

Research Paper

Trademark and requirements arising from public order, good morals and Religious Law

Hadi Seyedfazli ¹ , Mohammad Hossein Taghipour ²

1- Assistant Professor of Business Management Department, West Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2- Graduated from Master's, Department of private law, Shafaq Institute of Higher Education, Tankabon, Iran.

Receive:

22 July 2024

Revise:

26 August 2024

Accept:

31 August 2024

Published online:

21 September 2024




Keywords:

trademark,
public order
good manners
Industrial property.

Abstract

A trademark is a sign that distinguishes the origin of the goods and services of a commercial enterprise from the similar goods and services of another enterprise. The consumer considers the trademark as a guide to trust the quality of the particular product and service. A trademark benefits from all or some legal protection when it is registered in the Industrial Property Office. Trademark registration is subject to all legal requirements. One of the conditions that the Law of Patents, Industrial Designs and Trademarks of the Islamic Republic of Iran deems necessary to register a trademark of the applicant is that the trademark does not conflict with public order and morals (in the general sense of the word). Public order and good manners are among the terms that have not been defined clearly. These concepts are a bit more complicated when it comes to trademarks; Because, on the one hand, the trademark and its contents by themselves can be against public order and good morals, and on the other hand, the trademark itself may not be against public order, but the goods and services that the trademark refers to are among the prohibited goods.

Please cite this article as (APA): Seyedfazli, H & Taghipour, M. (2024). Economic analysis of the transaction. *Journal of Business law and economics*, (1) 1, 99-116.

Sponsored by: Institute of Somamos Publications	https://doi.org/10.22034/jble.2024.208171	
Corresponding Author: Hadi Seyedfazli	https://orcid.org/0009-0009-0389-5851	
Email: Seyedfazli.hadi@wtiau.ac.ir	This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License .	

مقاله پژوهشی

علامت تجاری و الزامات ناشی از نظم عمومی، اخلاق حسنه و موازین شرعی

هادی سیدفضلی^۱ ID، محمد حسین تقی پور^۲

- ۱- استادیار، گروه مدیریت بازرگانی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
 ۲- دانش آموخته کارشناس ارشد حقوق خصوصی موسسه آموزش عالی شفق، تنکابن، ایران.

<p>چکیده</p> <p>علامت تجاری نشانه‌ای است که سبب تمیز مبدأ کالاها و خدمات یک بنگاه تجاری از کالاها و خدمات مشابه بنگاه دیگر می‌گردد. مصرف‌کننده، علامت تجاری را راهنمایی برای اعتماد کردن به کیفیت کالا و خدمت خاص می‌داند. علامت تجاری هنگامی از تمام یا برخی از حمایت‌های قانونی بهره‌مند می‌شود که در اداره مالکیت صنعتی، ثبت‌گردد. ثبت علامت تجاری منوط به جمع بودن شرایط قانونی است. یکی از شرایطی که قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری جمهوری اسلامی ایران، برای ثبت علامت تجاری شخص متقاضی لازم می‌داند، عدم تنافی علامت تجاری با نظم عمومی و اخلاق حسنه (به معنای عام کلمه) است. نظم عمومی و اخلاق حسنه از جمله اصطلاحاتی هستند که تعریف مشخصی از آن‌ها ارائه نشده است. این مفاهیم در مورد علائم تجاری، کمی پیچیده‌تر هستند؛ زیرا از سویی علامت تجاری و محتویات آن به خودی خود می‌تواند خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد و از سویی دیگر ممکن است خود علامت تجاری مغایرتی با نظم عمومی نداشته، لیکن کالاها و خدماتی که علامت تجاری ناظر به آن است، جزء کالاهای ممنوع باشد.</p>	<p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۱</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۰۵</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۰</p> <p>تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۶/۳۱</p> <p>کلید واژه‌ها: علامت تجاری، نظم عمومی، اخلاق حسنه، مالکیت صنعتی.</p>
---	--

لطفاً به این مقاله استناد کنید (APA): سیدفضلی، هادی؛ تقی پور، محمد حسین. (۱۴۰۳). علامت تجاری و الزامات ناشی از نظم عمومی، اخلاق حسنه و موازین شرعی، *دانشنامه حقوق کسب و کار و اقتصاد*، ۱۱(۱) ۹۹-۱۱۶.

	https://doi.org/10.22034/jble.2024.208171	تحت حمایت: موسسه انتشاراتی ساماموس
	https://orcid.org/0009-0009-0389-5851	نویسنده مسئول: هادی سیدفضلی
	این مقاله تحت شرایط https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.fa قابل بازنشر است.	ایمیل: Seyedfazli.hadi@wtiau.ac.ir



مقدمه

بررسی تاریخ تحول حقوق قراردادهای حاکی از آن است که می‌توان مکتب‌های ناظر بر حقوق معاملاتی را به چهار گروه سنتی، ارشادی، حقوق بشری و اقتصادی، دسته‌بندی نمود. از دیدگاه مکتب سنتی، انعقاد قرارداد زمانی صورت می‌گیرد که اراده‌های طرفین با هم برخورد کنند و به صورت یک اراده مشترک درآیند. این مکتب، یک نگاه بسیار خشک و ابتدایی را نسبت به مفهوم ایجاب در نظر دارد: ایجاب، برای این که معتبر باشد باید کامل و حاوی تمام شرایط اساسی و جوهری انعقاد عقد باشد. علاوه بر این، برای انعقاد قرارداد، ایجاب باید به طور کامل پذیرفته شود و هر نوع پاسخ به آن، رد ایجاب محسوب می‌شود. همین که ایجاب پذیرفته شود، علی‌الاصول، اثر عقد حاصل می‌شود و نیازی به تشریفات دیگر نیست. البته، اراده طرفین نباید معیوب باشد و مهمترین عیوب اراده عبارتند از اشتبا، تدلیس و اکراه.

از دیدگاه مکتب سنتی، قرارداد در مرحله تفسیر، قانون طرفین به شمار می‌رود و طرفین ملزم به توافق خود هستند. در نتیجه دادرسی در مقام تفسیر وظیفه دارد به طور دقیقی مفاد قرارداد را به کار گیرد. در این مکتب یک اصل راهبردی وجود دارد که از تعریف عقد و شیوه‌های انعقاد آن ناشی می‌شود: دادرسی باید قصد مشترک طرفین را برای تعیین قلمرو دقیق همکاری قراردادی در نظر گیرد. از یک سو، دادرسی باید اراده واقعی را در بررسی قصد مشترک، مورد توجه قرار دهد و از سوی دیگر، باید اراده طرفین را در زمان واحد و مشخص که همان زمان انعقاد قرارداد است، بررسی نماید. یعنی فرض می‌شود که در این زمان اراده‌ها با هم برخورد نموده‌اند.

نظریه سنتی در مرحله سقوط و تعدیل قراردادهای، انعطاف کمتری دارد، زیرا قرارداد را ساخته طرفین می‌داند که طرفین آن نمی‌توانند از اجرای آن امتناع ورزند؛ تنها بر مبنای نظریه حوادث پیش‌بینی نشده، اجازه تعدیل قرارداد، داده شده است. بر اساس مکتب ارشادی، دولت مجاز است در روابط خصوصی مردم، دخالت کند. دولت برای برقراری تعادل معین بین طبقات اجتماعی، حمایت از طرف ضعیف یا به منظور دیگری که نفع عمومی دارند، در روابط قراردادی دخالت می‌نمایند. از این نظر، مفهوم قرارداد ارشادی ناظر به عقدی است که قانون‌گذار شروط آمرانه معینی را بر طرفین آن تحمیل می‌کند. این شروط، خودبه‌خود و بدون این که طرفین بتوانند برخلاف آنها توافق کنند، بر آنان تحمیل می‌شود. برای نمونه، قراردادهای کار، مصرف و بیمه از این نوع قراردادها هستند. در این قراردادهای، طرفین تنها در پذیرش قرارداد آزادند و مفاد پیمان توسط قانون تعیین می‌شود. در صورتی که در جریان اجرای قرارداد، مسأله‌ای پیش آید، طرفین برای تعیین قلمرو تعهدات متقابل خود باید به قانون مراجعه کنند. به این ترتیب، دادرسی برای تفسیر یک قرارداد، نه به قصد مشترک طرفین، بلکه به قانون و اهداف آن مراجعه می‌کند. در فرضی هم که قانون راه‌حلی ندارد، دادرسی به عنوان قانونگذار واقعی و مهندس اجتماعی عمل می‌کند و راه‌حلی را بر پایه تعادل منافع طرفین بر می‌گزیند.

۲- اهداف و اصول اقتصادی قراردادها

تحلیل اقتصادی حقوق در وهله‌ی اول به توصیف قواعد حقوقی می‌پردازد و در صورت ناکارآمدی آن قواعد، براساس مبنا و اهداف اقتصادی آن‌ها، به تجویز قواعد کارآمد اقدام می‌کند. بر این اساس، پس از روشن شدن ناکارآمدی نگاه سنتی به مورد معامله و به منظور تبیین اقتصادی آن، ابتدا اهداف و اصول اقتصادی قراردادها مورد بررسی قرار می‌گیرد.



۱-۲- اهداف اقتصادی حقوق قراردادهای

۱-۱-۲- اجرای معاملات کارآمد

از نظر اقتصادی، حقوق قراردادهای باید به گونه‌ای طراحی شوند که به موجب آن‌ها، صرفاً قراردادهایی اجرا شوند که از نظر اجتماعی کارآمد هستند. در صورتی که هزینه‌ی اجرا از نظر متعهد، مورد محاسبه قرار گیرد، مدیون از نظر منطقی به این صورت عمل می‌کند که اگر هزینه‌ی اجرا برای او بیشتر از هزینه‌ی وارد به او در اثر نقض قرارداد باشد، قرارداد را نقض خواهد کرد؛ ولی اگر هزینه‌ی اجرا کمتر از هزینه‌ی نقض باشد، قرارداد را اجرا می‌کند. در حقیقت، مدیون در صورتی انگیزه کارآمد برای اجرای قرارداد دارد که هزینه‌ی وارد بر او در صورت نقض قرارداد برابر با سودی است که طرف دیگر در صورت نقض از دست خواهد داد. این وضعیت، در مورد نقض قرارداد، طلبکار را در موقعیتی قرار می‌دهد که گویی قرارداد اجرا شده است. دیگر نقش اقتصادی مهم حقوق معاملات، تنظیم مجموعه‌ای از عوامل معافیت در اجرای قرارداد است به گونه‌ای که اجرای قراردادهای کارآمد مورد تشویق قرار گیرند و از اجرای قراردادهای ناکارآمد جلوگیری کند. برخی از نویسندگان بر این باور هستند که قراردادهایی که از معیار برتر پارتو برخوردار نباشند، کارآمد نیستند. در صورت رعایت این معیار، دست کم شرایط یکی از طرفین بهبود می‌یابد و طرف دیگر هم زیانی نمی‌بیند (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۴۹-۱۵۰).

۲-۱-۲- مبارزه با فرصت‌طلبی

یکی دیگر از اهداف حقوق قراردادی، مبارزه با فرصت‌طلبی در قراردادهایی است که تعهدات طرفین به طور همزمان اجرا نمی‌شود. زیرا در چنین مواردی امکان دارد یکی از طرفین پس از دریافت سهم قراردادی، از انجام تعهد خودداری ورزد. در این مورد، قانون مدنی در ماده ۳۷۷ مقرر می‌دارد: «هریک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود...».

برخی از حقوقدانان، مبنای حق حبس را ناشی از قصد متعاملین دانسته‌اند بدین نحو که هر یک از متعاملین، تملیک و تعهدی در مقابل تملیک و تعهد دیگری می‌نماید (امامی، ۱۳۸۴: ۱۴۰). یکی دیگر از اساتید حقوقی مبنای حق حبس را بنای طرفین و اقتضای عرفی معاوضه دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۴۰). هرچند که اساتید حقوقی مبنای حق حبس را ناشی از بنای ضمنی طرفین و عدالت معاوضی دانسته‌اند، با وجود این، به نظر می‌رسد توجیه اقتصادی این ماده بر توجیه سنتی غلبه دارد. زیرا حق حبس به عنوان قاعده عمومی در قراردادهای معوض، از فرصت‌طلبی طرفین جلوگیری می‌کند. علیرغم این مزیت اقتصادی، به نظر می‌رسد گروکشی، صرفاً ابزاری جهت جلوگیری از ضرر است نه وسیله جلب منفعت و اجرای معاملات کارآمد. قواعد معاملاتی باید به گونه‌ای طراحی شوند تا ضمن جلوگیری از فرصت‌طلبی، به اجرای قراردادهای کارآمد هم کمک کنند.

۳-۱-۲- کاستن از هزینه‌های معاملاتی

از دیدگاه اقتصادی، هزینه‌های معاملاتی یکی از مهم‌ترین موانع تمایل به تشکیل یا اجرای معامله و همچنین از علل ناکارآمدی معاملات است.

در علم اقتصاد، منظور از هزینه‌های معاملاتی هزینه انجام یک مبادله اقتصادی است. قیمت مورد معامله، هزینه حمل و نقل هرگونه موضوع مادی، هزینه‌ی پیدا کردن طرف معاملاتی، هزینه‌های گفتگو و چانه‌زنی، هزینه‌های کسب اطلاعات، نگارش و



تنظیم قرارداد، وقتی که صرف خرید می‌شود، هزینه‌های اجرا و هزینه‌هایی از این دست، گاهی اوقات، فرد را از تشکیل یا اجرای معامله‌ای کارآمد منصرف می‌کند.

در برخی موارد هم که اجرا صورت می‌گیرد، بدلیل هزینه‌های بسیار بالا، بر منفعت معامله غلبه پیدا می‌کند و مانع تحقق کارایی می‌شود، از اینرو قواعد معاملاتی باید در جهت کاستن از این هزینه‌ها تبیین شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۳).

پذیرش قراردادهای ناقص، یعنی قراردادهایی که توافق در تمامی زمینه‌ها و جزئیات آن الزامی نیست؛ می‌تواند یکی از مهم‌ترین تمهیدات در این راستا باشد. اگر به لحاظ حقوقی، طرفین مجاز باشند صرفاً بر سر مسائل اساسی عقد به توافق برسند و درباره مسائل جزئی به چانه‌زنی و گفتگو نپردازند بلکه تکمیل قرارداد را به عرف و بازار یا قانون واگذار نمایند، بسیاری از این هزینه‌ها محو خواهد شد.

۲-۱-۴- بازداری طرفین از بی احتیاطی در فرآیند معامله

یکی دیگر از هدف‌های حقوق قراردادی از دیدگاه اقتصادی، بازداشتن از بی احتیاطی در فرآیند عقد است که موجب اعتماد زیان‌بار می‌شود و این اعتماد از نظر اقتصادی، روا نیست. بنابراین در طراحی قواعد مربوط به نقض تضمینات آشکار یعنی تدلیس، اشتباه قراردادی و غیره، حقوق، باید مسئولیت ناشی از پیامدهای منفی را به طرفی منتقل سازد که با رعایت احتیاط‌های هزینه‌بخش، می‌توانست از وقوع آن حادثه زیان‌بار جلوگیری کند یا مسئولیت را بیمه کند. در این زمینه ماده ۳۸۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...». در توجیه مبنای این ماده بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را موافق قاعده و مبتنی بر تراضی طرفین و ساختمان معاوضی عقد می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۱۴) و برخی آن را خلاف قاعده و حکم استثنایی دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۴: ۱۴۳). با رعایت ملاحظات اقتصادی معلوم می‌شود که حکم ماده ۳۸۷ استثنایی نیست زیرا شخصی که مال به او تسلیم شده بهترین شخص، برای تحمل ضرر است و با کمترین هزینه می‌توانست از ورود ضرر جلوگیری یا آن را بیمه کند.

۲-۱-۵- اصول اقتصادی قراردادها

۱- نقطه‌ی آغاز تحلیل‌های اقتصادی معاملات، این فرض است که معامله برای طرفین سودمند است. به این دلیل طرفین وارد قرارداد می‌شوند که از آن سود می‌برند. در زمان انعقاد قرارداد، فرض بر این است که هر یک از طرفین ارزش تعهد طرف دیگر را بیشتر از هرگونه تعهد جایگزین دیگری می‌دانند.

۲- نگرش اقتصادی با این فرض آغاز می‌شود که قراردادهای ناقص در دنیای واقعی به طور کلی با هزینه‌ها و ابهامات معاملاتی سازگاری کارآمدی دارند. آینده مبهم است و هر قراردادی که رکنی مربوط به آینده داشته باشد دارای ابهام می‌شود، بنابراین قدری انعطاف معاملاتی ضروری به نظر می‌رسد. الزام به تعیین تمامی جزئیات در قرارداد توسط طرفین این انعطاف را از قرارداد می‌گیرد. نظریه قرارداد ناقص ضمن کاهش هزینه‌های معاملاتی، انعطاف لازم را به معامله اعطا می‌کند.

۳- بازارهای کالاها و خدمات به طور کلی کارآمد هستند. این فرض بویژه در موردی که بازار رقابتی باشد، قوی به نظر می‌رسد و این تضمین وجود دارد که منابع و کالاها به شخصی منتقل می‌شوند که بیشترین ارزش را برای آن‌ها می‌شناسد.

۴- برای تعیین شروط قراردادی، طرفین به چانه‌زنی و مذاکره نمی‌پردازند، بلکه شروط قرارداد بوسیله نیروهای بازار تعیین می‌شوند. در بازارهای رقابتی، در تعیین مفاد قراردادی و تک تک شروط آن، نیازی به مذاکره‌ی طرفین نمی‌باشد بلکه قیمت



و شروط قراردادی نتیجه‌ی تعامل بسیاری از عرضه‌کنندگان و خریداران بر سر هر کالا و منبع است. این شروط قراردادی بوسیله نیروهای بازاری غیرشخصی شکل می‌گیرند. علاوه بر این، در این بازار، منابع نسبتاً متجانسی وجود دارد، کالاها و خدمات بوسیله بسیاری از عرضه‌کنندگان و خریداران، عرضه و خریداری می‌شود. از سوی دیگر، گاهی درباره کیفیت کالا، اختلاف پیش می‌آید که از طریق بازار حل و فصل می‌شود.

۳- تحلیل اقتصادی تشکیل معامله

برای نخستین بار، رونالد کاوز، در مقاله‌ی «مسأله هزینه‌ی اجتماعی» با طرح مفهوم «هزینه‌های معاملاتی» به مطالعه‌ی اقتصادی انعقاد قرارداد پرداخت. اگرچه کاوز به صراحت به تبیین اقتصادی تشکیل معامله نپرداخته است ولی از نظر او معامله در بافتهای نهادی معینی تشکیل می‌شود و صرفاً با تکیه بر همین ساختارها و بسترها، می‌توان به تحلیل و مطالعه‌ی قرارداد پرداخت. از نظر اقتصادی، مطالعه‌ی این نهادها بدین جهت است که از یک سو تأثیراتی که عملاً بر معاملات داشته‌اند روشن شود و از سوی دیگر زمینه‌هایی که برای کارآمد ساختن قراردادها فراهم نموده و میتوان در جهت کارایی بیشتر، از آنها بهره برد، شناسایی شوند. کاوز، با تکیه بر مفهوم هزینه‌های اجتماعی، دو نهاد بازار و بنگاه را شناسایی می‌کند. علاوه بر این میتوان از سازمان تولید به عنوان نهادی که زمینه‌ی کارایی و تسهیل اجرای معاملات را فراهم آورده است؛ نام برد.

۳-۱- نقش بافتهای نهادی سازنده قراردادها در معاملات

۳-۱-۱- تکمیل قرارداد ناقص

یکی از مبانی نظری حقوق قراردادها در نظام حقوقی کامن‌لا و مکتب تحلیل اقتصادی، نظریه‌ی «قرارداد ناقص» است. مفهوم قرارداد ناقص، نخست در نظریه‌های حقوقی آمریکا مطرح شد و بوسیله مکتب تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی توسعه یافت. مبنای این نظریه، مطالعه قرارداد، در قالب علم اقتصاد و بویژه کارایی اقتصادی است. از دیدگاه حقوقی، قراردادی که دارای خلأ یا شکاف باشد، ناقص محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، در صورت عدم وجود شکاف قراردادی، از نظر تعهد، قرارداد، کامل محسوب می‌شود ولی از نظر اقتصادی حتی اگر مفاد قرارداد، کامل باشد، قرارداد ناقص محسوب می‌شود. نقص قراردادی ناظر به موردی است که مجموعه‌ای از تعهدات کارآمد برای هر یک از وضعیت‌های احتمالی آینده پیش‌بینی نمی‌شود (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۷۲). به نظر پاره‌ای از نویسندگان، مبنای نقص قراردادی، «هزینه‌های معاملاتی» است. در بسیاری موارد، هزینه‌های مذاکره بر سر توصیف معین از مورد معامله، هزینه‌های تنظیم قرارداد، هزینه‌های اجرا و... از منافع آن فراتر می‌رود و ضرر آن بیشتر از سودش می‌باشد، در نتیجه طرفین ترجیح می‌دهند، برای جلوگیری از هزینه‌های بالا، از این موارد چشم‌پوشی کنند. در نقطه‌ی مقابل، «بسیاری از محققان عقیده دارند که مبنای اصلی تنظیم قرارداد ناقص، محدودیت معلومات متعاقدين درباره‌ی آینده و به عبارت دیگر، ابهام در مورد آینده است. آن‌ها می‌دانند که توانایی جسمانی و فنی کافی برای پاسخگویی و پیش‌بینی تمام مسائلی که ممکن است قرارداد را در زمان اجرا متأثر سازد، در زمان انعقاد قرارداد در اختیار ندارند، چرا که آینده به طور ذاتی غیرقابل پیش‌بینی است. هر قراردادی که رکنی مربوط به آینده دارد، دارای احتمال است و با گذشت زمان، احتمال وقوع تغییراتی می‌رود که توسط متعاقدين پیش‌بینی نشده است. این حوادث می‌توانند حتی مبنای قرارداد را تغییر دهند. زیرا طرفین بدون علم به آینده، چنین قراردادی را از قبل تنظیم نموده‌اند و هرگز نمی‌توان انتظار داشت که قرارداد به صورت کامل تنظیم شود. بر این اساس، متعاملین نمی‌توانند ادعا کنند قراردادهایی که مفاد آن‌ها، از قبل مورد پیش‌بینی قرار گرفته، در محیطی که به صورت واقعی قرار



می‌گیرند، بهترین عقود ممکن هستند؛ از سویی عقل‌عامل‌های اقتصادی محدود است و از طرف دیگر آینده، مبهم است. در این صورت تنظیم قرارداد کامل به منظور تضمین خودداری هر یک از طرفین نسبت به انجام تعهد قراردادی با این خطر روبه‌رو است که احتمال دارد برخلاف پیامد مورد نظر طرفین باشد. در نتیجه اگر قرارداد، پس از انعقاد از نظر عملی مناسب نباشد، فرصت‌های زیادی برای عهدشکنی از ناحیه‌ی یکی از طرفین وجود دارد. الزام عهدشکن به اجرای قرارداد توسط شخص خارجی (داور یا دادرس) هم از نظر اقتصادی چند ایراد اساسی دارد: پرهزینه و همواره زمان‌بر است و گاهی نیز کارآمد نمی‌باشد (عقل محدود قضا، اطلاعات ناقص طرفین و...).

بنابراین قرارداد کاملی که در آن تعهدات طرفین نسبت به کلیه احتمالات آینده پیش‌بینی شده و احتمال تعدیل التزام‌های نخستین، وجود ندارد، به معنای حمایت از شروط ناکارآمد است. در این صورت تنها روش تعدیل قرارداد ناکارآمد، فسخ یک‌جانبه و به عبارتی عهدشکنی در قراردادی است که متعهد می‌پندارد در چنین تعهدی شکست خورده است.

پس تعهدات قراردادی باید انعطاف‌پذیر باشند یعنی طرفین مجاز باشند صرفاً در مورد مسائل اساسی معامله، توافق کرده و تکمیل تعهدات خود را براساس شرایط موجود به زمان اجرا موکول نمایند. از اینرو قرارداد ناقص به دلیل انعطاف‌پذیری، در مورد روابط طولانی‌مدت و دنیای مبهم، تضمین بیشتری نسبت به عقد کامل دارد. بدین‌سان در تحلیل اقتصادی معاملات، از نقص قراردادی و انعطاف‌پذیر تعهدات، حمایت می‌شود» (همان، ۱۷۹-۱۹۱).

مزیت دیگر قرارداد ناقص، عدم نیاز مراجعه به دستگاه قضایی است. زیرا فرض بر این است که قرارداد ناقص خوداجرایی است و نیازی به مراجعه به نهاد قضایی برای اجرای اجباری وجود ندارد. زیرا به هنگام اجرا، کارآمدترین روش برگزیده می‌شود و انگیزه‌ی عهدشکنی از طرفین گرفته می‌شود. بدین ترتیب نگرانی اصلی در تحلیل اقتصادی، کامل بودن قرارداد نیست. زیرا از یک سو، ناتوانی قضا و یا توان محدود آن‌ها حتی اجرای قرارداد کامل را هم دشوار می‌سازد و نفع طرفین هم در تنظیم قرارداد ناقص و انعطاف‌پذیر است و از سوی دیگر به لحاظ اقتصادی، همه‌ی قراردادها دارای نقص هستند و امکان تنظیم قرارداد کامل (از نظر اقتصادی) وجود ندارد. بنابراین آن‌چه برای اقتصاددان اهمیت دارد، کامل بودن قرارداد نیست بلکه مهم این است که از نظر نظام حقوقی برای تکمیل قرارداد ناقص چه قواعدی را باید اعمال نمود. در این زمینه برخی از نویسندگان، امکان مذاکره‌ی دوباره‌ی طرفین را پیشنهاد داده‌اند و جمعی هم برای رفع خلأ و تکمیل قرارداد، تکیه بر قواعد تکمیلی را مناسب می‌دانند به نظر می‌رسد استناد به قواعد تکمیلی، کارآمدتر از مذاکره‌ی مجدد باشد. زیرا همانگونه که بیان شد یکی از دلایل نقص قراردادی، هزینه‌های معاملاتی ناشی از هزینه‌های مذاکره است. بنابراین هرچند مذاکره مجدد، هزینه‌ی معاملاتی همچون مذاکره مقدماتی ندارد ولی هرگز این هزینه‌ها صفر نخواهد شد. از اینرو تکیه به قواعد تکمیلی که جز در صورت پیش‌بینی خلاف توسط طرفین، بدون هیچ‌گونه هزینه‌ای، تعهدات قراردادی طرفین را تعیین می‌کنند، از نظر اقتصادی کارآیی بیشتری نسبت به مذاکره‌ی مجدد دارد. در تعارض میان قواعد تکمیلی قانونی و قواعد تکمیلی عرفی - بازاری نیز قواعد تکمیلی عرفی مقدم است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۱). علاوه بر تقدم، قواعد تکمیلی عرفی نسبت به قواعد تکمیلی قانونی کارآمدتر نیز می‌باشند. بازار همواره به دنبال راه‌های کارآمد و کم‌هزینه در حال تغییر و تحول است و عرف شدن امری در بازار نشان از کارآمد بودن آن دارد. در معاملات بازاری بین خریدار و فروشنده تنها شروط کارآمد دوام می‌آورند بطوری‌که در بازار کامل، هیچ شرط قراردادی ناکارآمدی وجود ندارد اقتصاددانان معتقدند هر نوع شرط قراردادی که به مدّت زیادی در بازار باقی بماند، چنین شرطی بدون تردید کارآمد است. در چنین بازاری، تنها شروطی باقی می‌مانند که منافع خالص آن‌ها مثبت است.

تکمیل قرارداد ناقص توسط قواعد تکمیلی عرفی، راه‌حلی است که در قانون یکنواخت تجاری آمریکا پذیرفته شده است. به موجب ماده‌ی (۲-۳۰۵) این قانون، «طرفین می‌توانند قرارداد بیعی را در صورت تمایل منعقد نمایند که ثمن در آن تعیین نشده



است. در این صورت، ثمن متعارف در زمان تسلیم ملاک است...». در حقیقت، قیمت متعارف براساس قیمت بازاری تعیین می‌شود. براساس این ماده طرفین می‌توانند قرارداد ناقصی با نقص و ابهام در ثمن منعقد کنند و تکمیل آنرا به بازار واگذار نمایند. در ارتباط با این ماده باید گفت که نویسندگان قائل به وجود دو نوع ابهام و نقص قراردادی هستند: ابهام نخست در مورد ویژگی‌های مورد معامله و ثمن است و ابهام نوع دوم در مورد فرایند اجرای قرارداد در قراردادهایی است که بین زمان توافق و اجرا فاصله‌ی زمانی وجود دارد. در نظام حقوقی آمریکا، وجود هر دونوع ابهام در قراردادها مجاز شمرده شده است. براساس ماده ۳۰۵-۲ قانون یکنواخت تجاری، ابهام در ثمن و براساس ماده ۳۰۶-۲ ابهام در مقدار مورد معامله به رسمیت شناخته شده است. در توجیه علت جواز ابهام نوع اول در قراردادها، برخی از نویسندگان به قدرت نیروهای بازار در تعیین شروط و مفاد معاملات استناد کرده‌اند. به عقیده‌ی اینان، بازار یک نظام محاسباتی دارد که می‌تواند اوصاف مختلف مورد معامله را مورد ارزیابی قرار دهد؛ به گونه‌ای که در آغاز هرگونه پیشنهاد معامله را از ابهام خارج می‌سازد و سپس تضمین می‌نماید که کلیه‌ی عوامل داخل و خارج از معامله به طور کامل با خواست طرفین یکسان است یا در کلیه موارد با نیازهای طرفین مطابقت می‌نماید.

نظام حقوقی ایران گرچه در پذیرش قرارداد ناقص و تکمیل آن توسط قواعد تکمیلی عرفی و قانونی با نظام حقوقی آمریکا هماهنگ است ولی ظاهراً ابهام نوع اول را سبب غرری شدن معامله و بطلان آن می‌داند. ماده ۳۳۹ ق.م.د. درباره‌ی بیع که نمونه‌ی بارز عقود معوض است، اعلام می‌کند: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد به ایجاب و قبول، واقع می‌شود» یعنی کافی است که دو طرف درباره مقدار و جنس و وصف مبیع (ماده ی ۳۴۲ ق.م.د) و میزان بهای آن تراضی کنند تا عقد بیع واقع شود. نقد و نسیه بودن ثمن، تعیین محل تسلیم، ملاک تعیین مقدار مورد معامله، ضمان معاوضی و سایر مسائل (ابهام نوع دوم) تابع عرف و بازار و در مرحله‌ی بعد، قواعد تکمیلی قانونی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ش ۵۲۲). بنابراین مورد معامله یا ثمن نمی‌تواند مبهم باشد (ابهام نوع اول) و باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست یکی از متعاملین آن را بداند و دیگری به آن جاهل باشد یا بعداً معلوم شود، زیرا معامله‌ی مزبور غرری بوده و معامله‌ی غرری باطل است (امامی، ۱۳۸۴: ۲۱۳).

با وجود این، نشانه‌هایی از پذیرش ابهام نوع اول در حقوق ایران نیز به چشم می‌خورد. ماده ۲۱۶ ق.م.فرضی را مطرح ساخته که علم اجمالی به مورد معامله کافی است. یا در ماده ۵۳۶ در مورد جعله اعلام می‌کند که «در جعله، معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست...» ماده ۵۶۴ در همین رابطه مقرر می‌دارد که «در جعله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردّد و کیفیات آن نامعلوم باشد».

از سوی دیگر چنانچه برخی اشاره کرده‌اند، بعد از توافق طرفین، مهم‌ترین نقش در معلوم شدن مورد معامله و رفع ابهام از آن، برعهده‌ی عرف است (السان و منوچهری، ۱۳۸۵: ۱۸).

بنابراین حتی بعد از تعیین مقدار و جنس و وصف مبیع، مورد معامله کاملاً معلوم نیست و رفع ابهام از آن با عرف است. گذشته از همه‌ی این‌ها، برخی از فقهاء، به صراحت قرارداد ناقص مشتمل بر ابهام نوع اول را مجاز شمرده‌اند؛ صاحب حدائق، بیع به حکم مشتری و اسکافی، بیع به حکم فروشنده را صحیح دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۰۶).

در هر حال، از نظر اقتصادی، مزیت و نفع طرفین، مقداری از ابهام و نقص قراردادی را توجیه می‌کند و کارایی اقتصادی نیز تکمیل قرارداد ناقص توسط بازار را موجه می‌سازد. امری که بوضوح امروزه یکی از کارکردهای عرف خاص و بازار محسوب می‌شود و معاملات با عنایت به این کارکرد، در بستر بازار شکل می‌گیرند و باید از این مزیت و کارکرد، در تحلیل و تعیین مورد معامله، سود برد.



۳-۱-۲- حکمرانی بنگاه

یکی دیگر از بافتهای نهادی که قراردادهای در بستر آن شکل گرفته و از آنها تأثیر می‌پذیرند، بنگاه‌ها و سازمانهای تولیدی-خدماتی است.

قراردادها و معاملات از این منظر مورد تحلیل اقتصادی قرار می‌گیرند که به عنوان ابزار تخصیص بهینه‌ی منابع و تحقق کارایی اقتصادی شناخته می‌شوند. به عقیده‌ی اقتصاددانان، در یک اقتصاد مبتنی بر بازار، صرف نظر از نحوه تخصیص اولیه منابع، این منابع محدود از طریق قرارداد، مورد انتقال‌های مکرر قرار می‌گیرند تا جایی که هر کالایی به کسی تعلق یابد که بیشترین ارزش را برای آن می‌شناسد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۶). رونالد کاوز ابتدا در مقاله‌ی معروف «مسأله هزینه اجتماعی» نشان داد به علت وجود هزینه‌های معاملاتی در دنیای واقعی، این فرض اقتصادی همواره صادق نیست و سپس در مقاله‌ی «ماهیت بنگاه» به واکنش عوامل اقتصادی عاقل در برابر این نقص بازار اشاره کرد. وی عمده‌ترین دلیل تشکیل بنگاه‌ها را در یک اقتصاد تخصصی‌شده‌ی مبتنی بر بازار و دادوستد، بالا بودن هزینه‌های معاملاتی بازار (هزینه‌های چانه‌زنی و هزینه‌های انعقاد قرارداد) می‌داند در حالی که بنگاه با درونی کردن این هزینه‌ها، در صرفه‌جویی و حذف بسیاری از آنها نقش اساسی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۹۱). این امر از طریق دو عامل صورت می‌گیرد: فعالیت تخصصی بنگاه و کاهش تعداد قراردادها.

در درون بنگاه نوعی تقسیم کار وجود دارد و قدرت نظارت آن همراه با ضمانت‌اجراهایی همچون اخراج از سازمان، عوامل تولیدی بنگاه را در کنار یکدیگر سازماندهی می‌کند. این قدرت ساماندهی موجب می‌شود عامل‌های اقتصادی، دیگر در برابر تقسیم کار واگذار شده واکنش نشان ندهند بلکه آن را بهینه نمایند. از آن جا که فرد با تکرار عمل، فعالیت خود را بهتر انجام می‌دهد، می‌توان پست‌های کاری را به منظور این که بهره‌وری هر یک بهبود یابد، تخصصی نمود. از اینرو بنگاه تخصصی همچون مشتری ناآگاه، نیازمند صرف هزینه‌های فراوان برای کسب اطلاعات یا پیدا کردن عوامل تولیدی متخصص یا چانه‌زنی و گفتگو (هزینه‌های معاملاتی) نمی‌باشد. بدین ترتیب بسیاری از هزینه‌های معاملاتی از طریق فعالیت تخصصی بنگاه حذف می‌شوند.

از سوی دیگر به جای قراردادهای متعددی که با هزینه‌ی معاملاتی بالا، باید مستقیماً توسط مشتری با عوامل متعدد تولیدی منعقد می‌شد، یک قرارداد کلی در درون بنگاه، جانشین همه‌ی این قراردادها می‌شود. قرارداد کلی بدین صورت است که به موجب آن، عامل می‌پذیرد در ازای اجرتی مشخص (ثابت یا متغیر) و در چارچوب یک محدوده معین از دستورات کارآفرین پیروی کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۹۴). برای مثال در قرارداد مربوط به ساخت آپارتمان یا تولید خودرو، به جای اینکه مشتری شخصاً با عوامل تولیدی اعم از طراح، دارنده‌ی تجهیزات یا قطعات، هریک از کارگران یا متخصصان و سایر عوامل، قراردادهای جداگانه همراه با هزینه‌ی معاملاتی بالا منعقد نماید، به یک شرکت ساخت آپارتمان یا تولید خودرو مراجعه می‌کند و صرفاً یک قرارداد با بنگاه مربوطه به امضاء می‌رساند. بنگاه نیز به جای قراردادهای متعدد مشتری با عوامل تولیدی با یک قرارداد کلی تمامی عوامل را در درون خود، گرد هم جمع می‌کند. بدین ترتیب، با کاهش تعداد قراردادها، بسیاری از هزینه‌های معاملاتی حذف می‌شوند. قرارداد میان مشتری و بنگاه بدلیل طبع کالا و خدمت مربوطه یا بدلیل مطلوبیت مشتری برای پرهیز از هزینه‌های معاملاتی قراردادهای کوتاه مدت متعدد، غالباً بصورت بلندمدت منعقد می‌شوند. بنابراین ابهام معاملاتی و بدنبال آن نقص قراردادی بوجود می‌آید؛ در نتیجه قراردادی که قرار است تدارک دیده شود در عبارات کلی بیان می‌شود و تعیین جزئیات به تخصص، نظامات، عرف، سابقه و تولیدات مشابه بنگاه واگذار می‌شود. تفویض این اختیار، سبب حکمرانی بنگاه بر قرارداد می‌شود. در واقع در رابطه‌ی میان مشتری و بنگاه دو نوع اختیار وجود دارد: ممکن است راجع به محصولی باشد که بنگاه باید فراهم کند یا در مورد اموال، منابع و عواملی باشد که بنگاه باید در تولید محصولات خود استفاده کند. در تحلیل سازمان تولید، این دو فرض با هم



تفاوت دارند. در حالت نخست دو طرف استقلال دارند، آنها اهداف و مطلوب خود را در عبارات کلی بیان می‌کنند بدون این که راجع به عین یا جزئیات گفتگو کنند ولی در حالت دوم معمولاً مشتری به بنگاه وابسته است و از آن تبعیت می‌کند. چنین وضعی مشابه قراردادهای الحاقی است که در حقوق سنتی مورد بحث قرار گرفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۳).
 به هنگام انعقاد قرارداد، هیچ عینی مورد قصد واقع نمی‌شود بلکه آنچه میان مشتری و بنگاه مورد توافق قرار می‌گیرد صرفاً همان مطلوب و اهداف قراردادی است و تحقق این مطلوب قراردادی در عین خاص به ابتکار بنگاه است.
 مشاهده می‌شود که هدف قراردادی کاستن از هزینه‌های معاملاتی، چگونه در شکل و مفاد قراردادها تأثیر گذاشته و ابهام نوع اول را وارد معاملات نموده است و از سوی دیگر، نقش عین به عنوان موضوع مادی مورد معامله را کمرنگ ساخته است. عوامل اقتصادی به مرور دریافته‌اند که چنانچه ضرورتی اقتضاء کند، به هنگام تشکیل قرارداد، می‌توان صرفاً اهداف و مطلوب خود را بیان کرد و عین مطابق آن اهداف، توسط نیروهای عرفی و بازاری به هنگام اجرا، شکل می‌گیرد.

۳-۱-۳- نقش سازمان تولید و بازار کالاها در امکان جایگزینی

در گذشته، تولیدات بصورت دستی، محدود، در مقیاس پائین، محصول ابتکار تولیدکننده و با ویژگیهای منحصر به فرد و متمایز از سایر کالاها بود. هر کالایی برحسب خصوصیات و اوصاف خود متفاوت از سایر کالاها رغبت یا عدم رغبت مشتری را باعث می‌شد و هنگامی که در معامله‌ای، مشتری خواهان عین خاصی بود، امکان جایگزینی عینی دیگر به جای آن کالا وجود نداشت. حمایت از این خواست و رغبت مشتری یا متعهدله، زمینه‌ساز شکل‌گیری قواعدی با محوریت «عین» گردیده و زمینه‌های آن هم‌اکنون در قواعد معاملاتی به چشم می‌خورد. امروزه با پیدایش سازمان تولید، صنعتی شدن تولیدات و حجم انبوه کالاها با ویژگیهای مشابه و یکسان، از ویژگی منحصر به فرد کالاها کاسته و امکان جایگزینی آنها به جای یکدیگر را فراهم آورده است. تشابه کالاها ناشی از یکسان بودن دو مرحله‌ی طرح و خط تولید و حذف نقش دخالتی عامل تولیدی در سازمان کنونی تولید است.

هم‌سانی کالاها از یک سو و حجم فراوان آنها از سوی دیگر سبب بوجود آمدن بازارهایی، خاص هر کالا گردیده است. ویژگی بارز این بازارها همگن بودن آنهاست به نحوی که رغبت مشتری به تمام کالاهای یک بازار، یکسان است. بر همین اساس اجرای معامله از طریق بدل نیز امکان‌پذیر است چرا که هیچ‌یک از کالاهای آن بازار برای مشتری تفاوتی ندارند و هر یک از آنها، قادر است، نیاز مشتری را برآورده سازد (الماسی و همکار، ۱۳۹۰: ۱۴۹).

همگن بودن بازار خاص هر کالا، علاوه بر امکان جایگزینی کالاها، امکان تنظیم قراردادهای ناقص را نیز فراهم آورده است. حجم انبوه کالاهای مشابه در بازار، تصویری عمومی و همگانی را در مورد آن نوع کالا بوجود آورده است بطوری که با کوچکترین اشاره به کالای مورد نظر، تصویری یکسان در ذهن تمامی خریداران و فروشندگان بالقوه آن بازار نقش می‌بندد. به بیان منطقی، از استقرار در تولیدات مشابه و انتزاع اوصاف و خصوصیات آنها، ذهن، مفهوم و تصویری کلی (طرح) از آن کالا را مجسم می‌نماید و با ذکر جنس یا وصف آن از سوی متعاملین، آن مفهوم کلی مطابق با اعلام متعاملین را در عین مورد نظر و مشخصی ترسیم می‌نماید. پس از این اعلان، کالای مورد نظر، حتی همراه با سایر اوصافی که توسط طرفین اعلام نگردیده، بصورت مشابه در ذهن خریدار و فروشنده و حتی ثالث خارج، تصویر می‌شود. به طور خلاصه، اثر تغییر وضع تولید و شکل‌گیری بازارهای کالا بر قراردادها را می‌توان در این نکته بیان کرد که امکان جایگزینی کالاها و امکان تنظیم قرارداد ناقص سبب شده، هم در مرحله‌ی انعقاد قرارداد، طرفین بر عین کالای خاص نظر نداشته باشند و هم در مرحله اجرا، قابلیت اجرا از طریق بدل وجود داشته باشد. به



عبارت دیگر، عین در قراردادهای کنونی، موضوعیت خود را از دست داده و صرفاً یکی از طرق تحقق مطلوب و مقصود قراردادی طرفین می‌باشد.

۴- «موقعیت قراردادی مورد انتظار» به عنوان مورد معامله

تا به اینجا مشخص شد که متعهدله از تشکیل معامله بدنبال سطحی از مطلوبیت برای رفع نیاز مادی یا معنوی خود می‌باشد و متعهد وظیفه دارد آن مطلوبیت موردنظر را برای وی فراهم آورد. این نگاه اقتصادی، طبیعتاً نگرش ما به موضوع تعهد مدیون را که تا پیش از این در عین مادی و محسوس خاصی خلاصه می‌شد، دچار تحول می‌سازد. لذا ضروری است، تحلیلی اقتصادی از مورد معامله و موضوع تعهدی که مدیون برعهده دارد، متناسب با تحلیلی که از مبنای تشکیل معامله بیان شد، ارائه گردد. برای این منظور، ابتدا باید مشخص شود، موضوع تعهد و مورد معامله باید دارای چه خصوصیت و ویژگی باشد و چه چیزی صلاحیت این را دارد که به عنوان موضوع معامله قرار گیرد.

۴-۱- لزوم مالیت داشتن مورد معامله

مطابق ماده ۲۱۴ قانون مدنی، «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند» و براساس ماده ۲۱۵ این قانون «مورد معامله باید مالیت داشته... باشد».

مفهوم سنتی مال عبارت از کالایی مادی است که مورد دادوستد قرار می‌گیرد و دارای ارزش است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۲) ولی پیشرفتهای زندگی کنونی به تدریج، آن را از این معنی محدود و ابتدائی، خارج ساخته است، چندان که امروزه به تمام عناصر گوناگون دارایی نیز مال گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰). حقوق معنوی، مانند حق اختراع و تألیف و سرقفلی و نام تجاری، از ارکان مهم دارایی است، بدون این که پایه و مصداق مادی و محسوس داشته باشد، هرچند که ممکن است با ابزار مادی و عینی، ابزار و ارائه گردند. امروزه حقوق معنوی، ارقام بسیار بزرگی از اموال را تشکیل می‌دهند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۸۵) و هیچ کس هم تردید ندارد که نباید این گونه اموال را در تقسیم مال به عین و منفعت، در زمره‌ی منافع آورد. از سوی دیگر، قید «عین» در ماده ۳۳۸ قانون مدنی که مخصوص کالاهای مادی و محسوس است؛ انتقال «حق» و از جمله حقوق معنوی را از تعریف معامله خارج می‌کند و سبب شده نویسندگان، این گونه قراردادها را تابع ماده ۱۰ قانون مدنی بدانند. با وجود این، در عرف محاوره، انتقال حق در برابر عوض را فروش می‌گویند. مانند این که مستأجر، سرقفلی فروشگاه را فروخت یا فلان دانشمند حق اختراع خود را به بیگانه فروخت. این نامگذاری، تمایل عرف را به گستردن دامنه‌ی معامله می‌رساند. از این تمایل باید سود برد و انتقال این حقوق را معامله برشمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳).

به طور خلاصه در رابطه با مفهوم مال و تمایل عرف در گستردن دامنه معامله باید به چند نکته توجه کرد:

۱- مال و ارزش اقتصادی آن، نتیجه‌ی رغبتی است که اشخاص برای به دست آوردن چیزی، در خود، احساس می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰). بنابراین مال، هرچیزی است که در عرف دارای تقاضا و ارزش باشد یا این که عقلاً ارزش آن را در روابط خاص قراردادی تأیید کنند؛ خواه مادی و محسوس باشد خواه معنوی یا اعتباری (شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۱۶).

۲- تحول مفهوم مال به همراه تمایل عرف در گستردن قلمرو معامله، ضرورت تحول مفهوم عین که مختص کالاهای مادی است، را می‌رساند. از یک‌سو، پاره‌ای از اقسام سنتی عین وجود دارند که آن‌ها را نمی‌توان در خارج یافت. چنان که یک خرور گندم (به طور کلی) تنها در ذهن، قابل تصور است و به همین اعتبار نیز موضوع دادوستد قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۲). از



سوی دیگر، امروزه اموالی وجود دارد که تنها در عالم اعتبار می‌توان وجودی برای آن‌ها تصور کرد و عرف نیز نه تنها آن‌ها را در زمره‌ی منافع نمی‌داند بلکه انتقال آن‌ها را بیع و نوعی معامله می‌شمارد. معامله نهادی عرفی است و قواعد آن متناسب با تحول عرف، باید توسعه یابند.

۴-۲- مفهوم «موقعیت قراردادی» و مالیت داشتن آن

قرارداد، به عنوان یک پدیده‌ی عینی، مجموعه‌ای است پیچیده که مشتمل بر حقوق و تعهدات موجود یا احتمالی، دعاوی موجود یا احتمالی، حقوق مربوط به فسخ یا اقاله یا تمدید قرارداد، الزام طرف، حق حبس و غیره است. هریک از طرفین، بر اثر انعقاد عقد برای خود موقعیتی را به وجود می‌آورند که این موقعیت، گرچه مجموعه‌ای از اجزاست، برای خود، وجودی مستقل دارد (ایزائلو و عباسی و شعبانی، ۱۳۹۱: ۵). در اصطلاح حقوقی، به این موقعیت که از اجزای متعددی از جمله حق مالکیت عین تشکیل شده است، «موقعیت قراردادی» گفته می‌شود.

در گذشته، عقد همواره به عنوان منبع تعهد مطرح بود؛ زیرا بیشتر دیون را اشخاص در اثر توافق با هم بوجود می‌آوردند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۸) ولی امروزه با تحول نظریه عمومی قراردادها، کانون منفعت در قرارداد، جای خود را از «انعقاد» به «اجرا» داده است و نویسندگان حقوقی، زندگی عقد را پس از انعقاد آن مورد توجه قرار می‌دهند. به عقیده‌ی آن‌ها، عقد در مرحله نخست مانند یک مال، ارزش اقتصادی دارد؛ زیرا مانند همه‌ی اموال، قابل انتقال است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۳۱).

در حقوق خارجی، مدت‌هاست که از انتقال عقد براساس موقعیت قراردادی بحث می‌کنند. دکتین جدید فرانسه، ضمن پذیرش امکان انتقال قرارداد، آنرا بر مبنای موقعیت قراردادی، توجیه می‌کند (مقدم، ۱۳۸۶: ۶). در انتقال عقد، یکی از طرفین، موقعیتی را که در اثر عقد با دیگری به دست آورده است، به شخص ثالث واگذار می‌کند، به نحوی که ناقل، کاملاً از عقد خارج شده و ثالث محسوب می‌گردد؛ منتقل‌الیه جانشین او شده و از لحظه‌ی انتقال عقد، طرف عقد به حساب می‌آید. در این واگذاری کلیه حقوق، تعهدات، تضمینات و دفاعیات منتقل می‌شود و قائم مقامی به مفهوم دقیق کلمه تحقق می‌یابد. این انتقال، با انتقال حقوق و دیون ناشی از عقد متفاوت است. زیرا واگذاری حقوق و دیون، همانند انتقال دین یا طلب، باعث تجزیه آثار عقد می‌گردد و اجزای عقد به صورت جداگانه و بدون انتقال خود عقد، منتقل می‌شوند. در این صورت برای انتقال گیرنده‌ی دین یا طلب، حق فسخ، حق حبس، اقاله و تمدید عقد وجود نخواهد داشت؛ زیرا این حقوق مربوط به طرفین عقد است و کسی که فقط دین یا طلب به او منتقل شده است، طرف عقد محسوب نمی‌شود. در واقع، در حالی که موضوع انتقال قرارداد، انتقال موقعیت قراردادی با همه‌ی اجزای خود می‌باشد؛ موضوع انتقال دین یا طلب، صرفاً همان دین یا طلب مربوط است.

عرف امروز، برای خود عقد هویت و ارزش مستقلی از اجزای آن قائل است. طرفین بر اثر قرارداد، دارای موقعیتی می‌شوند که برای خود وجودی مستقل دارد و عرفاً دارای ارزش مالی است و عقد به لحاظ چنین موقعیتی قابل انتقال است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۹۸). مطابق ضابطه‌ی کلی، هر چیزی که در عرف، دارای تقاضا و ارزش باشد و در مقابل آن پول پرداخت شود، مالیت داشته و مال محسوب می‌شود. بنابراین «موقعیت قراردادی» که مبنای انتقال عقد است و عرف، برای آن ارزش مالی قائل است، مالیت داشته و می‌تواند به عنوان مال، موضوع تعهد و مورد انتقال قرار گیرد.



۴-۳- شناسایی موقعیت قراردادی

شناسایی موقعیت قراردادی، در فقه امامیه در زمینه‌ی انتقال عقود مضاربه و مزارعه سابقه روشنی دارد. برخی از فقهای متأخر نیز به انتقال عقد بیع و اجاره بر مبنای موقعیت قراردادی تمایل نشان داده‌اند و با وحدت ملاک و الغای خصوصیت می‌توان آنرا از قواعد عمومی قراردادها شمرد. در حقوق ایران نیز قوانین متعددی از جمله قانون مدنی (مواد ۵۴۱-۵۴۵-۵۵۴) قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ (ماده ۱۷) قانون کار (ماده ۱۲) قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ (ماده ۱۹) و قوانین متعدد دیگری به صراحت یا به طور ضمنی به این مسئله اشاره کرده‌اند. به نظر می‌رسد، شناسایی موقعیت قراردادی بیش از هر جای دیگر در مبحث اجاره‌ی متضمن سرقفلی به صراحت صورت گرفته است. عده‌ای از فقهای متأخر به انتقال «موقعیت» در عقد اجاره‌ای که متضمن سرقفلی است، توجه کرده، معتقدند مستأجری که در ابتدای اجاره مبلغی به مالک پرداخته است می‌تواند علی‌رغم اذن مالک، آن را به فرد ثالثی واگذار کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۹۴). در عقد اجاره، مستأجر موقعیتی به دست می‌آورد که می‌تواند آن را در اثنای مدت اجاره یا پس از آن، در ازای دریافت مبلغی به نرخ روز و علی‌رغم اذن مالک به فرد ثالث منتقل کند. در حق کسب و پیشه و تجارت نیز مستأجری که موجب رونق محل کسب و تجارت شده، می‌تواند عوض آن را از مالک یا منتقل‌الیه دریافت کند. مطالبه‌ی چنین مبلغی به خاطر کاری است که مستأجر در آن محل انجام داده و موقعیتی است که مستأجر در اثر انجام تجارت پیدا کرده است. این موقعیت‌ها، مالیت داشته و در برابر آن‌ها پول پرداخت می‌شود. سرقفلی و حق کسب و پیشه نمونه‌ی بارزی است که براساس آن موقعیت‌هایی که در دید عرف ارزش مالی دارند و عقلای جامعه برای به دست آوردن آن‌ها، حاضر به صرف هزینه و پرداخت پول می‌شوند، می‌توانند به عنوان مورد معامله، منتقل گردند.

۴-۴- ضابطه‌ی نهایی: موقعیت قراردادی مورد انتظار

برای تعیین مورد معامله با نگرش اقتصادی، از یک سو باید به اصول اقتصادی نظر داشت (نظری) و از سوی دیگر، عرف و رفتار بازاری عوامل اقتصادی را مورد توجه قرار داد (عملی). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، از قراردادهای ناقص و انعطاف‌پذیر حمایت می‌کند؛ به خصوص در قراردادهای تجاری و بلندمدت، هم به منظور کاستن از هزینه‌های معاملاتی و هم بدلیل عقل محدود طرفین، نقص قراردادی را بر تنظیم قراردادی کامل و با تمام جزئیات، ترجیح می‌دهد. در این زمینه تفاوتی میان ابهام نوع اول (ابهام در مورد ثمن و موضوع معامله) و ابهام نوع دوم (ابهام در مورد نحوه اجرا) وجود ندارد. عرف بازاری نیز که شکل گرفته از رفتار عوامل اقتصادی است، برای جلوگیری یا کاستن از هزینه‌های معاملاتی و رسیدن به سود بیشتر با هزینه‌ی کمتر، همواره به دنبال راه‌های کارآمد در حال تحول است. یکی از این تحولات، شکل‌گیری بنگاه‌ها است. این هدف تا بدان‌جا اهمیت دارد که متعهدله حاضر است به هنگام تشکیل قرارداد با بنگاه، به بیان کلی اهداف و مقاصد خود از قرارداد، اکتفا کند؛ راجع به عین مادی موضوع تعهد به مذاکره جزئی و چانه‌زنی نپردازد؛ تعیین عین را به ابتکار و تجربه بنگاه بسپارد ولی در مقابل، از هزینه‌های معاملاتی بالا بکاهد. این خود نشانه‌ای است از این که افراد به هنگام تشکیل قرارداد، اهداف و مقاصد خود را دنبال می‌کنند و عین در درجه‌ی دوم از اهمیت و تابع آن است. هدف متعاملین از تشکیل قرارداد، دستیابی به سطحی از مطلوبیت، برای رفع نیاز خود می‌باشد و تعیین عین مادی به عنوان مورد معامله به همین منظور است. در گذشته که تولیدات بصورت دستی، در سطح محدود و متمایز از سایر کالاها بود، مطلوبیت موردنظر، صرفاً از طریق همان عین مذکور، امکان‌پذیر بود ولی امروزه که سازمان تولید با تولیدات انبوه و مشابه، امکان جایگزینی کالاها را فراهم آورده، عین مذکور در قرارداد، صرفاً یکی از طرق دستیابی طرفین به مطلوب قراردادی خود می‌باشد. از



سوی دیگر، این تحولات قابل توجه تجاری و اقتصادی، سبب افزایش چشمگیر نقش بازار در معاملات گردیده به نحوی که فرمها و الگوهای معاملاتی بازاری یکسانی شکل گرفته و طرفین معامله، خود را در قالب این الگوها قرار داده، به آنها می‌پیوندند. بدین ترتیب، بسیاری از شروط قراردادی و دادوستد، توسط بازار تعیین می‌شود یا اینکه بازار، قرارداد طرفین را تکمیل می‌کند و متعاملین خود را بی‌نیاز از ذکر جزئیات دانسته، بیان اهداف و مقاصد خود را کافی می‌دانند.

امروزه طرفین به هنگام تصمیم به اقدام برای تشکیل معامله، در زمان مذاکره و تشکیل قرارداد، برای خود، موقعیتی را متصور و قصد می‌کنند و در طول مذاکره سعی می‌کنند آنرا برای طرف مقابل ترسیم کنند و از او انتظار دارند که این موقعیت را برای وی فراهم آورد؛ ذکر عین مربوطه هم در همین راستا می‌باشد. این موقعیت دارای اجزای متعددی است که حق مالکیت عین، صرفاً یکی از آن اجزا است؛ چندان که اگر در قرارداد شرط شود که طرفین به هیچ وجه حق فسخ معامله یا حق اقامه دعوی راجع به معامله را ندارند (با فرض اینکه چنین شرطی مشروع و قانونی باشد)، آن معامله، ارزش کمتری نسبت به معامله‌ی با حق فسخ یا حق اقامه دعوی در مورد همان عین را دارد. بنابراین تمام ثمن صرفاً در مقابل عین قرار نمی‌گیرد و با لحاظ سایر اجزاء این موقعیت قراردادی، تعیین می‌شود. این موقعیت که متعهدله انتظار دارد از اجرای قرارداد، به منظور رسیدن به مطلوبیت مورد نظر او جهت رفع نیازش، برای وی حاصل شود، در عرف دارای ارزش مالی است و می‌تواند مستقلاً موضوع تعهد قرار گیرد (ایزائلو و عباسی و شعبانی، ۱۳۹۱: ۵). البته به دلیل اینکه تحقق این امر، ضابطه و معیار می‌خواهد و غالباً در موقع دعوا، هر یک از طرفین قرارداد، چیزی را مدعی می‌شوند و دستیابی به انتظار و معهود حین عقد مشکل می‌شود، «معیار نوعی» در نظر گرفته می‌شود؛ یعنی انتظارات متعارف، معقول و منطقی طرفین عقد در شرایط و اوضاع و احوال مشابه.

این ترتیب، همانند عین کلی فی الزمه در حقوق سنتی است که به هنگام تشکیل قرارداد، در نظر طرفین وجود خارجی ندارد و متعهد، برعهده می‌گیرد که در زمان اجرا، مصداق مادی را در اختیار متعهدله قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۲)، ولی چون در ذهن، قابل تصور و اعتبار است و موضوع دادوستد قرار می‌گیرد، دارای ارزش مالی است. بنابراین موقعیت قراردادی مورد انتظار که در تحلیلهای اقتصادی، برخلاف اقسام سنتی مورد معامله با نظریات قرارداد ناقص و هزینه‌های معاملاتی هماهنگ است و در عرف بازار نیز مورد عمل قرار می‌گیرد، می‌تواند به عنوان موضوع تعهد مدیون و مورد معامله، قرار گیرد.

۴-۱- اجرای موقعیت قراردادی مورد انتظار

براساس موقعیت قراردادی مورد انتظار، نه متعهد ملزم به تأدیه عین خاصی است و نه متعهدله حق الزام متعهد به تسلیم عین مشخص را دارد؛ زیرا تعهد مدیون، تحقق موقعیت مورد انتظار است نه تسلیم عین خاص. این موقعیت نیز از طریق عین مذکور در قرارداد، بدل آن و حتی پرداخت نقدی (ثمن+هزینه‌ها) به گونه‌ای که متعهدله بتواند بدون صرف هیچ‌گونه هزینه دیگری مالک عین شود، قابل تحقق است. این میدان عمل، هم به نفع متعهد و هم به نفع متعهدله و با جلوگیری از بروز هزینه‌های اجتماعی، به سود جامعه نیز خواهد بود.

در غالب موارد، برای متعهد مقرون به صرفه است که همان عین مذکور در قرارداد را در اختیار متعهدله قرار دهد؛ زیرا معمولاً آن عین در اختیار اوست و هزینه‌ی اجرای کمتری برای متعهد به دنبال دارد اما گاهی به دلایلی همچون دوری عین از محل اجرا و مواردی از این دست، هزینه اجرا از طریق عین مزبور، برای متعهد بسیار بالا خواهد بود. بنابراین متعهد تمایل دارد تا از طریق بدل عین که هزینه‌ی اجرای کمتری دارد، قرارداد را اجرا کند. برای متعهدله نیز سودمند است زیرا سریع‌تر به مقصود خود می‌رسد. علاوه بر این در مواردی، به خصوص در قراردادهای کلان تجاری که اجرای آنها پیچیده و زمان طولانی می‌طلبند،



متعهد تحت شرایطی تمایل دارد سریع‌تر از رابطه‌ی قراردادی با متعهدله رهایی یابد و قرارداد جدیدی منعقد نماید. در چنین وضعیتی اگر متعهد نتواند به طریقی از قرارداد، رهایی یابد، به کارشکنی و نقض پیمان روی می‌آورد و متعهدله نیز متضرر خواهد شد. ولی براساس موقعیت قراردادی مورد انتظار، متعهد می‌تواند با استرداد ثمن قراردادی به اضافه‌ی جبران کمبود ثمن بازاری در زمان اجرا و پرداخت تمامی هزینه‌های اجرا، متعهدله را در وضعیتی قرار دهد که گویی قرارداد اجرا شده است، به نحوی که بدون صرف هیچ‌گونه هزینه‌ی دیگری موقعیت ناشی از قرارداد برای متعهدله، محقق شود. این ترتیب از یک سو، متعهد را از قرارداد اولیه رهایی می‌بخشد و از سوی دیگر متعهدله را از کارشکنی و نقض قرارداد و ایراد خسارت در امان نگه می‌دارد. در نقطه‌ی مقابل هرگاه این ضرورت برای متعهدله نیز وجود داشته باشد، خود او می‌تواند عین را تهیه و هزینه‌ی آن را از متعهد دریافت کند. بدین ترتیب، طرفین معامله رفتار خود را براساس منطق و اصول اقتصادی تنظیم می‌کنند و در هر مورد براساس منافع حاصله و زیانهای وارده، تصمیم به تأدیه عین مذکور در قرارداد یا بدل یا پرداخت نقدی می‌گیرند.

۴-۴-۲- کارایی اقتصادی نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار

براساس نظریه موقعیت قراردادی، بسیاری از قواعد ناکارآمد سنتی، موجودیت خود را از دست داده و جای خود را به بازار که بسیار کارآمدتر است، می‌دهند. برای مثال، اگر «عین» صرفاً ابزار رسیدن به مطلوب و موقعیت قراردادی مورد انتظار باشد و امکان جایگزینی عین (با همان سطح مطلوبیت) هم وجود داشته باشد، در فرض تلف عین قبل از تسلیم، جز در موارد استثنایی، نیازی به نظریه انفساخ معامله‌ای که می‌توانست کارآمد باشد، نیست؛ چرا که اساساً مورد معامله تلف نشده تا بتوان حکم به انفساخ داد بلکه صرفاً یکی از ابزارهای تحقق موقعیت قراردادی تلف شده است. فروشنده می‌تواند به جای استرداد ثمن و تحمل ضرر ناشی از تلف عین، عین دیگری تهیه کرده و به خریدار تسلیم کند.

از سوی دیگر، هنگامی که شروط قراردادی و اوصاف عین مورد معامله بوسیله نیروهای بازار تعیین می‌شود و تصور خریدار، فروشنده و حتی ثالث، از عین، یکسان است، نیازی نیست تسلیم را جزء تعهدات خاص فروشنده بدانیم؛ نه فروشنده ملزم به تسلیم عین مشخصی است و نه خریدار می‌تواند الزام فروشنده به تسلیم عین خاصی را درخواست کند؛ در چنین وضعی، اقتضای رفتار متعارف از سوی طرفین این است که اگر تهیه عین از جانب خریدار، هزینه‌ی کمتری داشته باشد، وی به تهیه‌ی عین اقدام کند و هزینه آن را از فروشنده دریافت کند. هدف، تحقق موقعیت قراردادی مورد انتظار با کمترین هزینه است؛ معمولاً تحقق این هدف از جانب فروشنده، با هزینه‌ی کمتری روبه رو است. زیرا به طور معمول، عین در اختیار فروشنده قرار دارد و تسلیم از جانب وی از هزینه‌های معاملاتی می‌کاهد ولی در برخی موارد تهیه عین از جانب خریدار با هزینه کمتری نسبت به فروشنده، امکان‌پذیر است. در این حالت هم اقتضای رفتار متعارف و هم سود طرفین در این است که خریدار خود، به تهیه عین مبادرت ورزد. برای مثال اگر هزینه تهیه عین توسط فروشنده، دوهزار ریال و هزینه تهیه آن توسط خریدار هزار ریال باشد، هم برای خریدار و هم برای فروشنده مقرون به صرفه است که خریدار به میزان هزار ریال هزینه کرده و عین را تهیه کند و این هزینه را از فروشنده دریافت کند. فروشنده هزار ریال سود می‌کند و خریدار هم سریع‌تر به مطلوبش خواهد رسید. این ترتیب، مطابق معیار برتر پارتو است؛ زیرا وضعیت یکی از طرفین بهتر شده و به کسی هم ضرری وارد نمی‌آید (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۹۱).

در نگاه سنتی که تسلیم صرفاً از تعهدات بایع است، مسئولیت عدم تسلیم هم متوجه اوست اما براساس نظریه موقعیت قراردادی، کسی مسئول است که می‌توانسته با هزینه کمتر، عین را تهیه کند. این نحو ضمانت‌اجرا، یکی دیگر از اهداف اقتصادی قراردادهای را تأمین می‌کند و انگیزه بی‌احتیاطی در معامله را از طرفین می‌گیرد. دیگر بعد از تشکیل معامله، خریدار منفعلانه به کناری



نمی‌رود تا انتظار اجرای معامله یا نقض آن را بکشد بلکه او نیز همچون فروشنده به عنوان طرف فعال، مترصد افزایش مطلوبیت قرارداد از طریق کسب سود بیشتر با هزینه کمتر است؛ در غیر اینصورت اگر این امکان برای خریدار فراهم بوده و کوتاهی کند، خود او به عنوان مسئول محسوب می‌شود. البته لازم به ذکر است که اثبات این وضعیت برعهده‌ی فروشنده و بسیار دشوار است. این ترتیب، مطابق با قاعده «تکلیف زیان دیده در تقلیل خسارت» در حقوق کامن‌لا می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۹).

ممانعت از فرصت‌طلبی از دیگر نتایج مثبت این نوع نگاه است. فروشنده نمی‌تواند با فرصت‌طلبی، ثمن معامله را دریافت کرده، از تسلیم عین خودداری کند و خریدار را درگیر روند طولانی اجرای اجباری نماید؛ چرا که خریدار، خود می‌تواند عین را تهیه و هزینه آن را از فروشنده دریافت نماید. تأکید بر موقعیت قراردادی مورد انتظار به جای عین، عدم اجرای معامله ناشی از عدم تمایل متعهد به اجرا را نیز حل می‌کند. بسیار اتفاق می‌افتد که بعد از تشکیل معامله، فروشنده مشتری بهتری پیدا می‌کند و تمایل دارد از رابطه‌ی قراردادی با خریدار اولیه رهایی یابد. به همین سبب طریق پیمان‌شکنی را در پیش می‌گیرد. به لحاظ اقتصادی، این معامله اگر هم به مرحله‌ی اجرا برسد، معامله‌ای ناکارآمد محسوب می‌شود؛ زیرا عین به کسی که حاضر است بیشترین مبلغ را برای آن پرداخت کند یعنی مشتری دوم، تعلق نمی‌یابد و بهترین شکل تخصیص منابع (کارایی) محقق نمی‌شود. از سوی دیگر اگر فروشنده مجاز باشد بدون محقق ساختن مطلوب خریدار اول از رابطه‌ی قراردادی با او رهایی یابد، سبب وارد آوردن ضرر به او می‌گردد و با معیار برتر پارتو در تضاد است. اما همان‌گونه بیان شد، فروشنده می‌تواند از طریق بدل یا پرداخت نقدی، قرارداد اول را اجرا کند و عین را با قیمت بالاتر به خریدار دوم بفروشد. در این وضعیت، فروشنده سود می‌کند و به کسی هم ضرری وارد نمی‌آید (معیار برتر پارتو) و عین هم به کسی تعلق می‌یابد که بیشترین ارزش را برای آن قائل است (معیار حداکثرسازی ثروت پازنر).

نگاه اقتصادی به مورد معامله، با نظریه هزینه‌ی معاملاتی و قرارداد ناقص نیز سازگار است. مطابق نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار، طرفین مجاز هستند صرفاً مطلوب خود را اعلان و تکمیل قرارداد را به بازار که همواره بدنبال کارایی در حرکت است، محوّل نمایند. از نتایج همراهی قرارداد با بازار، عدم نیاز مراجعه به دستگاه قضایی جهت نظارت بر قرارداد، حل اختلاف یا الزام متعهد به اجرای تعهد است. در واقع بازار، جانشین دادگاه می‌شود و بسیاری از هزینه‌های شخصی و اجتماعی، کاهش می‌یابد.

۵- عین معین؛ استثنای بر اصل

آن‌چه تاکنون از جدایی میان مفاهیم عین و ارزش بیان شد، ناظر به حالت غالب در معاملات است ولی گاهی عین مورد معامله، خود دارای موضوعیت است و مطلوبیت مورد انتظار ناشی از موقعیت قراردادی، صرفاً از طریق همان عین حاصل می‌شود. این وضعیت در دو صورت اتفاق می‌افتد: یا «حقیقتاً» و یا «در نظر طرفین» منابع جایگزین برای عین مربوطه وجود نداشته باشد. گاهی طبع کار یا کالای مورد نظر دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که در منابع جایگزین یافت نمی‌شود. به نظر پاره‌ای از نویسندگان، اموال غیرمنقول به دلیل وحدت و نداشتن اشباه و نظایر (منابع جایگزین) دارای چنین خصیصه‌ای هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۹۲) ولی به نظر می‌رسد در عرف کنونی، صرفاً اشیاء عتیقه و آثار هنری منحصر به فرد و هنر هنرمندان بنام دارای چنین خصیصه‌ای باشند. علاوه بر طبیعت عین، در برخی موارد علی‌رغم اینکه عرفاً برای عین منابع جایگزین وجود دارد و جایگزینی امکان پذیر است، طرفین بر اجرای معامله صرفاً از طریق عین مذکور در قرارداد تأکید دارند؛ گویی در نظر آن‌ها، جانشینی برای عین وجود ندارد. تشخیص این وضعیت از دو طریق ممکن است: شرط قراردادی و قیمت یا ثمن معامله.



هنگامی که طرفین قرارداد به صراحت شرط مباشرت متعهد یا اجرای قرارداد منحصراً از طریق عین مذکور در معامله را در قرارداد درج می‌کنند بیانگر این نکته است که ترجیح‌های طرفین و مطلوبیت‌های آنان صرفاً از همین طریق تحصیل می‌شود و به چیز دیگری رضایت نمی‌دهند. در موارد بسیار معدودی نیز ثمن معامله نشانگر موضوعیت عین مورد معامله است. برای تشریح این مورد می‌توان از یک قانون رایج در علم اقتصاد به نام «قانون جانشینی» بهره برد. گفته شد که ارزش کالا تابعی از سطح مطلوبیت آن برای مصرف‌کننده است و تقابل پیوسته‌ی مطلوبیت تقاضاکننده و عرضه‌کننده، قیمت کالا را در سطحی که به آن قیمت تعادلی (بازاری) می‌گویند، نگه می‌دارد. این قیمت بیانگر میزان عرفی و نوعی مطلوبیت کالا است. براساس قانون جانشینی، چنانچه قیمت کالا افزایش یابد، تقاضا برای آن کالا کاهش یافته و تقاضای کالای جانشین آن، افزایش می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۲۴). در واقع زمانی که قیمت کالایی افزایش می‌یابد، مطلوبیت آن کالا نزد خریدار کاهش می‌یابد و او سعی می‌کند همان میزان مطلوبیت مورد انتظار را از طریق کالای مشابه با قیمت کمتر، تأمین کند. بنابراین چنانچه ثمن مورد معامله از قیمت بازاری آن به نحو قابل توجهی بیشتر باشد، انتظار بر این است که خریدار از خرید آن عین منصرف شده و مطلوب خود را از طریق کالای جانشین تأمین کند (در فرض مغبون نبودن مشتری) اما اصرار مشتری بر خرید عین با قیمت گزاف، حکایت از منحصربه‌فرد بودن آن، نزد وی دارد.

به هر حال با توجه به وضع کنونی سازمان تولید و بازار، در عمل به ندرت اتفاق می‌افتد که جایگزینی برای عین موجود نباشد و یا این که طرفین شرط مباشرت را در قرارداد لحاظ کنند. بنابراین عین معین را باید استثنایی بر نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار به حساب آورد.

۶- نتیجه

با مطالعه نگرش اقتصادی به حقوق قراردادهای و معاملات روشن شد که اقتصاد، سهم مهمی در حقوق قراردادهای دارد و در کنار اخلاق و عدالت به عنوان یکی از مهم‌ترین منابع قواعد معاملاتی به شمار می‌رود. تاثیر اقتصاد در مرحله انعقاد قرارداد، تفسیر و اجرای قراردادهای بسیار مهم و شاید بتوان گفت نقش اصلی در حقوق معاملات با اقتصاد است. بر این مبنا «تحلیل اقتصادی حقوق» که به عنوان مهمترین تحول حقوقی در چند دهه گذشته مطرح است، می‌تواند ابزار مناسبی جهت تبیین قواعد معاملاتی باشد. معامله موجب انتقال کالا یا خدمت از یک شخص به شخص دیگر می‌شود. تحلیل اقتصادی حقوق با توجه به این فرض اقتصادی که منابع موجود، محدود و نیازهای انسان نامحدود است، بر آن است که این انتقال منابع، به بهترین نحو ممکن صورت گیرد؛ به طوری که با هزینه کمتر سود بیشتری حاصل گردد و منابع در اختیار کسی قرار گیرند که بیشترین ارزش را برای آن‌ها قائل باشد. در تحلیل اقتصادی حقوق، به تخصیص بهینه منابع، کارایی گفته می‌شود و برای رسیدن به این مهم، هر یک از نویسندگان معیارهایی ارائه کرده‌اند. بر اساس تحلیل‌های اقتصادی، در صورتی که هزینه‌های معاملاتی اعم از هزینه‌های اجرا و هزینه‌های فرصت‌طلبی، صفر باشد معاملات بازاری خودبه‌خود منجر به کارایی اقتصادی می‌شود ولی چنین فرضی در عالم واقع وجود ندارد. لذا ضروری است قواعد حقوقی در جهت کاهش هزینه‌های معاملاتی و افزایش کارایی، تبیین شوند. پذیرش قراردادهای ناقص یعنی قراردادهایی که هنگام انعقاد، تعیین تمامی شروط اساسی و جزئیات آن، لازم نیست، یکی از مهم‌ترین راهکارها جهت کاهش هزینه‌های معاملاتی است. طرفین می‌توانند اهداف و مطلوب خود از قرارداد را برای یکدیگر ترسیم کنند و تکمیل آن را به بازار و زمان اجرای قرارداد موکول نمایند. بدین ترتیب، هم از هزینه‌های گفتگو و چانه‌زنی کاسته می‌شود و هم با انعطافی که وارد قرارداد می‌شود، احتمال رویارویی قرارداد با نقض یا عدم امکان اجرا، از بین می‌رود. در همین جهت برخی قوانین



همچون قانون یکنواخت تجاری آمریکا، تعیین دقیق ثمن به هنگام انعقاد معامله را ضروری نمی‌دانند بلکه می‌توان آن را با تغییرات اقتصادی معین نمود.

تحلیل اقتصادی قرارداد، نشان داد که نگاه شکلی به قواعد معاملاتی خصوصاً تقسیم منطقی مورد معامله به معین و کلی با نقص قراردادی، انعطاف معاملاتی، کارایی اقتصادی و تحلیل اقتصادی انعقاد قرارداد به شدت در تعارض است. مخالفت با اصول اقتصادی همچون اصل سرعت و سهولت، پیمان‌شکنی‌های متعدد قراردادی، شکل‌گیری ناکارآمد ضمانت اجراهای نقض قرارداد، ضرری بودن آن‌ها، اطاله دادرسی و درگیری دستگاه قضایی، همگی نتیجه مستقیم این نگاه صوری به موضوع معامله است.

در نقطه مقابل، تحلیل اقتصادی رفتار عوامل بازاری و تحلیل‌های اقتصادی هنجاری، از «نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار» به عنوان موضوع قرارداد، حمایت می‌کنند. عوامل اقتصادی پس از مشاهده این نتایج نامطلوب، خود در جهت کاستن از هزینه‌های معاملاتی و همسو با نظریه قرارداد ناقص، دست به ابتکارهایی زده‌اند؛ ایجاد بنگاه‌های واسطه، از مهم‌ترین این اقدامات است. در قرارداد میان مشتری و بنگاه، دیگر تمامی جزئیات به هنگام تشکیل قرارداد ذکر نمی‌شود بلکه طرفین به بیان اهداف و مطلوب قراردادی خود اشاره می‌کنند و تکمیل قرارداد به عرف و بازار، سابقه و تجربه بنگاه و... واگذار می‌شود.

تحلیل اقتصادی تشکیل معامله نیز روشن ساخت، طرفین از تشکیل معامله به دنبال برطرف نمودن نیاز اقتصادی خود می‌باشند و بدین منظور به عین مادی مورد معامله نظر دارند. در واقع هر عینی که بتواند مطلوبیت و نیاز مورد نظر فرد را تامین کند، صلاحیت قرارگرفتن به عنوان عین مورد معامله را دارد. سازمان کنونی تولید نیز با تولید کالاهای انبوه و همگن از نقش موضوعی عین در معاملات به شدت کاسته و امکان جایگزینی عیون را جهت رفع نیازهای طرفین معامله و تامین مطلوبیت آنان فراهم آورده است. امروزه دیگر ارزش یک قرارداد و معامله صرفاً بسته به عین مادی موضوع آن قرارداد نمی‌باشد بلکه خود عقد نیز مستقیماً دارای ارزش مالی است و به عنوان یک مال قابل انتقال است. پس از تشکیل قرارداد، هر یک از طرفین دارای موقعیتی می‌شود که متشکل از اجزا متعددی است که حق مالکیت عین، صرفاً یکی از آن اجزا است. حق فسخ، اقاله، تمدید قرارداد و مواردی از این دست از اجزای موقعیت قراردادی است که در صورت فقدان آنها در قرارداد، ارزش آن معامله کمتر از قرارداد واجد آن اجزا بر سر همان عین است. بنابراین آن چه طرفین به هنگام تشکیل قرارداد بر عهده می‌گیرند، قرار دادن طرف مقابل در این موقعیت موردنظر است نه صرفاً تسلیم عین مادی مشخص. با تدبّر در معنای واژه عهد و تعهد نیز روشن خواهد شد که معنای وفای به عهد، لزوماً اجرای مادی عین تعهد نیست بلکه قرار دادن معهود طرفین در اختیار متعهدله به گونه‌ای که مورد توقع و انتظارات ایشان بوده، می‌باشد. به دلیل اینکه تحقق این امر، ضابطه و معیار می‌خواهد و غالباً در موقع دعوا، هر یک از طرفین قرارداد، چیزی را مدعی می‌شوند و دستیابی به معهود حین عقد مشکل می‌شود، «معیار نوعی» در نظر گرفته می‌شود یعنی انتظارات متعارف، معقول و منطقی طرفین عقد در شرایط و اوضاع و احوال مشابه.



منابع

کتاب

۱. امامی، سیدحسین (۱۳۸۴). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست و پنجم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۲. امامی، سیدحسین (۱۳۸۰). حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ شانزدهم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۳. انصاری، مهدی (۱۳۹۰). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجد.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). حقوق مدنی ۳: تعهدات، چاپ دهم، تهران، انتشارات مجد.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری؛ مسئولیت مدنی، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد، ایقاع، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درسهایی از عقود معین، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درسهایی از عقود معین، جلد دوم، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ وقایع حقوقی، چاپ دوازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و هشتم، ویرایش چهارم، تهران، نشر میزان.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، نشر انتشار.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادهای، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران، نشر انتشار.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). مسئولیت ناشی از عیب تولید، چاپ سوم، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران.

مقاله

۱. السان، مصطفی و منوچهری، محمدرضا (۱۳۸۵). بررسی نحوه معلوم شدن عین مورد معامله، ماهنامه کانون، صص ۳۷-۱۸، شماره ۶۸.
۲. الماسی، نجادعلی و حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۰). بررسی اصول حاکم بر قوانین کارآمد از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، مجله حقوقی خصوصی، صص ۲۴-۵، دوره هشتم، شماره ۲.