

تحلیل اقتصادی مورد معامله و آثار آن بر ضمانت اجراهای اجرای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی

مصطفی رضایی استخروویه،* افلاطون اسفندیاری مهنی**

تاریخ پذیرش ۱۳۹۳/۸/۲۴

تاریخ دریافت ۱۳۹۲/۱۱/۲۳

در نظام حقوقی ایران، در یک تقسیم منطقی و شکلی، مورد معامله به عین معین، در حکم معین و کلی، تقسیم شده و ضمانت اجراهای اجرای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی برای آن پیش‌بینی شده است. بسیاری از نویسندگان، بدون تعرض به تقسیم مزبور، مستقیماً به ناکارآمدی شکل کنونی ضمانت اجراها اشاره کرده و راهکارهایی جهت اصلاح این رویه پیشنهاد داده‌اند.

در این پژوهش روشن شده که وضع کنونی ضمانت اجراهای مذکور، نتیجه طبیعی تقسیم صوری مورد معامله است؛ براین مبنا به نظر می‌رسد طریق حل معضلات عملی و اقتصادی این نحو ضمانت اجراها، تحلیل مناسب از مورد معامله و جایگزینی نگاه اقتصادی است. تحلیل اقتصادی مورد معامله نشان می‌دهد که دیگر، اعیان مادی در معاملات دارای موضوعیت نیستند بلکه موضوع تعهد مدیون، تحقق «موقعیت قراردادی مورد انتظار» متعهد است. این موقعیت که دارای اجزای متعددی است، در عرف کنونی، مستقلاً دارای ارزش مالی بوده و از طرق مختلف همچون عین مادی مذکور در قرارداد و بدل آن، قابلیت تحقق را دارد. بدین ترتیب موضوع معامله، دیگر در عین خاصی تعیین نمی‌یابد و اجرای اجباری موضوعاً منتهی خواهد بود. قرارداد نیز از راه‌های گوناگون قابل اجرا است و موردی برای نقض قرارداد و توسل به فسخ وجود ندارد. متعهد نیز چون حق اجبار متعهد به انجام عین تعهد را ندارد، موظف است به صورت متعارف رفتار کند و در فرضی که می‌تواند با انجام موضوع معامله، از بروز ضرر یا افزایش آن جلوگیری کند، باید به اقتضای متعارف رفتار کند؛ وگرنه مسئول بوده و از دریافت این قسمت از زیان محروم می‌شود.

کلیدواژه‌ها: تحلیل اقتصادی حقوق؛ کارایی؛ مورد معامله؛ اجرای اجباری؛ فسخ؛ مسئولیت قراردادی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده ثبت و مدیریت قضایی، دانشگاه علوم قضایی (نویسنده مسئول)؛
Email: Mostafarezai15@gmail.com

** کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی؛
Email: Plato.mehni@gmail.com

فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست‌ودوم، شماره هشتادویک، بهار ۱۳۹۴

مقدمه

امروزه تقریباً پذیرفته شده که حقوق، دانشی مستقل نیست بلکه از وابستگی و تأثیر متقابل حقوق و سایر علوم، سخن گفته می‌شود (بادینی، ۱۳۸۵: ۳۸-۳۶). بر همین مبنا، به تدریج بر شمار مکاتب ابرارگرا و مطالعات میان‌رشته‌ای در علم حقوق افزوده می‌شود. در بین مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق، «تحلیل اقتصادی حقوق» به‌عنوان بارزترین و پیشرفته‌ترین این مطالعات، قابل توجه ویژه است؛ به نحوی که از آن به‌عنوان مهم‌ترین تحول در دانش حقوق، در قرن بیستم یاد می‌شود (Landes, 2003: 1, Salzberger, 2007: 1, Cooter and Ulen, 2000: 2-3)

جریان تحلیل اقتصادی حقوق با مقاله معروف «مسئله هزینه اجتماعی» آقای رونالد کاوز^۱ اقتصاددان و استاد ممتاز دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو آغاز (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۶) و با انتشار کتاب ریچارد پازنر^۲ تحت عنوان تحلیل اقتصادی حقوق در سال ۱۹۷۲، سرعت گرفت (همان: ۵). کاوز به‌عنوان بنیانگذار تحلیل اقتصادی حقوق، در مقاله خود در پی این بود که جهان حقوق باید با توجه به ابعاد و جنبه‌های اقتصادی‌اش تحلیل شود.^۳ این اندیشه بعدها توسط پازنر این‌گونه عنوان شد که بسیاری از نهادها و قواعد حقوقی را می‌توان تلاشی جهت تخصیص بهینه منابع دانست. وی معتقد بود که با توجه به کمبود منابع از یک‌سو و نیازهای نامحدود انسان از سوی دیگر، ضروری است تا این منابع محدود به بهترین شکل ممکن یعنی به‌صورت کارآمد، تخصیص یابند. از این رو به نظر پازنر، قواعد حقوقی باید با هدف رسیدن به کارایی بیشتر تنظیم گردند (Posner, 1990: 760).

علی‌رغم انتقاداتی که به جامعیت این نظریه در حقوق، صورت گرفته (Mackaay, 1999: 71-77)، اما تقریباً امروزه میان طرفداران و منتقدان مکتب تحلیل اقتصادی حقوق این مسئله مورد اجماع است، در زمینه‌هایی از حقوق که هدف آن کسب سود بیشتر همراه با هزینه کمتر و یا تخصیص مناسب و مطلوب منابع محدود است، کارایی اقتصادی، با عدالت، منطبق می‌شود و می‌تواند به‌عنوان مبنا و هدف قواعد مربوطه، مطرح شود. (Mathis, 2009: 195, Posner, 1990: 388). با بایبی، ۱۳۸۶: ۵۴، کاویانی، ۱۳۸۶: ۹۴)، (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۶۴، اکبرپور، محبی و نظری، ۱۳۹۰: ۲۰).

یکی از شاخه‌های حقوقی که به‌صورت برجسته، منطق سود-زیان در آن حاکم است و زمینه

1. Ronald H. Coase

2. Richard A. Posner

3. Coase, 1960: 20

مساعدی برای اعمال تحلیل اقتصادی وجود دارد، مبحث معاملات و قرار داده است. معامله، نهادی اقتصادی، با اهدافی اقتصادی و سودجویانه است؛ لذا باید نگاهی متناسب با طبیعت و هدف این نهاد حقوقی - اقتصادی، بر قواعد آن حاکم باشد اما قانون مدنی ایران با نگاهی صوری به این نهاد و تقسیم منطقی و شکلی «مورد معامله» به عین معین و کلی، آثار و نتایج اقتصادی منفی بسیاری را باعث شده است؛ از یک سو با ارائه نگاهی مضیق به موضوع نهاد منعطف و بازاری معامله، اجرای قراردادهای مالی را با مشکل روبه‌رو ساخته؛ به نحوی که بخش اعظمی از معاملات، به‌خصوص معاملات عمده تجاری با عدم اجرا (نقض از سوی متعهد) یا عدم امکان اجرا روبه‌رو می‌شوند و از سوی دیگر با توجه به تأثیر مستقیمی که این نگاه صوری بر نحوه شکل‌گیری ضمانت اجراهای نقض قرارداد گذاشته، ناکارآمدی اقتصادی آنها را به‌دنبال داشته است.

ضروری بودن ضمانت اجرای «اجبار به انجام عین تعهد» در بسیاری از موارد، مخالفت با اصول حقوق تجارت و تأثیر فراوانی که در افزایش حجم دعاوی و اطاله دادرسی داشته، بسیاری از نویسندگان را بر آن داشته تا به اصلاح این رویه اهتمام ورزند. علاوه بر این آنچنانکه خواهیم دید، ضمانت اجرای حق فسخ (به شکل کنونی) نیز با نواقصی روبه‌رو است و در برخی موارد سبب اتلاف منابع و افزایش هزینه‌های شخصی و اجتماعی می‌شود و نهایتاً اینکه ضمانت اجرای مسئولیت قراردادی که همواره از متعهدله حمایت می‌کند و تکلیفی بر عهده وی نمی‌گذارد نیز در برخی موارد منجر به بی‌مبالاتی متعهدله و اتلاف منابع اقتصادی می‌شود. آنچه در اینجا مورد ادعا و بررسی است این است که مشکلات مذکور در بخش اجرای معاملات و ضمانت اجراهای آن، ناشی از تقسیم شکلی مورد معامله بوده و با ارائه تحلیلی اقتصادی از آن، می‌توان هم از روبه‌رو شدن قرارداد با عدم اجرا یا عدم امکان اجرا جلوگیری کرد و هم معضلات ضمانت اجراهای نقض قرارداد را برطرف نمود. مبنای مباحث آتی نیز همان‌گونه که بیان شد، کارایی اقتصادی و استفاده از روش و اصول مکتب تحلیل اقتصادی حقوق است.

۱. مفهوم کارایی و معیارهای اقتصادی آن

فرض اساسی در علم اقتصاد، فرض محدودیت منابع و خواسته‌های نامحدود انسان است. از این رو مأموریت این علم را تخصیص این منابع محدود به بهترین نحو ممکن یعنی کارایی می‌دانند (میرسجادی، ۱۳۷۹: ۶۲؛ ایازی، ۱۳۸۰: ۱؛ انصاری، ۱۳۹۰: ۲۳). بدین ترتیب

تحلیل گران اقتصادی حقوق نیز معتقدند که مقصود از کاربرد اقتصاد در تحلیل اقتصادی حقوق آن است که صحت قواعد حقوقی بر مبنای کارایی سنجیده شود. به عبارت دیگر مبنا و هدف حقوق را کارایی می‌دانند (کاوایی، ۱۳۸۶: ۶۹). در تعبیر اقتصادی «به جریان تولیدی که نتوان با همان میزان منابع، محصول بیشتری به دست آورد یا نتوان با هزینه کمتر همان میزان محصول را تولید کرد، تولید کارآمد اطلاق می‌شود» (بابایی، ۱۳۸۶: ۴۱).

حقوق ترکیبی از قوانین و مقررات و رویه دادگاه‌ها و مراجع تصمیم‌گیری و نظریه‌های حقوقی است که ساختار دولت و قدرت و حدود تکالیف و اختیارات آنها و همچنین حقوق و تکالیف افراد حقیقی و حقوقی را مشخص و روابط آنها را با یکدیگر و با مراجع رسمی و دولتی تعیین می‌کند. تحلیل اقتصادی حقوق با استفاده از تکنیک‌ها، تحلیل‌ها و ارزش‌های اقتصادی تلاش می‌کند تا روابط حقوقی مذکور و عکس‌العمل افراد در مقابل قواعد حقوقی را توصیف و قواعد مفید و کارآمد را ارائه کند. تمامی این تحلیل‌ها و بررسی‌های اقتصادی نیز با تکیه بر عنصر کارایی برگرفته از علم اقتصاد صورت می‌گیرد؛ به این نحو که با کمترین هزینه‌ها، مطلوب بیشتری حاصل شود. بنابراین از نقطه نظر حقوقی کارایی یعنی از امکانات موجود با توجه به محدودیت‌ها و کمبودها، به نحوی استفاده شود که با کمترین هزینه، بالاترین میزان مطلوب حاصل شود (همان). برخی از نویسندگان، در تلاش برای یافتن راه‌های تحقق کارایی، به معیارهایی دست یافته‌اند که هر کدام از این معیارها با نام پیشنهاددهندگان آنها شناخته می‌شوند.

۱-۱. معیار «پارتو»^۱

معیار کارایی پارتو یا بهره‌وری تخصیصی در قرن نوزدهم توسط ویلفردو پارتو مطرح شد. معیار پارتو بیانگر حالتی است که در آن، منابع به صورتی اختصاص یافته که امکان تغییر آن به نحوی که حداقل یک نفر هم نتواند در موقعیت بهتری قرار گیرد بدون آنکه دیگران در موقعیت بدتری قرار گیرند، وجود ندارد. به این شکل هر گاه موقعیتی را بتوان فرض کرد که در آن کسی مطلوبیت بیشتری کسب کند بدون آنکه از مطلوبیت افراد دیگر کاسته شود، موقعیت جدید نسبت به موقعیت قبلی دارای کارایی بیشتری خواهد بود تا آنکه به نقطه‌ای

1. Pareto

منتهی شود که امکان تغییری در این جهت نباشد (خاندوزی، ۱۳۸۶: ۲۹۱).

معیار پارتو به دو گروه «بهینه پارتو» و «برتر پارتو» دسته‌بندی شده است. در این معیارها بین وضعیت امور، مراتب وجود دارد. وضعیت «الف» تنها در صورتی نسبت به «ب» برتر پارتو محسوب می‌شود که شرایط هیچ فردی در حرکت از «ب» به «الف» بدتر نشود و با این حال دست کم شرایط یک نفر در اثر این جابه‌جایی بهتر از قبل می‌شود.

«بهینه پارتو» هم زمانی محقق می‌شود که دیگر هیچ وضعیتی از وضعیت برتر پارتو بهتر نباشد. یعنی هرگونه جابه‌جایی از وضعیت برتر پارتو موجب می‌شود، دست کم شرایط یک نفر بدتر شود (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۲۳).

بیشتر طرفداران مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، کارایی پارتو را در وضعیت برتر پارتو استعمال می‌کنند و به این مفهوم کارایی تمایل دارند. برای این که معامله‌ای منعقد شود، هر دو طرف باید احساس کنند ارزشی که به دست می‌آورند، بیشتر از ارزشی است که از دست می‌دهند. پس، بعد از انعقاد معامله، در مقایسه با حالت قبل از معامله، شرایط دو طرف بهتر می‌شود. بدین سان کارایی پارتو با شرایط بازار مطلوب پیوند نزدیکی دارد.

۲-۱. معیار «کالدور-هیکس»^۱

از آنجا که کمتر سیاست و قاعده حقوقی را می‌توان یافت که آنچنان که در معیار پارتو اشاره شد، اجرای آن باعث کاهش مطلوبیت هیچ‌کسی نشود، تحلیل‌گران اقتصادی حقوق دنبال معیار منعطف‌تری بودند که در عین حال براساس آن کارایی نیز محقق شود. معیار جایگزین توسط نیکلاس کالدور و جان هیکس ارائه شد.

معیار کارایی کالدور-هیکس راجع به حالتی است که در آن برخلاف معیار پارتو، افزایش مطلوبیت برخی به قیمت زیان یا کاهش مطلوبیت دیگران باشد. این بهره‌وری و کارایی، به حالتی اطلاق می‌شود که در مقایسه با حالت قبل حداقل یک نفر از مطلوبیت بیشتری برخوردار شود هر چند که موجب کاهش مطلوبیت دیگران شود، ولی میزان افزایش مطلوبیت، بیش از خسارات و کاهش مطلوبیت دیگران باشد. به عبارت دیگر کارایی کالدور-هیکس حالتی است

که اگر کسی که از موقعیت جدید بهره‌مند شده و مطلوبیتش افزایش یافته کاهش مطلوبیت ناشی از این تغییر به دیگران را جبران کند باز هم سود کرده باشد (بابایی، ۱۳۸۶: ۴۲).

۳-۱. معیار «به حداکثر رساندن ثروت»^۱

مفهوم به حداکثر رساندن ثروت، به‌عنوان معیار کارایی که نخستین بار توسط پازنر مطرح شد، به این معنا است که یک معامله، یا هر نوع تغییری در استفاده یا مالکیت منابع سودمند است؛ به شرطی که ثروت اجتماعی را افزایش دهد.

از نظر پازنر، ثروت، ارزش دلاری کالاها و خدماتی است که در جامعه وجود دارد و این ارزش با میزان تمایل افراد برای پرداخت در ازای آن، شناخته می‌شود؛ جامعه تنها در صورتی می‌تواند ثروت خود را افزایش دهد که هر منبع یا کالایی در دست کسی قرار گیرد که حاضر است بیشترین پول را برای آنها بپردازد (خاندوزی، ۱۳۸۶: ۲۹۳).

در اقتصاد بازاری، این تضمین، در معاملات مبتنی بر اراده وجود دارد که کالاها در جایی قرار می‌گیرند که بیشترین ارزش را دارند، از این رو ثروت را به حداکثر می‌رسانند. بنابراین در صورتی که مانعی همچون هزینه‌های معاملاتی وجود نداشته باشد، معاملات، تخصیص منابع را به سمت کارایی سوق می‌دهد (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۱۱). بر همین اساس اجرای هر معامله به مثابه برداشتن گامی در جهت تحقق کارایی و تخصیص بهینه منابع است و باید اجرای قراردادها را تسهیل کند.

از سوی دیگر، در دنیای واقعی چنین فرضی که هزینه‌های معاملاتی صفر باشد، هیچ‌گاه وجود ندارد (باقری و شیخ‌سیاه، ۱۳۸۹: ۲۶)، لذا ضروری است قواعد حقوقی به گونه‌ای تبیین شوند تا این نقیصه را جبران کنند و از نتایج معاملات بازاری پیروی کنند (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۰۳). اینک با این دید، نظری به قواعد سنتی حاکم بر مورد معامله می‌اندازیم.

۲. تبیین و نقد تقسیم مورد معامله به عین معین و کلی

در حقوق ایران مورد معامله را از جهات مختلف مورد تقسیم‌بندی قرار داده‌اند. مقسم این تقسیمات

عبارت است از ماهیت، خصوصیات نوعی و شخصی و از حیث وضعیت منطقی (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۷۹). از جهت منطقی، مورد معامله به عین معین، در حکم معین و کلی فی‌الذمه تقسیم شده است (همان: ۲۸۰). در این تقسیم‌بندی، آنچه به‌وضوح حاکم است، نگاه کاملاً منطقی و شکلی است.

در اصطلاح منطقی، مفهوم یا کلی است یا جزئی؛ هیچ مفهوم دیگری غیر از این مفاهیم قابل تصور نیست و در عین حال، یک مفهوم نمی‌تواند هم جزئی باشد و هم کلی. مفهوم کلی، مفهومی است که قابل انطباق بر افراد متعدد باشد و مفهوم جزئی، مفهومی است که قابل انطباق بر افراد متعدد نباشد. این مفاهیم پس از ورود به علم حقوق تغییر نام داده‌اند: به مفهوم جزئی، عین معین و مورد معامله کلی را کلی فی‌الذمه می‌گویند. در حقوق، برای مورد معامله نوع سومی نیز در نظر گرفته شده و آن «در حکم عین معین» است. در حکم عین معین یا کلی در معین، عبارت است از فرد غیر مشخص از یک مجموعه معین (همان: ۲۸۱).

اقسام مورد معامله به تبعیت از مأخذ و منبع خود، همواره در یکی از انواع سه‌گانه محصور و محدود هستند، به نحوی که مورد معامله‌ای خارج از این سه قسم نمی‌توان تصور کرد و از میان این سه قسم هم، در هر معامله، صرفاً یکی از آنها می‌تواند، مورد معامله قرار گیرد. این نگاه به موضوع معامله، آثار اقتصادی و عملی منفی بسیاری به دنبال داشته است.

۱-۲. مواجهه قرارداد با عدم اجرا یا عدم امکان اجرا

محصور شدن مورد معامله در اقسام سه‌گانه و محدود شدن آن در یک قسم در هر معامله، احتمال مواجهه و رویارویی معامله با عدم اجرا از سوی متعهد یا عدم امکان اجرای آن را دوچندان می‌سازد. غالب معاملات بازاری براساس رؤیت فعلی یا رؤیت سابق و یا وصف عین موجود، صورت می‌پذیرد؛ در نتیجه جز در موارد معدودی، مورد معامله در عین خاصی تجسم پیدا می‌کند که معامله صرفاً باید از طریق آن صورت گیرد. تشخیص و تعیین مورد معامله در عین معین، بدین معناست که برای اجرای معامله، یک مسیر بیشتر وجود ندارد و با کوچکترین مانعی بر سر این مسیر، اجرای معامله با مشکل مواجه خواهد شد.

معمولاً در معاملات عمده، به‌خصوص معاملات تجاری، میان انعقاد معامله و اجرای معامله فاصله زمانی وجود دارد. در این مدت، بسیار اتفاق می‌افتد که متعهد (فروشنده)، مشتری بهتری پیدا می‌کند و تمایلی به اجرای معامله با خریدار اول را ندارد.

به لحاظ اقتصادی، اجرای معامله در این فرض با معیار کارایی پازنر در تضاد است؛ زیرا «عین» به کسی که بیشترین ارزش را برای آن می‌شناسد منتقل نمی‌شود. به لحاظ عملی هم، متعهد با مقایسه سود حاصل از معامله دوم با زیان ناشی از نقض قرارداد اول، به پیمان‌شکنی روی می‌آورد. عدم تمایل به اجرا، همچنین ممکن است ناشی از هزینه بالای اجرای معامله در مقایسه با پیش‌بینی قبلی متعهد باشد؛ نتیجه عدم تمایل اجرا از سوی متعهد به همراه لزوم اجرای معامله از طریق عین خاص و مشخص، قرارداد را با عدم اجرا روبه‌رو می‌سازد.

از سوی دیگر ممکن است علیرغم تمایل متعهد به اجرای معامله، به دلیل بروز مشکلاتی نسبت به عین مورد معامله، اجرای آن، با عدم امکان، روبه‌رو شود. تلف مورد معامله قبل از تسلیم، عدم قدرت بر تسلیم و تسلّم و مواردی از این دست را که حسب مورد سبب انفساخ یا بطلان معامله می‌شوند، می‌توان بر این موارد افزود.

۲-۲. عدم تطابق با قصد واقعی طرفین

در زمینه مسائل اقتصادی، مردم رفتار خود را براساس شرایط جامعه و نیازهای خود تنظیم می‌کنند و به ظرایف و دقایق علم منطق، نظری ندارند. یک رفتار اقتصادی ممکن است با هیچ‌یک از مفاهیم منطقی تطبیق نداشته باشد و یا اینکه ترکیبی از آن مفاهیم باشد. بسیار اتفاق می‌افتد که افراد، از توصیف یک امر جزئی همچون عین معین، امری کلی را اراده می‌کنند. برای مثال، در فرضی که خریدار، مورد معامله را ندیده است و فروشنده به توصیف مورد معامله می‌پردازد، لزوماً به این معنا نیست که طرفین بر همان مورد معامله غایب قصد توافق دارند. بیان اوصاف و خصوصیات شیئی که موجود است و در بازار، اشباه و نظایر بسیار دارد، نسبت به بیان اوصاف کالایی که هنوز موجود نیست و در مرحله انتزاع است، بسیار آسان‌تر و ساده‌تر می‌باشد. بر همین مبنا، مردم در رفتار بازاری خود، به جای توصیف امر غیرموجود، شیئی موجود را توصیف و امر غیرموجود (مثل یا بدل شیئی موجود) را اراده می‌کنند. اما از آنجا که تعریف منطقی مفاهیم، مبتنی بر مرزبندی بین مفاهیم است و در صورت توصیف کالای موجود، صرفاً همان عین می‌تواند به عنوان مورد معامله قرار می‌گیرد، معامله از قصد طرفین دور می‌گردد و شکل بر ماهیت و محتوا غلبه می‌یابد.

۲-۳. شکل‌گیری ناکارآمد ضمانت اجراها

براساس نگاه سنتی، ضمانت اجراهای مورد معامله، به‌عنوان ابزاری جهت احقاق حق متعهدله و کیفر پیمان‌شکن می‌باشند (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۴۴). بنابراین نوع و ترتیب آن‌ها، با توجه به طبیعت حق متعهدله، شکل خواهند گرفت؛ گفته شد که مورد معامله (حق متعهدله) الزاماً و منحصرأ در یکی از اقسام سه‌گانه محدود است و در هر معامله، موضوع آن اعم از معین و کلی کاملاً مشخص است. بنابراین طبیعی است تا زمانی که این حق کاملاً مشخص متعهدله قابلیت اجرا داشته باشد، در جهت احقاق حق وی، ابتدا باید همین مقصود اصلی و اولیه وی اجرا شود و دلیلی بر عدم اجرای معامله یا برهم زدن معامله وجود ندارد مگر اینکه معلوم شود، حق متعهدله قابل اجرا نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۵۲).

بر همین اساس، اصل اولیه در حقوق ایران، اجبار به ایفای عین تعهد است و در صورتی که اجبار به انحای مختلف خود کارگزار نبود، به‌عنوان آخرین حربه، متعهدله، حق فسخ معامله و دریافت خسارت را دارد (نورانی، ۱۳۸۸: ۲۲۴). از سوی دیگر از آنجا که حق الزام متعهد به‌صورت گسترده و موسع، در اختیار متعهدله است و هیچ چیز او را وادار به صرف نظر کردن از این حق و انجام موضوع تعهد مقابل به‌منظور پیشگیری از زیان نمی‌کند، در صورت ورود ضرر نیز نمی‌توان او را مسئول دانست. در این شرایط، متعهدله نه تکلیف و نه انگیزه‌ای برای جلوگیری از اتلاف منابع و پرهیز از بی‌مبالاتی ندارد (سادات‌اخوی، ۱۳۸۰: ۶۴).

تلاش‌هایی که اخیراً در سطح بین‌المللی در جهت نزدیکی نظام‌های حقوقی مختلف در بحث ضمانت اجراها صورت گرفته، نقش موضوع تعهد در چگونگی شکل‌گیری ضمانت اجراها را تأیید می‌کند. برای مثال در حقوق آمریکا که ضمانت اجرای اولیه، پرداخت خسارت است، برخی از اساتید حقوقی اظهار داشته‌اند که باید بین مورد معامله مثلی و قیمی تفاوت گذارد بدین نحو که در مورد کالاهای مثلی، ضمانت اجرای پرداخت خسارت و در مورد کالاهای قیمتی، ضمانت اجرای اجباری وضع گردد (Kronman, 1987: 50) در حقوق انگلستان نیز بین اموال منقول و غیرمنقول قائل به تفکیک شده‌اند (Eric Brousseau به نقل از انصاری، ۱۳۹۰: ۴۹۲) و در اصول حقوق قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، بین تعهدات پولی و تعهدات غیرپولی، تفکیک صورت گرفته است (مواد ۱-۲-۷ و ۲-۲-۷).

در هر حال، شکل‌گیری ضمانت اجراها در حقوق ایران که نتیجه طبیعی و منطقی نگاه

صوری به مورد معامله است، نظری به کارایی یا ناکارآمدی ندارد و نتایج منفی بسیاری به دنبال داشته که برخی از آنها (به تفکیک) مورد اشاره قرار می‌گیرند.

۱-۳-۲. اجرای اجباری

نظریه اجرای اجباری از آغازین روزهای طرح، با مشکلات و ایرادات جدی نظری و عملی مواجه بوده است و لذا در برخی از نظام‌های حقوقی همچون کامن‌لا، به‌عنوان راه جبران دومی پذیرفته شده و در صورتی که از طریق دیگری امکان جبران خسارت وجود نداشته باشد، حکم به اجرای عین قرارداد به نفع متعهدله صادر می‌شود (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۵۴). در نظام حقوقی ایران، مشهور، اجرای اجباری را جز در موارد مصرح، بر حق فسخ مقدم می‌دارد (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۲۹۷ و ۲۹۸) و نویسندگان بزرگ حقوق مدنی و بسیاری از فقهای متقدم و متأخر نیز، قائل به این نظر هستند (شیخ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۸۵؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۳: ۲۱۹؛ امامی، ۱۳۵۷، ج ۱: ۴۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵: ۱۳۸؛ صفایی، ۱۳۸۴: ۲۵۰-۲۴۹). حتی نویسندگانی که با نظریه اجرای اجباری به مخالفت برخاسته‌اند نیز اذعان دارند که اجبار به انجام عین تعهد همواره در حقوق ما حاکم بوده است (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۲۹۷) و در نقطه مقابل در قوانین ایران نص صریحی مبنی بر اعطای مستقیم و اولیه حق فسخ در صورت تخلف متعهد وجود ندارد (شیروی، ۱۳۷۷: ۵۶-۵۵) لیکن به دلیل معضلات عملی بسیار زیاد این نظریه، نویسندگان سعی کرده‌اند از طرق مختلف (استقرای در قوانین، استفاده از نظریات برخی فقها، ارائه تفسیر نوین از اصل لزوم و...) اعتبار این نظریه را زیر سؤال برند. در هر حال صرف نظر از نظریات مختلف در این زمینه، آنچه در عمل در حقوق ایران حاکم است و بی‌عدالتی‌ها و معضلات ذیل را باعث شده، تقدم اجرای اجباری است.

۱-۳-۲. مخالفت با اصول حقوق تجارت

در بیشتر موارد، در قراردادهای تجاری به‌ویژه قراردادهای تجاری بین‌المللی، اجرای عین تعهد بعد از نقض قرارداد، مطلوب طرفین نیست و در پاره‌ای از موارد هم، حتی عقلایی و اصلاً امکان‌پذیر نیست، چون فرایند طولانی پیش‌بینی شده برای این امر، موجب بروز خسارتی می‌شود که کمتر قابل تدارک است و با اصل سرعت در معاملات تجاری معارض است (اسکینی، ۱۳۸۶: ۴۵).

در حقوق تجارت به خصوص تجارت بین الملل، مهم ترین دغدغه، خلف وعده تجار است. زیرا هر تاجری سرمایه محدودی دارد که ابزار کار وی محسوب می شود و انجام تعهدات او بستگی تام به انجام به موقع تعهدات و وعده های شرکای تجاری اش دارد. تخلف آنان منجر به تخلف وی نیز می شود و در نتیجه موجب از دست رفتن اعتبار تجاری شخص می گردد و او را به ورطه ورشکستگی می کشاند. به همین ترتیب، اگر این اتفاق برای سایر تجار رخ دهد، اقتصاد جامعه متزلزل می شود، لذا قانونگذار باید ترتیبی مقرر نماید که به این نتیجه نامطلوب و همچنین کندی در روند معاملات تجاری منجر نشود (عرفانی، ۱۳۸۶: ۱۷). از دیدگاه تجاری، نقض کننده قرارداد، مجرم، متخلف و یا حتی همیشه خطا کار نیست، بلکه در بسیاری از مواقع، اجرای تعهد با مانعی روبه رو می شود که از نظر اقتصادی نه تنها مقرون به صرفه نیست، چه بسا زیان بار هم هست. بنابراین عدم اجرای قرارداد در پاره ای از موارد، منطقی و اقتصادی است و به نفع متعهد، متعهدله و جامعه است. نتیجه کلام این که، اصرار بیش از حد بر انجام عین تعهد با اصول اولیه حقوق تجارت، سازگاری ندارد. با توجه به رشد جوامع، توسعه و پیچیدگی روابط و مبادلات اقتصادی در جهان امروز به قواعدی نیازمندیم که اقتضای سرعت و مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات را در پی داشته باشد.

۲-۱-۳-۲. ضوری بودن

در نظام های حقوق موضوعه همچون ایران، با توجه به طولانی بودن دادرسی ها و مشکلات عملی، الزام متعهدله جهت رجوع به دادگاه و تقاضای اجبار، در پاره ای از موارد، یک حکم ضروری است و باعث عسر و حرج متعهدله می شود. فرض کنید شخصی برای مراسم بسیار مهم خود با رستورانی قرارداد می بندد که در تاریخ معینی از مهمانان او پذیرایی نماید. چند روز مانده به آن تاریخ، یکی از بستگان نزدیک صاحب رستوران فوت می کند و به شخص متعهدله اعلام می نماید، در تاریخ مقرر، رستوران تعطیل است و یا خود شخص، از اوضاع و احوال متوجه این امر شود. حال آیا در مثل چنین صورتی، اصرار بر اجبار به انجام عین تعهد، منطقی و ممکن است؟ آیا متعهدله و حتی متعهد در اثر این اصرار متضرر نمی شوند؟

۳-۱-۲-۳. افزایش حجم دعاوی و اطاله دادرسی

در عرصه حقوق تجارت، باید به عرف بازار و منطق ساده تجار احترام گذاشت و صرف نظریه پردازی و تحلیل ذهنی نمی‌تواند کارآمد باشد. اجبار و الزام متعهد در بسیاری از موارد در عالم ذهن و اعتبار ممکن است؛ حتی اگر بپذیریم به‌طور قطع، در همه قضایا به موجب حکم دادگاه، چنین چیزی واقع می‌شود، باز در حقوق تجارت مطلوب نیست. زیرا تاجر نمی‌خواهد، خود را درگیر تشریفات طولانی و پیچیده رسیدگی قضایی یا داوری بنماید و سرنوشت اموالش را که می‌تواند به دست خود رقم بزند به دیگران بسپارد و در انتظار بماند که به آن می‌رسد یا نه. قاعده اجبار و الزام متعهد به انجام عین تعهد، نیاز به گذراندن مراحل طولانی دادرسی دارد؛ ارائه دادخواست اجبار متعهد و پرداخت هزینه دادرسی توسط متعهدله (ماده ۲۳۷ ق.م) اجرای تعهد به هزینه متعهد توسط متعهدله یا ثالث در صورت عدم اجرا توسط متعهد (ماده ۲۳۸ ق.م) و نهایتاً حق فسخ معامله (ماده ۲۳۹ ق.م).

با تأمل در این قواعد و مقررات، به راحتی می‌توان تصور کرد که مقدار زیادی از پرونده‌های حقوقی به جهت این‌گونه قواعد در ترافیک رسیدگی قرار می‌گیرند.

۲-۳-۲. حق فسخ

مطابق قواعد موجود، نتیجه اعمال حق فسخ، اجرای قرارداد نیست بلکه بازگشت به جای پیشین است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۳۳)، بنابراین به لحاظ اقتصادی تنها مزیتی که می‌توان برای حق فسخ، متصور شد، جلوگیری از بروز خسارت یا افزایش خسارت است؛ لیکن در سایر موارد، نقشی در تحقق یا افزایش کارایی ندارد. در واقع مبنای حق فسخ مزبور، لاضرر است (همان: ۳۲۹)، در حالی که در تحلیل اقتصادی، بر این نکته تأکید می‌شود که مبنای قواعد حقوقی از جمله حق فسخ، باید کارایی اقتصادی باشد. این گرایش تأکید دارد که اگر کارایی را مبنای حق فسخ در نظر بگیریم، علاوه بر گسترش قلمرو حق فسخ، ضمن رعایت ملاحظات اقتصادی جدید، موارد سنتی را هم در نظر گرفته‌ایم.

در حال حاضر جایگاه حق فسخ، بعد از نقض قرارداد و صرفاً در اختیار متعهدله است اما گاهی وضعیتی پیش می‌آید که قبل از نقض قرارداد و حتی قبل از اجرای قرارداد، زیان‌های ناشی از اجرای تعهد بر منافع آن فزونی می‌یابد. در چنین شرایطی اجرای قرارداد، مغایر با کارایی اقتصادی است. بنابراین اگر کارایی را مبنای حق فسخ بدانیم، در این وضعیت،

می‌توان حتی قبل از اجرای قرارداد، برای «متعهد» اجازه فسخ معامله را قائل شد. این گرایش به خلق نظریه‌ای نوین در عرصه تحلیل اقتصادی حقوق به نام «نقض کارآمد» منجر شده است. مطابق این نظریه، چنانچه هزینه‌های اجرای تعهد برای طرفین، بیشتر از سود آن باشد، باید فسخ و نقض قرارداد را جایگزین اجرای قرارداد نمود؛ زیرا چنین فسخی منجر به استفاده بهتر از منابع می‌شود (Friedman, 1989: 19). براساس نظریه نقض کارآمد، در صورتی که در اثر فسخ قرارداد و پرداخت خسارت، دست کم شرایط یکی از طرفین بهتر از قبل شود، بدون اینکه وضعیت دیگری وخیم‌تر شود، چنین فسخی از نظر اجتماعی کارآمد است. این محاسبه بر مبنای معیار پارتو و معیار کالدور - هیکس است. هزینه‌های اجرای قرارداد، وقتی از منافع آن بیشتر است که وقوع حادثه محتمل الوقوعی، منابع لازم برای اجرای قرارداد را در استفاده جایگزین، بسیار ارزشمندتر می‌نماید. این وضعیت، ناشی از دو عامل حادثه قریب‌الوقوع مطلوب و نامطلوب است. هر دو حادثه (مطلوب و نامطلوب) ارزش منابع را از نظم عادی خارج می‌نمایند.

در اثر وقوع حادثه قریب‌الوقوع نامطلوب، هزینه اجرا افزایش می‌یابد به نحوی که از منافع مورد انتظار طرفین، فراتر رفته و متعهد را به پیمان‌شکنی ترغیب می‌کند. برای نمونه، اعتصاب، هزینه گزافی را برای تکمیل به موقع برنامه ساخت، وارد می‌کند. در این وضعیت، اجبار متعهد به تکمیل به موقع پروژه ساخت، به معنای تحمیل شرط ناکارآمد به وی است و موجب اتلاف منابع می‌گردد.

از سوی دیگر در اثر وقوع حادثه محتمل‌الوقوع مطلوب، عدم اجرای تعهد از طریق عین خاص، سودمندتر از اجرای آن است. برای مثال، فروشنده‌ای که تعهد نموده کالایی را به خریدار تسلیم کند، شخص ثالثی پیشنهاد بهتری برای کالا ارائه می‌نماید (Cooter and Ulen, 2000: 238).

حال اگر فروشنده ملزم به تسلیم آن کالای خاص به خریدار اول باشد، از لحاظ اقتصادی، قرارداد مزبور، قراردادی ناکارآمد خواهد بود؛ زیرا عین به کسی که بیشترین ارزش را برای آن قائل است منتقل نشده و تخصیص بهینه عین صورت نخواهد گرفت. علاوه بر این اگر سود حاصل از قرارداد دوم، برای فروشنده بیشتر از خسارت مربوط به نقض قرارداد اول باشد؛ وی نیز تمایلی به اجرای قرارداد اول نخواهد داشت و به پیمان‌شکنی روی می‌آورد. از این رو نویسندگان معتقدند باید در چنین شرایطی به متعهد اجازه داد تا با فسخ معامله و پرداخت خسارت متعهدله، با مشتری دوم قرارداد منعقد کند. بر این اساس وضعیت

متعهد بهتر از قبل می‌شود و به متعهدله نیز خسارتی وارد نمی‌شود (معیار پارتو) و عین نیز به مشتری دوم که ارزش بیشتری برای آن قائل است منتقل می‌شود (معیار پازنر). به عقیده تحلیل‌گران اقتصادی حقوق، این گونه رفتار را باید تشویق کرد. زیرا متعهد با سود بردن از نقض قرارداد، پس از جبران خسارت طلبکار، یک گام به سوی توزیع اقتصادی و اجتماعی مطلوب منابع برمی‌دارد (Birmingham, 1970: 273).

۳-۳-۲. مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی عبارت است از: «الترام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف او وارد می‌شود». این خسارت، به وسیله دادن مبلغی پول جبران می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۵۶). در نگاه سنتی که اجرای اجباری ضمانت اجرای اولیه نقض قرارداد محسوب می‌شود، علاوه بر هزینه بر بودن این مکانیزم، تعارض با اصول تجاری و سایر چالش‌هایی که به آنها اشاره شد، رفتار قانونی که از متعهدله، انتظار می‌رود، همواره اقتصادی نخواهد بود مطابق این مکانیزم، بعد از انعقاد قرارداد، متعهدله یا باید منتظر اجرای قرارداد باشد یا انتظار نقض قرارداد را داشته باشد تا بتواند با توسل به ضمانت اجرای اجبار متعهد، به حق خود برسد. در واقع اجرای اجباری که به صورت گسترده در اختیار متعهدله قرار می‌گیرد، هیچ مسئولیتی را بر دوش وی قرار نمی‌دهد تا از نقض قرارداد جلوگیری کند. این ترتیب در بسیاری موارد سبب کاهلی در رفتار متعهدله و بروز هزینه‌هایی می‌شود که متعهدله به راحتی می‌توانست از آنها جلوگیری کند (سادات‌اخوی، ۱۳۸۰: ۶۴).

۳. اهداف اقتصادی حقوق قراردادها

تحلیل اقتصادی حقوق در وهله 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 اقتصادی قراردادها به طور مختصر، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. اجرای معاملات کارآمد

از نظر اقتصادی، حقوق قراردادها باید به گونه‌ای طراحی شوند که به موجب آنها، صرفاً قراردادهایی که از نظر اجتماعی کارآمد هستند، اجرا شوند. در صورتی که هزینه اجرا از نظر

متعهد، مورد محاسبه قرار گیرد، مدیون از نظر منطقی به این صورت عمل می کند که اگر هزینه اجرا برای او بیشتر از هزینه وارد به او در اثر نقض قرارداد باشد، قرارداد را نقض خواهد کرد؛ ولی اگر هزینه اجرا کمتر از هزینه نقض باشد، قرارداد را اجرا می کند. در واقع، مدیون در صورتی انگیزه کارآمد برای اجرای قرارداد دارد که هزینه 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 می دهد که گویی قرارداد اجرا شده است.

دیگر نقش اقتصادی مهم حقوق معاملات، تنظیم مجموعه ای از عوامل معافیت در اجرای قرارداد است به گونه ای که اجرای قراردادهای کارآمد مورد تشویق قرار گیرند و از اجرای قراردادهای ناکارآمد جلوگیری کند.

برخی از نویسندگان بر این باورند که قراردادهایی که معیار برتر پارتو را داشته باشند، کارآمد نیستند. در صورت رعایت این معیار، دست کم شرایط یکی از طرفین بهبود می یابد و طرف دیگر هم زبانی نمی بیند (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۴۹).

۳-۲. مبارزه با فرصت طلبی

یکی دیگر از اهداف حقوق قراردادی، مبارزه با فرصت طلبی در قراردادهایی است که تعهدات طرفین به طور همزمان اجرا نمی شود. زیرا در چنین مواردی امکان دارد یکی از طرفین پس از دریافت سهم قراردادی، از انجام تعهد، خودداری ورزد. قواعد معاملاتی باید به گونه ای طراحی شوند تا ضمن جلوگیری از فرصت طلبی، به اجرای قراردادهای کارآمد هم کمک کنند.

۳-۳. کاستن از هزینه های معاملاتی

از دیدگاه اقتصادی، هزینه های معاملاتی یکی از مهم ترین موانع تمایل به تشکیل یا اجرای معامله و همچنین از علل ناکارآمدی معاملات است.

در علم اقتصاد، منظور از هزینه های معاملاتی هزینه انجام یک مبادله اقتصادی است. قیمت مورد معامله، هزینه حمل و نقل هرگونه موضوع مادی، هزینه پیدا کردن طرف معاملاتی، هزینه های گفتگو و چانه زنی، هزینه های کسب اطلاعات، نگارش و تنظیم قرارداد، وقتی که صرف خرید می شود، هزینه های اجرا و هزینه هایی از این دست، گاهی اوقات، فرد را از

تشکیل یا اجرای معامله منصرف می‌کند. در برخی موارد هم که اجرا صورت می‌گیرد، به دلیل هزینه‌های بسیار بالا، بر منفعت معامله غلبه پیدا می‌کند و مانع تحقق کارایی می‌شود، از این رو قواعد معاملاتی باید در جهت کاستن از این هزینه‌ها تبیین شوند (باقری و شیخ‌سیاه، ۱۳۸۹: ۳۳).

۳-۴. بازداری طرفین از بی احتیاطی در فرایند معامله

یکی دیگر از هدف‌های حقوق قراردادی از دیدگاه اقتصادی، بازداشتن از بی احتیاطی در فرایند 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 غیر 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 (فریدمن، ۱۳۸۰: ۴۶).

۴. تعیین مورد معامله بر اساس تحلیل اقتصادی تشکیل معامله

۴-۱. مبنای اقتصادی تشکیل معامله

بر اساس نگاه سنتی، مبنای تشکیل معامله، دستیابی به عین کالای طرف مقابل است؛ معامله‌کننده بدین سبب حاضر به انجام معامله می‌شود که کالای با ارزش مورد معامله را به دست آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۳۳). مطابق این دیدگاه، عین دارای حیثیت و ارزش ذاتی است و هر کالایی بر حسب ارزش ذاتی خود است که دارای قیمتی می‌باشد. در این دیدگاه که ریشه در دوران مبادله کالا به کالا دارد، بر «عین» به عنوان ارزشی که متعاملین بر مبنای آن معامله می‌کنند، تأکید فراوانی می‌شود و قواعد معاملاتی نیز حول این مفهوم تنظیم می‌شود. بر همین اساس گفته شده که «مورد معامله باید عین باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۴). این گرایش که مدت‌ها در علم اقتصاد نیز حاکم بود، تعیین قیمت و ارزش یک کالا را در طرف عرضه جستجو می‌کرد.

برخلاف نگاه سنتی، در نظریات مکاتب جدید اقتصادی همچون مکتب نئو کلاسیک، مبنای تشکیل معامله، «برطرف نمودن و ارضای نیازهای اقتصادی افراد» است. افراد برای این منظور اقدام به انجام معامله می‌کنند تا نیاز خود را از طریق کالای مورد معامله برطرف نمایند. بنابراین از نظر مصرف‌کننده، آن کالایی دارای ارزش است و او حاضر به خرید آن می‌باشد که بتواند نیاز وی را برطرف نماید و مطلوب او باشد (همان: ۱۰).

کارل منگر و فردریش ویزر از جمله اقتصاددانان مکتب اتریش معتقدند که ارزش یک کالا، براساس مطلوبیت آن سنجیده می‌شود و با برآورد ذهنی مصرف‌کننده مشخص می‌شود. یعنی این که مصرف‌کننده فکر می‌کند یک کالا تا چقدر برایش سودمند و باارزش است (لاژوزی، ۱۳۶۷: ۱۹۴). ویلیام استانلی جونز، اقتصاددان نئوکلاسیک، در تحقیقات خود نشان داد که افراد عاقل، تصمیمات مصرفی خود را براساس مطلوبیت حاصل از هر کالا می‌گیرند (ساموئلسن و هاوس، ۱۳۸۴: ۱۶۹). لئون والراس از بنیانگذاران مکتب مارژینالیست نیز بر پایه نظریه مطلوبیت، به جای این که تعیین قیمت را در طرف عرضه ببیند آن را در طرف تقاضا جستجو کرد (لاژوزی، ۱۳۶۷: ۲۰۳). زمینه‌های این نظریه در فقه، به‌ویژه در مباحث فقهای معاصر در تعریف «مال» نیز مشاهده می‌شود. بساری از فقها، مال و مالیت را از مفهوم مادی و محسوس خود، خارج ساخته و معتقدند که مال آن چیزی است که نسبت به آن تمایل و رغبت وجود داشته باشد و مطلوب طرفین باشد (حسینی روحانی، ۱۳۸۶: ۱۶-۱۵؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ۲۳-۲۲).

امروزه «تئوری مطلوبیت» یکی از نظریات رایج در علم اقتصاد است که در آن به جای «عین کالا» بر «مطلوبیت کالا» تأکید می‌شود. براساس این تئوری ارزش کالاها ذاتی نیست بلکه برحسب مطلوبیتی است که برای افراد ایجاد می‌کنند. مطلوبیت کالا هم براساس تمایل افراد به پرداخت (نقدی یا غیرنقدی) و به دست آوردن آن، مورد محاسبه قرار می‌گیرد. بر مبنای این نظریه، قیمت کالا در میان دو مرز مطلوبیت مصرف‌کننده و تولیدکننده قرار می‌گیرد. مرز بالای قیمت، مطلوبیت کالا از نظر خریدار و مرز پایین قیمت، مطلوبیت کالا از نظر فروشنده است. یعنی یک خریدار تا چه میزان حاضر است بابت یک کالا بپردازد و یک فروشنده، پایین‌ترین قیمتی را که با آن حاضر است کالا را بفروشد چقدر است (نمازی، ۱۳۸۴: ۷۸). تقابل پیوسته این دو مطلوبیت در معاملات، غالباً قیمت کالاها را در سطحی که به آن قیمت تعادلی یا قیمت بازاری می‌گویند، نگه می‌دارد. بنابراین از قیمت بازاری کالا، می‌توان سطح مطلوبیت آن را به دست آورد.

کاربست تئوری مطلوبیت در روابط معاملاتی، بیانگر این نکته است که عین مورد معامله، به صورت تابعی از مطلوبیت است و به میزانی که در رفع نیازهای اقتصادی (میزان مطلوبیت) مناسب باشد، ارزش دارد و مصرف‌کننده به همان میزان، حاضر به پرداخت برای آن می‌باشد. تکیه بر مطلوبیت به جای عین، این مزیت را دارد که بدل و جایگزین عین هم می‌تواند به عنوان مورد معامله قرار گیرد؛ چرا که مطلوبیت عین و بدل در اکثریت موارد،

برای خریدار، یکسان است. در حقیقت مورد معامله، آن چیزی است که مطلوبیت خریدار را فراهم کند خواه عین مذکور در قرارداد باشد یا بدل و جایگزین آن؛ زیرا برای خریدار رسیدن به آن سطح از مطلوبیت مهم است و این که دقیقاً از چه طریقی به آن دست یابد، در درجه دوم از اهمیت قرار دارد. به عبارت دقیق‌تر، عین، یکی از طرق رسیدن به مطلوبیت مورد انتظار خریدار است و آن چه موضوعیت دارد، همان مطلوبیت مورد نظر است.

۲-۴. تحلیل فعالیت روانی معامله‌کننده

در مباحث سنتی حقوقی نیز، حقوقدانان به منظور تفکیک ماهوی قصد و رضا و در بیان مراحل فعالیت روانی معامله‌کننده، به طور غیرمستقیم به جدایی میان «عین» و «ارزش یا مطلوبیت» نظر داشته‌اند، بدون این که مستقیماً به آن اشاره کنند یا تحلیل‌های خود را بر آن مبتنی سازند. گفته شده به منظور تشکیل معامله، ابتدا تصویر فروش یا خرید کالا در ذهن معامله‌کننده خطور می‌کند و در مرحله بعد به سنجش این خرید یا فروش می‌پردازد. پس از سنجش، اگر خرید یا فروش را مناسب ببیند، بدان مایل می‌شود و نهایتاً به خرید یا فروش اقدام می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۲۹). نکته‌ای که در این تحلیل روانی، بدان اشاره نشده و مغفول مانده، این است که سنجش خرید یا فروش و رضایت به آن، بر چه اساسی صورت می‌گیرد. «سنجش» در لغت عبارت است از «چیزی را با چیزی مقایسه کردن» یا «ارزش چیزی را براساس چیزی تعیین کردن» (دهخدا، ۱۳۳۹، ذیل «سنجش»). سؤالی که مطرح می‌شود این است که در این فعالیت روانی، خرید یا فروش، با چه چیزی مقایسه می‌شود و یا ارزش کالای مورد نظر براساس چه چیزی تعیین می‌شود و مهم‌تر این که اگر ارزش کالا براساس چیز دیگری تعیین می‌شود، کدام یک از آن دو، اصل است؟ روشن است که در سنجش خرید یا فروش کالا، ارزش کالای مورد نظر، براساس ارزش دیگری تعیین می‌شود و تصمیم به خرید یا فروش آن کالا، تابعی از آن مطلوب بالاتر است که در تعبیر اقتصاددانان «مطلوبیت مورد انتظار» برای ارضای نیاز اقتصادی فرد، نامیده می‌شود. بنابراین آنچه در این فرایند روانی، اصل است و مبنای معامله را تشکیل می‌دهد، دستیابی به این مطلوبیت مورد انتظار است.

۵. موقعیت قراردادی مورد انتظار به عنوان موضوع تعهد مدیون

مشخص شد که متعهدله از تشکیل معامله به دنبال سطحی از مطلوبیت برای رفع نیاز مادی یا

معنوی خود است 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 شود. 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 به‌عنوان موضوع معامله قرار گیرد.

۱-۵. لزوم مالیت داشتن مورد معامله

مطابق ماده (۲۱۴) قانون مدنی، «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای 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 ابتدایی، 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 سرقتی و نام تجاری، از ارکان مهم دارایی است، بدون این که پایه و مصداق مادی و محسوس داشته باشد، هر چند که ممکن است با ابزار مادی و عینی، ابراز و ارائه گردند. امروزه حقوق معنوی، ارقام بسیار بزرگی از اموال را تشکیل می‌دهند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۸۵). به‌طور خلاصه در رابطه با مفهوم مال باید به چند نکته توجه کرد:

۱. مال و ارزش اقتصادی آن، نتیجه رغبتی است که اشخاص برای به دست آوردن چیزی، در خود، احساس می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰). بنابراین مال، هر چیزی 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 گسترده 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 خروار گندم (به‌طور 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 زمره 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؛ همچنانکه برخی از فقهای برجسته متأخر به این حقیقت اشاره کرده‌اند.^۱

۲-۵. مفهوم موقعیت قراردادی مورد انتظار

براساس تحلیل اقتصادی تشکیل معامله، افراد به هنگام تشکیل قرارداد، اهداف و مقاصد خود را دنبال می‌کنند و عین در درجه دوم از اهمیت بوده و تابع آن است. هدف متعاملین از تشکیل قرارداد نیز، دستیابی به سطحی از مطلوبیت، برای رفع نیاز خود می‌باشد.

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 آن را 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. در واقع متعهدله انتظار دارد که متعهد، او را در موقعیت مالک شدن عینی با خصوصیات و اوصاف مذکور قرار دهد.

این موقعیت که متعهدله انتظار دارد از اجرای قرارداد، به‌منظور 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 (ایزانلو، عباسی حصوری و شعبانی کندسری، ۱۳۹۱: ۵۹). البته به‌دلیل اینکه 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 (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۶۰).

این ترتیب، همانند عین کلی فی‌الذمه در حقوق سنتی است که به هنگام تشکیل قرارداد،

۱. به عقیده شیخ انصاری، بیع ماهیتی عرفی دارد و بعد از ظهور اسلام، حقیقت شرعیه متشرعه پیدا نکرده است: ثم الظاهر: أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية بل هو باق علی معناه العرفی (انصاری، ۱۴۲۸ هـ.ق، ج ۳، ۱۰).

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، می‌تواند به‌عنوان موضوع تعهد مدیون و مورد معامله، قرار گیرد.

۱-۲-۵. 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، علاوه بر نفع هر دو طرف، به سود جامعه نیز خواهد بود.

در غالب موارد، برای متعهد مقرون به‌صرفه است که همان عین مذکور در قرارداد را در اختیار متعهدله قرار دهد؛ زیرا معمولاً آن عین در اختیار اوست و هزینه 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 هزینه اجرای کمتری دارد، قرارداد را اجرا کند. برای متعهدله نیز سودمند است؛ زیرا سریع‌تر به مقصود خود می‌رسد. علاوه بر این در مواردی، به‌خصوص در قراردادهای کلان تجاری که اجرای آنها پیچیده و زمان طولانی می‌طلبد، متعهد تحت شرایطی تمایل دارد سریعتر از رابطه 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 از طریق بدل و یا با استرداد ثمن قراردادی به اضافه 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 هزینه 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 نقطه مقابل هرگاه این ضرورت برای متعهدله نیز وجود داشته باشد، خود او می‌تواند عین را تهیه و هزینه 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.

۲-۲-۵. 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 به وسیله 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، هزینه کمتری داشته باشد، وی به تهیه عین اقدام کند و هزینه آن را از فروشنده دریافت کند (سادات‌اخوی، ۱۳۸۰: ۶۵-۶۴). هدف، تحقق موقعیت قراردادی مورد انتظار با کمترین هزینه معاملاتی است؛ معمولاً تحقق این هدف از جانب فروشنده، با هزینه کمتری روبه‌رو است. زیرا به‌طور 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 (خاندوزی، ۱۳۸۶: ۲۹۱).

در نگاه سنتی که تسلیم صرفاً از تعهدات بایع است، مسئولیت عدم تسلیم هم متوجه اوست اما بر اساس نظریه موقعیت قراردادی، کسی مسئول است که می‌توانست با هزینه کمتر، عین را تهیه کند. این نحو ضمانت اجرا، 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 این صورت 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 برعهده فروشنده و بسیار دشوار است. این ترتیب، مطابق با قاعده «تکلیف زیان دیده در تقلیل خسارت» در حقوق کامن‌لا می‌باشد (سادات‌اخوی، ۱۳۸۰: 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 رابطه قراردادی با خریدار اولیه رهایی یابد. به همین سبب طریق پیمان‌شکنی را در پیش می‌گیرد. به لحاظ اقتصادی، این معامله اگر هم به مرحله 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

رابطه قراردادی با او رهایی یابد، سبب وارد آوردن ضرر به او می‌شود و با معیار برتر پارتو در تضاد است. اما همان‌گونه که 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 پارتو).

از نتایج مثبت این نگاه اقتصادی، می‌توان به همراهی قرارداد با بازار، تسریع و تسهیل اجرای قرارداد، عدم نیاز مراجعه به دستگاه قضایی جهت نظارت بر قرارداد و حل اختلاف یا الزام متعهد به اجرای تعهد اشاره کرد. در واقع بازار، جانشین دادگاه می‌شود و بسیاری از هزینه‌های شخصی و اجتماعی، کاهش می‌یابد.

۶. 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 غیر منقول به دلیل وحدت و نداشتن اشیاء و نظایر (منابع جایگزین) دارای چنین خصیصه‌ای هستند (Brousseau Eric؛ به نقل از انصاری، ۱۳۹۰: 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 امکانپذیر 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 منحصرأ 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 مصرف کننده است و تقابل پیوسته مطلوبیت تقاضاکننده و عرضه کننده، 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 (نبیلی، ۱۳۹۰: ۳۲). 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 اینکه طرفین شرط مباشرت را در قرارداد لحاظ کنند. بنابراین عین معین را باید استثنایی بر نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار به حساب آورد.

۷. تأثیر تحلیل اقتصادی مورد معامله بر ضمانت اجراهای آن

۷-۱. اجرای اجباری

براساس نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار به عنوان موضوع تعهد، آن چه اهمیت دارد تأمین مطلوبیت مورد انتظار متعهدله از طریق قرار دادن وی در موقعیت قراردادی مورد نظر اوست؛ خواه از طریق تسلیم عین مادی مذکور در قرارداد باشد یا به واسطه بدل و جایگزین آن عین. بنابراین جز در موارد استثنائی، عین مادی مذکور، برای طرفین موضوعیت ندارد. از این رو اگر اجرای اجباری عین تعهد، به معنای اجبار به تسلیم عین مادی مذکور در قرارداد باشد به نحوی که هیچ چیز دیگری نتواند جایگزین آن شود (افضل، ۱۳۸۶: ۳)، به نظر می‌رسد نظریه اجرای اجباری در مورد قراردادی که موضوع آن تحقق موقعیت قراردادی مورد انتظار است، قابل اعمال نباشد. در واقع هنگامی که موضوع تعهد، برای طرفین موضوعیت ندارد

و متعهد ملزم به تسلیم عین خاص و معینی نمی‌باشد، اجبار او به تسلیم مصداقی مشخص، موضوعاً منتفی خواهد بود.

بنابراین در تحلیل اقتصادی مورد معامله، صرفاً زمانی اجرای اجباری به‌عنوان ضمانت اجرای ابتدایی نقض قرارداد مطرح می‌شود که مورد معامله در نظر طرفین موضوعیت داشته و مطلوبیت خریدار صرفاً از طریق همان عین، حاصل شود. فرضی که ما آن را عین معین نامیدیم؛ یعنی زمانی که حقیقتاً یا در نظر طرفین جایگزینی برای عین وجود نداشته باشد.

۲-۲. حق فسخ

موقعیت قراردادی مورد انتظار، از طرق مختلف، قابلیت تحقق را دارد و همین عامل، درصد روبه‌رو شدن قرارداد، با عدم اجرا یا عدم امکان اجرا را نزدیک به صفر می‌کند؛ متعهد می‌تواند از طریق عین مذکور در قرارداد یا بدل و جایگزین آن و پرداخت نقدی، متعهدله را در موقعیت مورد انتظار قرار دهد. خود متعهدله نیز می‌تواند (و تحت شرایطی باید) موضوع مادی تعهد مزبور را تهیه و هزینه آن را از متعهد دریافت کند. بدین ترتیب اصولاً نقض قرارداد، قابل تصور نمی‌باشد تا نوبت به اجرای اجباری یا اعمال حق فسخ برسد.

نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار، نه تنها اجرای قرارداد را آسان می‌سازد و از روبه‌رو شدن آن با عدم اجرا جلوگیری می‌کند، بلکه زمینه را برای افزایش کارایی و تخصیص بهینه عین فراهم می‌آورد. همچنانکه گفته شد، گاهی در اثر حادثه قریب‌الوقوع نامطلوب، هزینه اجرای تعهد از طریق عین مذکور در قرارداد، از منافع آن فراتر می‌رود (Cooter and Ulen, 2000: 238). به لحاظ اقتصادی چنین قراردادی ناکارآمد است و از لحاظ عملی هم، غالباً متعهد به پیمان‌شکنی روی می‌آورد. هر دوی این دغدغه‌ها یعنی کارایی و اجرای قرارداد، در نظریه موقعیت قراردادی قابل جمع و حل خواهند بود.

مطابق این نظریه، چنانچه متعهد دریا بد هزینه اجرا از طریق عین مذکور در قرارداد، از پیش‌بینی قبلی بسیار فراتر رفته، به جای پیمان‌شکنی به راحتی می‌تواند موقعیت قراردادی موردنظر را از طریق بدل و جایگزین عین و یا پرداخت نقدی، تأمین کند. بدین ترتیب، هم کارایی اقتصادی و رعایت سود- هزینه و هم اجرای قرارداد، تأمین خواهند شد. از سوی دیگر، گاهی افزایش هزینه بر منافع، ناشی از حادثه محتمل‌الوقوع مطلوب است. در فاصله انعقاد قرارداد تا اجرای آن، فروشنده مشتری بهتری پیدا می‌کند که قیمت پیشنهادی وی حتی پس از جبران خسارت خریدار

اول، سود قابل توجهی عاید فروشنده می‌کند (Ibid: 238). بنابراین فروشنده به پیمان‌شکنی در قبال معامله اول اقدام می‌کند. در این فرض هم، اجرای معامله اول از طریق عین مذکور در قرارداد، ناکارآمد محسوب می‌شود؛ زیرا عین به کسی که بیشترین ارزش را برای آن قائل است منتقل نمی‌شود. لیکن براساس موقعیت قراردادی مورد انتظار، فروشنده می‌تواند با تسلیم کالای جانشین یا پرداخت نقدی، موقعیت قراردادی مورد نظر خریدار اول را فراهم کند و عین را به خریدار دوم با قیمت بالاتر منتقل کند. در واقع، در این وضعیت، موضوع معامله اول «موقعیت قراردادی مورد انتظار» بوده و موضوع معامله دوم، «عین معین» است؛ زیرا در نظر خریدار دوم، جانشینی برای عین وجود ندارد که او حاضر است با قیمت بالاتر از قیمت تعادلی و بازاری، آن را خریداری نماید.

بدین ترتیب، اعمال نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار در فرض وقوع حادثه محتمل الوقوع مطلوب و نامطلوب، ضمن در برداشتن نظریه نقض کارآمد در قالب اجرای قرارداد، کارایی مناسب برای اعمال معیارهای پارتو و پازنر را نیز دارا می‌باشد؛ در فرض اخیر، وضعیت متعهد، با بردن سود بیشتر حاصل از معامله دوم، بدون ضرر زدن به متعهدله قرارداد اول، بهبود می‌یابد (معیار برتر پارتو) و عین نیز به کسی که بیشترین ارزش را برای آن می‌شناسد یعنی خریدار دوم، منتقل می‌شود (معیار کارایی پازنر).

۳-۷. مسئولیت قراردادی

از آنجا که در حقوق کلاسیک ما، اصل اولیه، الزام به اجرای عین تعهد است؛ در صورت نقض قرارداد از سوی متعهد، برای متعهدله متعارف و بلکه لازم است اجرای عین تعهد را از متعهد بخواهد و انجام موضوع تعهد طرف مقابل، نه تنها نامتعارف بلکه ممنوع است زیرا دخالت در اجرای تعهد توسط طرف مقابل محسوب می‌شود (سادات‌اخوی، ۱۳۸۰: ۶۵). بنابراین اگر از این جهت ضرری وارد آید، حتی در فرضی که متعهدله می‌توانست با انجام موضوع تعهد از بروز ضرر جلوگیری نماید؛ مسئولیت قراردادی همواره متوجه متعهد خواهد بود و متعهدله مصون می‌ماند. این رویه در بسیاری موارد سبب بی‌مبالاتی و کاهلی در رفتار متعهدله و اتلاف منابعی می‌شود که متعهدله می‌توانست از بروز آنها جلوگیری نماید.

در نقطه مقابل، براساس نظریه موقعیت قراردادی مورد انتظار، موضوع تعهد مدیون، فراهم نمودن «موقعیت» مورد نظر است؛ لذا نه متعهد، ملزم به تسلیم «عین» مشخصی است و نه متعهدله می‌تواند الزام

متعهد به تسلیم «عین» خاصی را درخواست کند و اجرای آن، هم از سوی متعهد و هم از جانب متعهدله امکانپذیر است؛ زیرا تعیین عین مادی مطابق با موقعیت قراردادی مورد انتظار توسط بازار و با داوری آن صورت می‌گیرد و تصور هر دو طرف و حتی ثالث، از مصداق مادی موضوع تعهد، یکسان خواهد بود. از سوی دیگر یکی از مهمترین اصول و اهداف اقتصادی قراردادها، تحقق موقعیت قراردادی با کمترین هزینه معاملاتی است؛ بنابراین انتظار می‌رود متعهدله که از یک سو حق الزام متعهد به انجام عین تعهد را ندارد و از سوی دیگر، امکان تحقق موقعیت قراردادی برای وی فراهم است، متعارف رفتار کند و در فرضی که به منظور دفع ضرر از خود، امکان تأمین موقعیت مورد انتظار از جانب او با هزینه کمتری نسبت به متعهد، امکان‌پذیر است، به این مطلوب عمل نماید. بر این اساس، چنانچه به واسطه تأخیر در اجرای تعهد، خسارتی به بار آید، مسئولیت قراردادی متوجه کسی است که می‌توانسته با هزینه کمتر، موقعیت قراردادی مورد انتظار را فراهم آورد (فریدمن، ۱۳۸۰: ۴۶) و اگر این شخص، متعهدله باشد، حق دریافت این قسمت از خسارت را دارا نمی‌باشد.

این نحو ضمانت اجرا، انگیزه بی‌احتیاطی در معامله را از طرفین می‌گیرد. دیگر بعد از تشکیل معامله، متعهدله منفعلانه به کناری نمی‌رود تا انتظار اجرای معامله یا نقض آن را بکشد بلکه او نیز همچون متعهد به عنوان طرف فعال، مترصد افزایش مطلوبیت قرارداد از طریق کسب سود بیشتر با هزینه کمتر است؛ در غیر این صورت اگر این امکان برای خریدار فراهم بوده و کوتاهی کند، خود او به عنوان مسئول محسوب می‌شود. البته لازم به تذکر است که اثبات این وضعیت، بر عهده متعهد است و به دلیل عدم آگاهی وی از وضعیت متعهدله، در غالب موارد، امری دشوار به نظر می‌رسد. در هر حال، آنچه را که متعهدله باید در مسیر اجرای قرارداد با هزینه کمتر، به عمل آورد در مفاد قاعده کاهلی زیان‌دیده در حقوق کامن‌لا می‌توان مشاهده نمود (سادات‌اخوی، ۱۳۸۰: ۵۹).

ممانعت از فرصت‌طلبی، از دیگر نتایج مثبت این نگاه اقتصادی به مورد معامله است. فروشنده نمی‌تواند با فرصت‌طلبی، ثمن معامله را دریافت کرده، از تسلیم عین خودداری کند و خریدار را درگیر روند طولانی اجرای اجباری کند؛ زیرا خریدار، خود می‌تواند عین مطابق با موقعیت قراردادی مورد انتظار را تهیه و هزینه آن را از فروشنده دریافت نماید. داوری در این مورد نیز با عرف و بازار مربوطه است. بنابراین از جمله نتایج مثبت این نظریه می‌توان به همراهی قرارداد با بازار، تسریع و تسهیل اجرای قرارداد، عدم نیاز مراجعه به دستگاه قضایی

جهت نظارت بر قرارداد و حل اختلاف یا الزام متعهد به اجرای تعهد اشاره کرد. در واقع بازار، جانشین دادگاه می‌شود و بسیاری از هزینه‌های شخصی و اجتماعی، کاهش می‌یابد.

۸. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

تحلیل اقتصادی قرارداد، نشان داد که نگاه شکلی به قواعد معاملاتی خصوصاً تقسیم منطقی مورد معامله به معین و کلی با انعطاف معاملاتی، کارایی اقتصادی و تحلیل اقتصادی انعقاد قرارداد به شدت در تعارض است. مخالفت با اصول تجاری 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. تحلیل اقتصادی تشکیل معامله نیز روشن ساخت، طرفین از تشکیل معامله به دنبال برطرف کردن نیاز اقتصادی خود هستند و بدین منظور به عین مادی مورد معامله نظر دارند. در واقع هر عینی که بتواند مطلوبیت و نیاز مورد نظر فرد را تأمین کند، صلاحیت قرار گرفتن به‌عنوان 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 اعیان را جهت رفع نیازهای طرفین معامله و تأمین مطلوبیت آنان فراهم آورده است. بنابراین آنچه طرفین به هنگام تشکیل قرارداد برعهده می‌گیرند، قرار دادن طرف مقابل در این موقعیت مورد نظر است نه صرفاً تسلیم عین مادی مشخص. با تدبیر 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 حین عقد، در اختیار متعهدله به گونه‌ای که مورد توقع و انتظارات ایشان بوده، می‌باشد منتها به دلیل اینکه 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.

مطابق این نظریه، موضوع تعهد مدیون، تأمین موقعیت قراردادی مورد انتظار متعهدله با داوری بازار است. این موقعیت می‌تواند از طریق عین مادی مذکور در قرارداد یا بدل آن عین یا پرداخت نقدی در زمان اجرا، صورت گیرد، نه متعهد ملزم به یکی از این راه‌ها می‌شود و نه متعهدله حق الزام متعهد را دارد. طبیعی است متعهد به هنگام اجرا راهی را انتخاب می‌کند که هزینه کمتری را به دنبال داشته باشد. این ترتیب هم مشکل نقض قرارداد ناشی از عدم تمایل متعهد به اجرا یا عدم

امکان اجرا را بر طرف می‌نماید و هم متعهدله را سریع‌تر به مقصود خود می‌رساند.

ضمانت اجرای ناکارآمد اجرای اجباری در معاملات تجاری کنونی نیز، به دلیل عدم تشخیص مورد معامله در عین خاص و معینی، موضوعاً منتفی خواهد بود. بدین ترتیب به جای مراجعه متعهدله به دستگاه قضایی و درخواست الزام متعهد طی فرایندی طولانی و پرهزینه، بازار جایگزین دادگاه می‌شود: متعهد با توجه به شرایط بازار، طریق مقرون به صرفه را انتخاب می‌کند؛ از هزینه‌های بیشتر، جلوگیری شده؛ قرارداد را از روبرو شدن با پیمان شکنی مصون می‌دارد و متعهدله را سریعاً به مطلوبیت مورد نظر خود می‌رساند. از سوی دیگر چون نه متعهد ملزم به تأدیه عین خاصی است و نه متعهدله حق الزام و اجبار متعهد را دارد و داوری در مورد تحقق موقعیت قراردادی مورد انتظار با عرف و بازار است، از متعهدله انتظار می‌رود تا در فرضی که به منظور دفع ضرر از خود، به راحتی می‌تواند این موقعیت را با هزینه کمتر نسبت به متعهد، فراهم کند، به صورت متعارف رفتار کند و ضمن تأمین عین یا بدل و دریافت هزینه آن از متعهد، از ایراد ضرر و هدر رفتن منابع جلوگیری کند. بنابراین در صورتی که بر اثر تاخیر در اجرای قرارداد، زیانی وارد آید، مسئولیت قراردادی متوجه کسی است که می‌توانسته با هزینه کمتر، موقعیت مورد نظر را فراهم کند. اثبات این امر گرچه دشوار است ولی در هر حال سبب پرهیز متعهدله از بی‌مبالاتی و کاهلی در فرایند معامله می‌شود. این وضعیت نیز علاوه بر هماهنگی با اهداف اقتصادی حقوق قراردادها با قاعده «تکلیف زیان‌دیده در کاستن از خسارت» در نظام حقوقی کاملاً مطابقت دارد. مشاهده می‌شود که تحلیل اقتصادی مورد معامله، به صورت مستقیم بر ضمانت‌اجراهای آن نیز تأثیر می‌گذارد و سبب افزایش کارایی اقتصادی آنها می‌شود.

در پایان باید به این نکته توجه داشت که در فرضی که طرفین به صورت استثنایی بر اجرای قرارداد از طریق عین خاص و مشخصی توافق و تأکید دارند، تحلیل‌های اقتصادی، از قواعد سنتی موجود، حمایت می‌کنند و آنها را کارآمد می‌دانند.

منابع و مأخذ

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۶). حقوق تجارت، چاپ یازدهم، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۲. افضل، فریدالدین (۱۳۸۶). «مطالعه تطبیقی اجرای عین قرارداد»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
۳. اکبرپور، مجید، ابوالفضل محبی و خدیجه نظری (۱۳۹۰). «بررسی تعهدات طبیعی در حقوق ایران، با رویکرد حقوقی و تحلیل اقتصادی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۶.
۴. امامی، سیدحسن (۱۳۸۴). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست‌وپنجم، تهران، اسلامیه.
۵. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۸ هـ.ق)، المکاسب، جلد سوم، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۶. انصاری، مهدی (۱۳۹۰). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران، جاودانه، جنگل.
۷. ایازی، احمد (۱۳۸۰). گزیده مطالب اساسی اقتصاد خرد، چاپ اول، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی.
۸. ایزانلو، محسن، مهدی عباسی‌حصوری و هادی شعبانی کندسری (۱۳۹۱). «انتقال قراردادی عقد در فقه امامیه»، آموزه‌های فقه دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۵.
۹. بابایی، ایرج (۱۳۸۶). «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال نهم، ش ۲۳.
۱۰. بادینی، حسن (۱۳۸۵). «آیا حقوق دانش مستقلی است؟»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۴.
۱۱. باقری، محمود و جواد شیخ‌سیاه (۱۳۸۹). «در جستجوی مطلوبیت: تحلیلی از قضیه کاوز در تعامل حقوق و اقتصاد»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۱۰۱.
۱۲. حسینی روحانی سیدمحمدصادق (۱۳۸۶). منهاج الفقاهه، جلد سوم، چاپ پنجم، قم، انوارالمهدی (عج).
۱۳. خاندوزی، سیداحسان (۱۳۸۶). «معیارهای اقتصادی در قانون‌گذاری نوین»، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۳، ش ۵۴.
۱۴. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ هـ.ق). منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم.
۱۵. سادات‌اخوی، سیدمحسن و محمود کاشانی (۱۳۸۰). «تکلیف زیان‌دیده به کاستن از خسارت با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۱۷، ش ۱.
۱۶. ساموئلسن، پل و نورد هاوز (۱۳۸۴). اصول علم اقتصاد، ترجمه مرتضی محمدخان، جلد اول، تهران، علمی و فرهنگی.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، مجد.
۱۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷). «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، ش ۱.

۱۹. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸). «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۴.
۲۰. صفایی، سیدحسین و نعمت‌الله الفت (۱۳۸۹). «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، ش ۷۹.
۲۱. صفایی، سیدحسین و دیگران (۱۳۸۴). حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، تهران، دانشگاه تهران.
۲۲. عرفانی، محمود (۱۳۸۶). حقوق تجارت، چاپ سوم، تهران، میزان.
۲۳. فریدمن، دیوید (۱۳۸۰). «حقوق و اقتصاد»، ترجمه پیمان شادفر، مجله اقتصادی، ش ۲.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چاپ سیزدهم، تهران، میزان.
۲۵. _____ (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۲۶. _____ (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۷. _____ (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد، ایقاع، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاویانی، کورش (۱۳۸۶). «درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال ۹، ش ۲۳.
۲۹. لاژوی، ژوزف (۱۳۶۷). مکتب‌های اقتصادی، ترجمه جهانگیر افکاری، چاپ اول، تهران، سازمان انتشارات و آموزش اسلامی.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۷). انوارالفقاهه (کتاب البیع)، چاپ اول، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
۳۱. میرسجادی، نظام (۱۳۷۹). سیستم قیمت‌ها و تخصیص منابع تولیدی، چاپ هشتم، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی.
۳۲. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵). جواهرالکلام، جلد ۲۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۳۳. نمازی، حسین (۱۳۸۴). نظام‌های اقتصادی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۴. نورانی مقدم، سیدیونس (۱۳۸۷). «اجبار به ایفای عین تعهد»، مجله پژوهش علوم انسانی، سال ۹، ش ۲۳.
۳۵. نیلی، مسعود (۱۳۹۰). مبانی اقتصاد، چاپ سوم، ویرایش اول، تهران، نشر نی.

36. Birmingham, Robert (1970). "Breach of Contract, Damage Measures", *Economic Efficiency*, 24 Rutgers L Rev.

37. Coase, Ronald (1960). "The Problem of Social Cost", *Journal of law and Economics*.

38. Cooter, Robert and Thomas Ulen (2000). *Law and Economics* (3 Edition), Massachusetts, Addison Wesley Longman.
39. Friedman, Daniel (1989). "The Efficient Breach fallacy", *the Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1.
40. Kronman, A (1978). "Specific Performance", the University of Chicago Law Review, Vol. 45, No. 2.
41. Landes, William (2003). "The Empirical Side of Law and Economics", Chicago Law Review.
42. Mackaay, Ejan (1999). "History of Law and Economics", Encyclopedia of Law and Economics.
43. Mathis, Klaus (2009). *Searching for the Philosophical Foundation of the Economic Analysis of Law*, Translated by Deborah Shannon, Springer.
44. Posner, Richard (1990). *The Problems of Jurisprudence*, Havard University Press, Boston.
45. _____ (1998). *Economic Analysis of Law*, 5 Edition, New York, Aspen Publishers.
46. Salzberger, Eli (2007). "The Economic Analysis of law—the Dominant Methodology for Legal Research", Haifa Law Review.