Ibid.



۵ - ۲ - مقابله با خسارات^۱

از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، از جمله معیارهای شناسایی ضمانت اجرای قراردادی کارا، مقابله با خسارات در فرض نقض تعهدات قراردادی است؛ زیرا کارآیی ضمانت اجراها مشروط به این است که عنصر تعلل و اهمال^۲ را در طرفین نهاده‌ی نه نکند و به گونه‌ای عمل ننماید که نهایتاً منافع طرف کاهل قرارداد را تأمین کنند. بر همین اساس، یکی از قواعد عمومی قراردادها این است که طرف زیان‌دیده باید اقدامات متعارف به منظور تقلیل خسارات ناشی از نقض و درنهایت، خسارات متعهد انجام دهد.^۳

با وجود این، تقدم انجام عین تعهد بر پرداخت خسارت یا فسخ قرارداد با چالش مقابله با خسارات روبرو است و عنصر تعلل و اهمال را در متعهدله نهاده‌ی می‌کند.^۴ زیرا ضمانت اجرای یادشده به متعهدله کاهل با الزام به انجام عین تعهد، مجال ورود خسارات ناشی از تعلل خود به متعهد و جامعه را می‌دهد. برای مثال، «الف» تعهد به فروش کالای مثلی به «ب» می‌نماید که «الف» از تسلیم کالا خودداری می‌کند و از هنگام نقض قرارداد قیمت کالا تا اقامه دعوا به دلیل بی‌ثباتی بازار رو به افزایش است و «ب» می‌تواند با خرید کالای مشابه از ورود زیان بیش‌تر به خود جلوگیری کند. در مثال بالا، منطقی به نظر می‌رسد که «ب» کالا را خریداری کند و تفاوت قیمت پرداختی و بهای قراردادی را از «الف» تقاضا نماید؛ درحالی که مطابق ضمانت اجرای الزام به انجام عین تعهد، آثار تعلل و کوتاهی «ب» در تدارک کالای مشابه به متعهد و درنهایت، مخارج اضافی به جامعه تحمیل می‌شود. متأسفانه مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی ایران به دلیل عدم توجه به چالش مقابله با خسارات، به‌طور مطلق تقدم را با انجام عین تعهد دانسته و زمینه را برای سوءاستفاده متعهدله فراهم کرده است.

1. The Problem of Mitigation.

2. The Element of Delay.

3. Cavendish Law cards Series. (2004). *Contract Law*, 4th ed, (London. Sydney. Portland. Oregon: Cavendish Publishing Ltd, 2004), p 152-153; Wittman, Donald, *Economic Foundation Law and Organization*, 1th ed, (New York: Cambridge University Press, 2006), p 168-169.

4. Eisenberg, Melvin A., op. cit, p 1022-1024;

داراب‌پور، مهرباب، (۱۳۷۷). قاعده مقابله با خسارات، ج ۱، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷)، ص ۲۱ - ۲۴.

۶ - ۲ - فرصت گرایی^۱

برخی از نویسندگان در اثبات انجام عین تعهد، به عنوان ضمانت اجرای عمومی و قاعده کلی در نقض تعهدات قراردادی، به شرح زیر استدلال کرده‌اند:

۱- عموماً الزام به انجام عین تعهد یک ضمانت اجرای کارا نیست؛ زیرا چنانچه متعهد از انجام تعهد خودداری کند، به اجرای عین تعهد اجبار می‌شود و جنبه تحمیلی دارد و در تعهدات قائم به تخصص متعهد، معمولاً نتیجه مطلوب را به دست نمی‌دهد^۲- متعهدله تنها در حالتی می‌تواند در خصوص انجام عین تعهد اقامه دعوا کند که پرداخت خسارات کارا نباشد و نتواند او را در وضعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت و به نحو معمول، اشخاص با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خود می‌توانند ضمانت اجرایی را انتخاب کنند که از کارآیی بیش‌تری دارد^۳- بر اساس بندهای اول و دوم، در صورتی که متعهدله دعوای الزام به انجام عین تعهد طرح کند که پرداخت خسارات کارآیی لازم را نداشته باشد^۴- بنابراین، انجام عین تعهد را باید، به عنوان ضمانت اجرای عمومی، تلقی کرد.^۲ زیرا با تلقی ضمانت اجرای یادشده، به عنوان ضمانت اجرای عمومی، زمینه تحقق بند دوم و امکان اقامه دعوا به متعهدله داده می‌شود.

باید توجه داشت که در تحلیل اقتصادی حقوق، از جمله معیارهای تفکیک ضمانت اجرای کارا از ناکارا در باب نقض تعهدات قراردادی، جلوگیری از بروز فرصت گرایی است. زیرا استدلال مورد اشاره در بند دوم خالی از اشکال نیست و زمینه سوءاستفاده متعهدله را فراهم می‌کند.^۳ به نظر می‌رسد، دلیل سوءاستفاده متعهدله در نظریه بالا این است که معیاری در خصوص مواردی که او می‌تواند به ادعای ناکارایی پرداخت خسارات، الزام به انجام عین تعهد را از دادگاه بخواهد، پیش‌بینی نشده است؛ بنابراین، چاره‌ای جز توسل به معیارهای بی‌بدیل بودن موضوع تعهد و ناکارایی پرداخت خسارات - به عنوان استثنائات قاعده کلی پرداخت خسارات - باقی نمی‌ماند و این مطلب، به معنای تأیید وضعیت فعلی حقوق آمریکا است.^۴ بنابراین، به تبیین چالش فرصت گرایی در حقوق آمریکا در قالب دو مثال می‌پردازیم:

1. The Problem of Opportunism.

2. Schwartz, Alan, op.cit, p. 276-278.

3. Eisenberg, op. cit, p. 1025.

4. Schmitt, Michael A. and Pasterczyk, Michael., "Specific Performance under the Uniform Commercial Code - Will Liberalism Prevail?" DePaul Law Review, Vol. 26, 1976, p 56-66; Kronman, Anthony T., op.cit, p 355-365.



مثال اول، «الف» تعهد به فروش کالایی مثلی به «ب» می‌نماید که «الف» از تسلیم کالا خودداری می‌کند و قیمت کالا از هنگام نقض قرارداد تا زمان اقامه دعوا - به دلیل نوسانات بازار - رو به افزایش است و «ب» می‌تواند با خرید کالای مشابه از ورود زیان بیش‌تر به خود جلوگیری کند. در مثال بالا، منطقی این است که «ب» کالا را خریداری کند و تفاوت قیمت پرداختی و بهای قراردادی را از «الف» تقاضا نماید؛ درحالی‌که مطابق تقدم انجام عین تعهد، آثار تعلل و کوتاهی «ب» در تهیه کالای مشابه به متعهد و درنهایت، به جامعه تحمیل می‌شود؛ بنابراین، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، حداقل در مورد یادشده، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات در حقوق آمریکا و ایران قابل توجه نیست.

مثال دوم، شرکت «الف» که شرکتی پررونق از نظر اقتصادی است و تراز مالی خوب و هیات مدیره قوی دارد، قرارداد انتقال تعداد معینی از سهام خود به «ب» را منعقد می‌کند. باوجوداین، شرکت از انجام تعهد قراردادی خود مبنی بر انتقال سهام خودداری می‌کند. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در مثال اول نمی‌توان گفت: صرف اقامه دعوی الزام به انجام عین تعهد به معنای ناکارایی پرداخت خسارات است؛ لیکن در مثال دوم، ناکارایی پرداخت خسارات روشن به نظر می‌رسد.

البته در حقوق ایران به گونه‌ای دیگر چالش فرصت‌گرایی به وسیله متعهد پیش می‌آید؛ زیرا تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد موجب می‌شود تا از الزام قانونی متعهدله به طرح دعوی انجام عین تعهد به شرح پیش‌بینی شده در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی و اطاله دادرسی در دادگاه‌ها در رسیدگی به دعاوی سوءاستفاده‌کننده و جهت امکان فسخ ابتدایی قرارداد خواسته‌های خود را به متعهدله تحمیل نماید؛ درحالی‌که پیش‌بینی انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر، فرصت مدیریت تبعات ناشی از نقض قرارداد را به متعهدله می‌دهد و زمینه بروز این‌گونه سوءاستفاده‌ها را از بین می‌برد و درنهایت، از انباشت فراوان پرونده‌های مربوط به نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد در دادگاه‌ها جلوگیری می‌کند.

۳- راهکارهای رفع چالش‌های تقدم انجام عین تعهد

پس از مطالعه چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات از منظر اقتصادی، باید به بررسی راهکارهای رفع چالش‌های یادشده بپردازیم. راهکارهای اقتصادی رفع این‌گونه چالش‌ها، نگرش تخصصی به قراردادها بر اساس ویژگی آن‌ها (عادی، تجارتي و

مصرفی) یا درونی سازی هزینه‌های خارجی ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی و شیوه‌های حل و فصل اختلافات قراردادی است.

۱- ۳- نگرش تخصصی به قراردادها بر اساس ویژگی آن‌ها در تقدم انجام عین تعهد از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، امکان تعریف بازارهایی شبیه بازار اقتصادی برای ضمانت اجرای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد وجود دارد. در بازارها، انعقاد قرارداد بسته به اراده طرفین آن است و عموماً تمام منافع و هزینه‌های قرارداد به طرفین برمی‌گردد و به سایر اشخاص جامعه منتقل نمی‌شود که به آن «اصل نسبی بودن قراردادها» می‌گویند؛ بنابراین، از جمله راه‌حل‌های رونق و شکوفایی این بازارها، «درونی سازی هزینه‌های خارجی ضمانت اجرای قراردادی»^۱ است که از این پس برای رعایت اختصار به آن درونی سازی ضمانت اجراها گفته می‌شود. از آنچه استادان تحلیل اقتصادی حقوق گفته‌اند،^۲ می‌توان برداشت کرد که هزینه‌های خارجی ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی هزینه‌هایی است به واسطه اجرای آن‌ها برای متعهدله و جامعه وارد می‌شود و قوانین باید به نحوی پیش‌بینی گردند که هزینه‌های ناشی از نقض تنها به متعهد تحمیل شود. با وجود این، وضعیت فعلی حقوق ایران (لزوم طرح دعوی اجبار به انجام عین تعهد برای اثبات تعذر اجرای آن و سپس فسخ قرارداد به شرح مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی)^۳ به نحوی است که هزینه‌های خارجی اجرای تعهدات را به متعهدله و جامعه وارد می‌کند و مانع رفاه اجتماعی و تخصیص کارای منابع می‌شود.^۴

1. Internalize Externalities of Remedies.

2. Miceli, Thomas J., op.cit, p 107; Cooter, Robert & Ulen, Thomas, op.cit, p 39-40.

۳. همان‌گونه که مطابق رأی شعبه ۲۰۹ دادگاه حقوقی تهران: «دادگاه عنایتاً به مجموع اوراق و محتویات پرونده و صرف نظر از صحت و سقم ماهیت موضوع خواسته، نظر به این که شرط مندرج در سند رسمی تنظیمی در خصوص حق انتفاع خوانده در پلاک ثبتی ۲۷۷۹۳ فرعی از ۱۲۴ اصلی مفروز و مجزا شده از ۲۳۲۳ فرعی واقع در بخش ۱۱ تهران، از نوع شرط فعل می‌باشد و مطابق مقررات مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی، خواهان می‌بایست ابتدائاً، الزام مشروط‌علیه به انجام شرط را از دادگاه درخواست و تقاضا نماید و بنابراین دعوی خواهان صرف نظر از صحت و سقم ماهیت آن، به دلیل اینکه خواهان الزام مشروط‌علیه را از دادگاه درخواست و تقاضا ننموده است، قابل استماع نمی‌باشد». البته شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۵۸۴ مورخ ۹۱/۶/۱۳ رأی دادگاه نخستین را عیناً تأیید کرده است.

۴. به منظور مطالعه درونی سازی هزینه‌های خارجی در زمینه مسئولیت مدنی و راهکارهای ارائه شده در این خصوص ر.ک. بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۶، ۱۳۸۳، ص ۸۵-۹۱.

بنابراین، شیوه‌های مختلفی برای درونی سازی ضمانت اجرای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد قابل پیش بینی است که این شیوه‌ها را مطالعه می‌کنیم.

الف- قانون گذار باید بین قراردادهای مصرفی یا مصرف کننده، تجارتي و عادی تفاوت گذارد: در قراردادهای مربوط به مصرف کننده، حمایت از مصرف کنندگان ایجاب می‌کند تا آنها به محض این که عرضه کنندگان کالا و خدمات موضوع قرارداد را مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات تسلیم نکنند، مصرف کنندگان اختیار فسخ قرارداد را داشته باشند. هم چنین، در صورتی که کالاها و خدمات مورد تسلیم منطبق با شرایط و ضوابط گفته شده نباشد، مصرف کنندگان بتوانند هم زمان یکی از ضمانت اجرای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد را اجرا کنند.

بنا به چنین ملاحظاتی، ماده ۲ قانون حمایت از مصرف کنندگان سال ۱۳۸۸ اعلام می‌کند: «کلیه عرضه کنندگان کالا و خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسئول 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 می‌تواند معامله را فسخ کند یا ارزش کالای معیوب و سالم را مطالبه کند و فروشنده موظف است پرداخت کند...»^۱ البته با توجه به این که در ماده بالا، چنانچه موضوع معامله کلی باشد و عیب داشته یا منطبق با شرایط تعیین شده نباشد، مشتری تنها می‌تواند عوض سالم را از فروشنده بخواهد، به نظر می‌رسد که چنین مقرره‌ای 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 برای مشتری پیش بینی کند.

۱. همان طور که ملاحظه می‌شود، ماده ۲ قانون حمایت مصرف کنندگان در خصوص فرض اساسی ای که متعهد از تحویل موضوع معامله خودداری می‌کند، مقرراتی پیش بینی نکرده است و فرض های آن ماده، مربوط به تخلف از انجام تحویل موضوع معامله منطبق با مندرجات در قوانین یا قرارداد یا شرایط عرف می‌شود؛ بنابراین، برای به دست آوردن حکم فرض اساسی یاد شده، چاره‌ای جز رجوع به مقررات عمومی (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) نیست؛ در حالی که اعتقاد به تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد با مبانی حمایت از حقوق مصرف کنندگان سازگاری ندارد و پیش بینی مقررات ویژه‌ای در این زمینه ضروری است.

ب- در قراردادهای تجارتي، اصل سرعت در معاملاتي تجارتي و لزوم هماهنگي با مقتضيات روز دنياي تجارت ايجاب مي کند، قانون گذار اجرائ هم زمان يکي از ضمانت اجرائ الزام به انجام عين تعهد و فسخ قرارداد را پذيرد. منطقي به نظر نمي رسد که تاجري براي فسخ قرارداد، ابتدا مکلف به طرح دعواي انجام عين تعهد باشد و سپس در صورت اثبات تعذر اجرائ آن به وسيله حکم قطعي، بتواند قرارداد را فسخ کند.

ج- در قراردادهای عادی، باید در قراردادهای انتقال مالکیت (مانند فروش کالاهای موجود)، اصل بر انجام عين تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات باشد، همان طور که مطابق ماده ۴۲ قانون اجرائ احکام مدني: «هرگاه محکوم به عين معين منقول يا غير منقول باشد و تسليم آن به محکوم له ممکن باشد، دادورز (مأمور اجرا) عين آن را گرفته و به محکوم له مي دهد».

در قراردادهای سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات، متعهدله در انتخاب بين الزام به انجام عين تعهد و فسخ قرارداد اختيار داشته باشد. بايد توجه داشت که متعهدله نمي تواند در عمل هر دو ضمانت اجرائ انجام عين تعهد و فسخ قرارداد و پرداخت خسارات را بخواهد؛ در اين صورت، دادگاه دعواي او رد خواهد کرد.

البته چنانچه در اين گونه قراردادها، اجرائ تعهد به دلایل فني مانند گران شدن بیش از حد متعارف لوازم انجام عين تعهد پس از انعقاد قرارداد قابل توجه نباشد، قانون گذار فسخ قرارداد را برای متعهد نیز پیش بيني کند.

۲- ۳- استفاده از روش های جایگزین و مراجع مختلف در رسيدگی به اختلاف
از نظر تحليل اقتصادي حقوق، شيوه های رسيدگی و فرايند حل و فصل اختلافات بايد به گونه ای پیش بيني شوند که هزینه های اجتماعي فيصله دادن به دعواي را کاهش دهند و طرفين اختلاف با کم ترين هزینه و با گذشت زمان کوتاهی از بروز اختلاف به مطلوب خود از اقامه دعوا برسند که در اصطلاح به آنها ايجاد انگيزه سازنده در اشخاص براي اقامه دعوا مي گویند.^۱
البته بیش ترين تلاش تحليل اقتصادي شيوه های رسيدگی در «دروني سازی آيين دادرسي و فرايند حل و فصل اختلافات» است که بايد هزینه های خارجي اقامه دعواي مربوط به عدم انجام

۱. Shavell, Steven, "Economic Analysis of Litigation and Legal Process", Harvard Law School, No. 404, 2003, p 1.

تعهدات قراردادی به خود متعهد و نه متعهدله و جامعه تحمیل شود. یکی از راهکارهای این درونی‌سازی یا به بیان برخی نویسندگان کارآیی و ایجاد انگیزه در دادرسی^۱، استفاده از روش‌های جایگزین و گوناگون رسیدگی‌های قضایی است و می‌توان الگوهای اقتصادی مختلفی در این باره پیشنهاد داد.

بنابراین، یکی از این الگوها، وجود چند مرجع مختلف برای رسیدگی به اختلاف واحد است که خواهان می‌تواند یکی از آن‌ها را انتخاب کند. با وجود این، از دقت در چالش رسیدگی هیات منصفه به خوبی برداشت شد که تلقی انجام عین تعهد به عنوان ضمانت اجرای عمومی نقض تعهدات قراردادی در حقوق آمریکا موجب می‌شود که متعهدله تنها حق مراجعه به دادگاه را داشته باشد و بتحمل هزینه‌های گزاف، به جای الزام به انجام عین تعهد با حبس یا جزای نقدی متعهد یا هر دو آن‌ها روبه‌رو شود؛ زیرا با فرض تلقی انجام عین تعهد به عنوان قاعده عمومی، امکان طرح دعوی پرداخت خسارات به وسیله متعهدله وجود ندارد تا او بتواند به هیات منصفه رجوع کند.

باید افزود که در نقض تعهدات قراردادی، حقوق ایران به گونه دیگری با درونی‌سازی آیین دادرسی و فرایند حل و فصل اختلافات تعارض دارد و موجب تحمیل هزینه‌های خارجی اقامه دعوا به متعهدله و جامعه می‌شود؛ زیرا وقتی می‌توان از تکامل درونی‌سازی آیین دادرسی سخن گفت که قانون‌گذار علاوه بر پیش‌بینی مراجع مختلف برای حل اختلاف واحد، خواهان را در طرح دعوا ملزم به انتخاب عنوان خواسته از قبل پیش‌بینی شده نکرده باشد. پس وضعیت فعلی مقررات حقوق ایران (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) با درونی‌سازی هزینه‌های خارجی مربوط به اقامه دعوی الزام به انجام عین تعهد هماهنگی ندارد؛ زیرا با لزوم طرح ابتدایی دعوی الزام به انجام عین تعهد، قانون‌گذار هزینه‌های خارجی را به جای متعهد به متعهدله و جامعه تحمیل کرده است که با تخصیص کارای منابع و افزایش ثروت اجتماعی تعارض دارد و باعث شکست بازار می‌شود.

نتیجه‌گیری

پس از مطالعه موارد فرایند اجرایی، هنجارهای اجتماعی، اشتباه قضایی، رسیدگی هیات منصفه، مقابله با خسارات و فرصت‌گرایی به عنوان چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد، به

1. Cooter, Robert and Rubinfeld, Daniel L., "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution", Journal of Economic Literature, Vol. XXVII, 1989, p 1071).

این نتیجه رسیدیم که از نظر تحلیل اقتصادی بیش تر چالش‌های یادشده قابل پذیرش نیستند و دو نوع ایراد به آن‌ها وارد به نظر می‌رسد: نخست) ایراد عمومی: منظور ایرادی است که در خصوص کلیه چالش‌ها قابل طرح است و اختصاص به یک چالش ندارد؛ بنابراین، ایراد عمومی تمام چالش‌ها، عدم تمایز در زمینهٔ ویژگی قراردادها (مصرفی، تجارتي و عادی) در بررسی کارآیی تقدم انجام عین تعهد است. در واقع، چالش فرایند اجرایی، تنها ناظر به تعهدات قائم به تخصص متعهد است و در این تعهدات مسائل اجرایی پیچیده‌ای پیش می‌آید و چالش‌های مقابله با خسارات و فرصت‌گرایی نیز در تعهدات غیر قائم به تخصص متعهد یا قراردادهایی که موضوع آن‌ها کلی است و مانند و مشابه فراوان در بازار دارند، قابل طرح است. البته چالش‌های اشتباه قضایی و رسیدگی هیات منصفه اساساً مختص نظام حقوقی آمریکا است. در نهایت، تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات چه در قراردادهای که موضوع آن‌ها مانند فراوان در بازار دارند و چه ندارند، با عرف اجتماعی هماهنگ نیست. دوم) ایراد اختصاصی که ویژه بعضی از چالش‌ها است. برای مثال، چالش فرایند اجرایی به گونه‌ای دیگر در سایر ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی قابل تصور است. چنانکه در پرداخت خسارات احتمال دارد دارایی متعهد برای جبران ضررهای متعهدله کافی نباشد و برای متعهدله در جبران کامل خسارت مشکل ایجاد کند.

راهکاری که برای رفع چالش‌های یادشده طرح کردیم و قانون‌گذار نیز می‌تواند از آن در اصلاح و تعدیل مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی استفاده کند، نگرش تخصصی به قراردادها بر اساس ویژگی آن‌ها در تقدم داشتن یکی از ضمانت‌اجرای انجام عین تعهد یا فسخ قرارداد است. پس پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در قراردادهای مصرفی و تجارتي اختیار فسخ ابتدایی قرارداد را برای متعهد پیش‌بینی کند و در قراردادهای عادی نیز، در قراردادهای انتقال مالکیت (از قبیل فروش کالاهای موجود و در دسترس)، اصل با تقدم انجام عین تعهد باشد و در قراردادهای سفارش و ساخت کالاها و عرضه خدمات، متعهدله حق انتخاب یکی از ضمانت‌اجرای انجام عین تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر را داشته باشد. نتیجه‌ای که از نگرش تخصصی پیشنهادی به دست می‌آید، این است که هزینه‌های ناشی از نقض تعهدات قراردادی درونی - سازی می‌شود و در خود قرارداد و به وسیله طرفین آن مدیریت می‌شود و به دلیل استفاده بهینه از منابع و افزایش ثروت اجتماعی، پیامدهای اقتصادی سازنده‌ای دارد و موجب تحقق رضایت اشخاص در حوزه ضمانت‌اجرای نقض تعهدات قراردادی می‌شود.



منابع

فارسی

- الفت، نعمت‌الله و صفایی، حسین، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، حقوق تطبیقی دانشگاه مفید، ج ۵، ش ۲، (۱۳۸۹).
- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۷، (تهران: کتاب‌فروشی اسلامیّه، ۱۳۶۸).
- انصاری، مهدی، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، چ ۲، (تهران: انتشارات جاودانه - جنگل، ۱۳۹۳).
- بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۶۶، (۱۳۸۳).
- _____، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۶۲، (۱۳۸۲).
- دادگر، یدالله، درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، چ ۲، (تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم، ۱۳۹۰).
- _____، «پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۳، (۱۳۸۵).
- داراب‌پور، مهرباب، قاعده مقابله با خسارات، چ ۱، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷).
- دارویی، عباسعلی، «فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، سال ۶، ش ۱۰، (۱۳۹۳).
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته، ج ۱، چ ۱۱، (تهران: انتشارات دراک: ۱۳۸۵).
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات، ج ۳، چ ۶، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳).
- صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد باوجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳، ش ۴، (۱۳۸۸).
- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۴ (اجرای قرارداد)، چ ۸، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳).

**English sources**

- Cavendish Law cards Series. (2004). *Contract Law*, 4thed, London. Sydney. Portland. Oregon: Cavendish Publishing Ltd.
- Cooter, Robert and Rubinfeld, Daniel L. (1989). “*Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*”, Journal of Economic Literature, Vol. XXVII.
- Cooter, Robert and Ulen, Thomas. (2012). *Law and Economics*, 6thed, the United State of America: Library of Congress Cataloging in _ Publication Data.
- Eisenberg, Melvin 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.
- GAROUPA, NUNO. (2003). *An Economic Analysis of Criminal Law*, Portugal.
- Kronman, Anthony T. (1978). “*Specific Performance*”, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series.
- Miceli, T.J. (1997). *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, New York: Oxford University Press.
- Posner, Eric A. (2002). *Law and Social Norms*, 2thed, the United State of America: Harvard University Press, 2002.
- Posner, Richard A. (1985). “*An Economic Theory of the Criminal Law*”, Columbia Law Review, Vol. 85, No. 6.
- Schmitt, Michael A. and Pasterczyk, Michael. (1976). “*Specific Performance under the Uniform Commercial Code – Will Liberalism Prevail?*” DePaul Law Review, Vol. 26.
- Schwartz, Alan. (1979). *the Case for Specific Performance*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series.
- Shavell, Steven. (1986). “*the Judgment Proof Problem*”, International Review of Law and Economics, 6 (45-58).
- Shavell, Steven. (2003). “*Economic Analysis of Litigation and Legal Process*”, Harvard Law School, No. 404.
- Shavell, Steven. (2005), “*Is Breach of Contract Immoral?*”, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, Discussion Paper No. 531.
- Shavell, Steven. (2006). “*Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*”, Texas Law Review, Vol. 84, No. 4.
- Wittman, Donald. (2006). *Economic Foundation Law and Organization*, 1thed, New York: Cambridge University Press.