

## **Economic analysis of the "right of lien" as a guarantee of legal performance of contractual obligations**

**Mostafa Shahbazi\***

*Ph.D. in Private Law, Faculty of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran*

(Received: December 19, 2021 ; Accepted: February 28, 2022)

### **Abstract**

The rule of law is effective in the production of wealth and social welfare, so that any rule of law that causes a waste of resources must be reviewed. One of the functions of legal economic analysis is to evaluate the effectiveness of legal rules and determine the most efficient ones. In other words, the economic analysis of law is the application of theories of economics, especially "efficiency" as the basis of legal rules in order to evaluate these rules and, if necessary, correct them. In line with this, law and economics use economic rules, especially microeconomics, and determine the guarantee of optimal implementation in terms of the theory of "price of breach of obligation". Economic analysis of law also seeks to achieve the most valuable legal rule, the value that is referred to in the economic literature as the theory of "social cost". In the present research process, which uses a descriptive-analytical method, it is concluded that the right of lien has not only failed to achieve its goals legally, but also economically, has caused a waste of resources, increased transaction costs and increased lawsuits. It goes so far as to sometimes lead to the termination of the contract or its goals.

### **Keywords**

Lien, efficiency, Pareto, Caldor-Hicks, Posner.

---

\* **Corresponding Author, Email:** shahbazimostafa@gmail.com

## تحلیل اقتصادی «حق حبس» به منزله ضمانت اجرای قانونی تعهدات قراردادی

مصطفی شاهبازی\*

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۰۹)

### چکیده

قاعده حقوقی در تولید ثروت و رفاه اجتماعی مؤثر است؛ به گونه‌ای که هر قاعده حقوقی که موجب اتلاف منابع شود باید مورد بازبینی قرار گیرد. یکی از کارکردهای تحلیل اقتصادی حقوق ارزیابی کارایی قواعد حقوقی و تعیین کارآمدترین آنهاست. به عبارت دیگر، تحلیل اقتصادی حقوق عبارت است از به کارگیری نظریه‌های علم اقتصاد، خاصه کارایی، به منزله مبنای قواعد حقوقی به منظور ارزیابی این قواعد و عنداللزوم اصلاح آنها. حقوق و اقتصاد در زمینه این مهم از قواعد اقتصادی، خاصه اقتصاد خرد، بهره می‌گیرند و با لحاظ نظریه «قیمت نقض تعهد» ضمانت اجرای بهینه را معین می‌کنند. تحلیل اقتصادی حقوق همچنین در پی آن است تا با ارزان‌ترین قاعده حقوقی به ارزش مورد نظر دست یابد که در مباحث اقتصادی از آن تحت عنوان نظریه «هزینه اجتماعی» یاد می‌شود. در فرایند تحقیق حاضر، که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شد، این برآیند به دست آمد که حق حبس نه تنها از لحاظ حقوقی در رسیدن به اهداف خود ناکام مانده، بلکه از لحاظ اقتصادی سبب اتلاف منابع، افزایش هزینه‌های معاملاتی، و افزایش دعاوی شده است تا آنجا که بعضاً زمینه‌ها را بین رفتن قرارداد یا اهداف آن را ایجاد کرده است.

### کلیدواژه‌گان

پارتو، یازنر، حق حبس، کارایی، کالدور-هیکس.

### مقدمه

هرچند ضمانت اجرای تعهدات غیر از تعهدات است (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸: ۲۴۲۱)، ضمانت اجرای مفاد قرارداد در واقع پشتوانه‌های اجرای تعهدات هستند که می‌توان در دو دسته کلی بررسی کرد: اول اجرای عین تعهد و دوم خسارت. برخی از نظام‌های حقوقی، نظیر ایران، به پیروی از فقه اولویت را به اجرای عین تعهد (اجبار به انجام دادن تعهد) می‌دهند و برخی، مانند نظام حقوقی انگلیس، اولویت را به جبران خسارت می‌دهند. به نظر می‌رسد علت این تفاوت نگرش اقتصادی به حقوق و به طور خاص نگرش اقتصادی به ضمانت اجرای نقض قرارداد است (امینی ۱۳۹۸: ۱۸).

در هر حال غرض اصلی از اعمال هر یک از این روش‌ها ایجاد پشتوانه‌ای مطمئن جهت اجرای مفاد قرارداد است. امروزه، هدف از وضع ضمانت اجرا صرفاً اجرای تعهد و احترام به موازین حقوقی نیست، بلکه مبانی اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، و سیاسی نیز مد نظر است. مطالعه ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران حاکی از نگاه تک‌بعدی به صرف اجرای مفاد قرارداد، آن هم در عرصه خرید و فروش و تجارت‌های مرسوم آن زمان، نه تجارت‌های پیچیده و گسترده امروزی، است که امروزه دیگر کارایی لازم را نخواهند داشت. امروزه، اقتصاد حقوق (با نگاهی عواقب‌گرایی و فایده‌گرایی) در کنار اخلاق و عدالت به مثابه یکی از منابع اصلی در تفسیر حقوق قراردادها و تقنین ضمانت اجراها به شمار می‌رود.

سؤال مهمی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که از منظر تحلیل‌های اقتصادی به چه ضمانت اجرایی ضمانت اجرای «کارآمد» اطلاق می‌شود؟ به عبارت دیگر، ضمانت اجرا باید دارای چه ویژگی‌هایی باشد تا با کمترین هزینه بیشترین نفع را عاید طرفین قرارداد و جامعه کند؟ البته، با توجه به گستردگی مباحث، این موضوع در چند مقاله قابل تبیین است. پژوهش پیش رو، که آغازگر سلسله مباحث یادشده و اولین تحقیق در زمینه حق حبس است، فقط به حق حبس به منزله ضمانت اجرای قانونی تعهدات قراردادی و تحلیل اقتصادی آن می‌پردازد و بررسی ضمانت اجرای دیگر را به تحقیقات آتی موکول می‌کند.

در خصوص پیشینه تحقیق حاضر باید گفت در این خصوص چند اثر وجود دارد که هر یک

به موضوعی خاص پرداخته‌اند و جهت تحقیق آن‌ها کاملاً متفاوت است. از آن‌ها می‌توان به مقاله «تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای نقض تعهد (اجرای اجباری عین تعهد)» اشاره کرد. در این مقاله نویسندگان به مقایسه دو ضمانت اجرا، «اجرای اجباری» و «جبران خسارت»، پرداخته‌اند و به این نتیجه رسیده‌اند که ضمانت اجرای اول بر جبران خسارت برتری دارد. اثر دیگری که در این زمینه منتشر شده مقاله «تحلیل اقتصادی مورد معامله و آثار آن بر ضمانت اجرای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی» است. پرواضح است این مقاله هم به تحلیل اقتصادی حق حبس پرداخته است. مقاله یادشده، بعد از تبیین مشکلات عملی و اقتصادی ضمانت اجرای مورد اشاره، به دنبال آن است که از طریق تحلیل مناسب از مورد معامله و جایگزینی نگاه اقتصادی راه‌حلی ارائه کند.

نکته مهم این است که حق حبس در نظام حقوقی غرب کمی متفاوت از نظام حقوقی ایران است. چون در حقوق غرب این حق به عنوان حق «دفاع و ایراد» توصیف شده است؛ درحالی‌که بر اساس توصیف ماده ۳۷۷ ق.م. این حق یک حق «ذاتی اولیه» است. توضیح بیشتر آنکه در نظام حقوقی غرب طبیعت این حق به گونه‌ای است که در مرحله اجرا به کار می‌آید و وقتی محل اجرا می‌یابد که طرف دیگر از انجام دادن تعهد خود سر باز زند. به همین دلیل است که بعضی تصریح کرده‌اند حق حبس یک حق ذاتی اولیه نیست؛ یعنی ابتدا قابل اجرا نیست و از مصادیق دفاع متقابل متبایعان به شمار می‌رود. بنابراین، نمی‌توان آن را در شمار حقوق عینی و دینی آورد و اساساً حقی است که در مرحله دفاع به کار می‌رود (سعیدی ۱۳۸۷: ۱۴۴ - ۱۴۵). برخی دیگر از حقوقدانان این حق را ایراد تلقی کرده‌اند، یعنی ایراد هر یک از متبایعان در مقابل امتناع از انجام دادن تعهد طرف دیگر، و آن را به صورت یک حق ذاتی اولیه، که برای متعاقدان منظور شده باشد، پذیرفته‌اند و بر این اساس استدلال کرده‌اند که اگر چنین باشد (یعنی حق ذاتی اولیه) باید ابتدا به ساکن هم مجری باشد؛ در حالی که چنین نیست. از علمای حقوق فرانسه، کلن و کاپیتان بر آن‌اند که حق امتناع از اجرای تعهد را نمی‌توان یک حق ذاتی و اولیه به شمار آورد؛ بلکه به صورت حق دفاعی است که قانون برای متبایعان در صورت انجام ندادن تعهد در مقابل هم شناخته است (فتحی‌پور ۱۳۴۲: ۵۱). حقوق مدنی قدیم مصر در ماهیت حق حبس مردد بود. اما در قانون جدید مصر، مانند قوانین

بعضی از کشورها، همچون آلمان، حق حبس یک دفاع شناخته شده است. از نوشته‌های حقوقدانان مصری نیز برمی‌آید که حق حبس را ایراد تلقی کرده‌اند. زیرا «حق امتناع از اجرای تعهد» در زبان عربی به قاعده «الدفع بعدم تنفيذ العقد» تعبیر شده است که مراد از آن ایراد به عدم اجرای تعهد است. در حقوق قدیم فرانسه تعبیر *Exception nom adimpleti contractus*، که در حقوق رم کاربرد داشته، به کار رفته است (سنه‌وری ۱۹۹۷: ۲، ۲۰۰۸). در ماده ۸۳ قانون قراردادهای سوئیس،<sup>۱</sup> در صورتی که عدم اجرای یک طرف تا حدودی ظاهر باشد، مثلاً اعسار او منجر به ورشکستگی شود که نتواند تعهدات خود را ایفا کند یا محجور از اموال خود شود، که در صورت بدتر شدن اوضاع اقتصادی او حقوق طرف مقابل را مسلماً به خطر اندازد، وی حق خودداری از اجرای تعهد خود را دارد؛ البته تا زمانی که اجرای مقابل تأمین شود. در قراردادهای بیع نیز وضعیت مشابهی، مطابق قاعده یادشده، پیش‌بینی شده است. با توجه به این مطالب، مقاله حاضر به تحلیل اقتصادی حق حبس در نظام حقوقی ایران اختصاص دارد.

با توجه به طرح بحث مورد اشاره، مطالب در دو مبحث کلی ارائه خواهند شد. در مبحث نخست، در گفتارهای مستقل، مفهوم کارآیی و معیارهای تحلیل اقتصادی حقوق مطالعه می‌شود و در مبحث دوم، با توجه به معیارهای ارائه‌شده، به تحلیل اقتصادی حق حبس پرداخته می‌شود.

### مفهوم کارآیی و معیارهای اقتصادی آن

کارآیی از مفاهیم بنیادین موجود در مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق و اقتصاد است. رونالد کاوز، اقتصاددان معروف بریتانیایی، که در سال ۱۹۹۱ موفق به دریافت جایزه یادبود نوبل علوم اقتصادی شد، با مقاله خود، تحت عنوان «هزینه اجتماعی»، آغازگر مکتب تحلیل اقتصادی حقوق است. وی، در مقام بنیان‌گذار این مکتب، در مقاله خود در صدد بیان این امر بود که موضوعات و قواعد حقوقی باید با توجه به ابعاد اقتصادی‌شان تحلیل شوند. سخن تحلیلگران اقتصادی حقوق آن است که کارآیی در اقتصاد هدفی است که در حقوق نیز باید تعقیب شود. قواعد حقوقی نباید مانع کارآیی باشند، بلکه باید به تحقق این هدف یاری رسانند. به عبارت دیگر حقوق باید موجب شود

که منابع به بهترین شکل ممکن مورد استفاده قرار گیرند (کاویانی ۱۳۸۶: ۷۲ - ۷۳). قاضی ریچارد الن پوزنر<sup>۱</sup> (پازنر) در کتاب خود، تحت عنوان *تحلیل اقتصادی حقوق در قرن بیستم*، این مطلب را چنین بیان می‌کند که منابع محدود با توجه به خواسته‌های نامحدود بشری باید به صورت بهینه تخصیص یابند. از همین رو، قواعد حقوقی باید با هدف رسیدن به کارایی بیشتر تنظیم شوند. پیش‌فرض علم اقتصاد محدودیت منابع و خواسته‌های نامحدود بشر است. از این رو، مأموریت این علم را در تخصیص منابع محدود به بهترین نحو، یعنی کارایی، می‌دانند (انصاری ۱۳۹۰: ۲۳؛ میرسجادی ۱۳۷۹: ۶۲؛ ایازی ۱۳۸۰: ۱). به بیان دیگر، مبنا و هدف حقوق را کارایی می‌دانند (رضایی و اسفندیاری ۱۳۹۳: ۲۸۶). این ایده بر مبنای «کم‌یابی» استوار است که به باور رایزمن تعریف اقتصاد بر اساس این مفهوم تعریف رایج اقتصاد در قرن بیستم است (Reisman 1998: 14). کلمه «کارایی» مشترک لفظی است؛ با این توضیح که این لغت در ظرف‌های مختلف متضمن بار معنایی به‌خصوص است. برخی معانی آن نزد اقتصاددانان عبارت است از: ۱. تخصیص منابع به ارزشمندترین مصارف؛ ۲. حصول حداکثر فایده؛ ۳. تکمیل سود؛ ۴. ابزار مناسب رسیدن به هدف؛ ۵. وضعیتی که بدون ایراد ضرر به دیگری امکان تغییر آن نباشد. مفهوم اقتصادی کارایی ناظر به هزینه‌ها و فوایدی است که از یک اقدام، قاعده، یا یک نهاد عاید اجتماع به منزله یک کل می‌شود. این مفهوم متکی بر این ایده اساسی است که جامعه عبارت است از اجتماع افراد متشکله آن. بر همین اساس، هزینه و فایده اجتماع در کل تابعی است از هزینه و فایده‌ای که متوجه فرد فرد می‌شود. از همین جا می‌توان به مفهوم ابتدایی کارایی دست یافت و آن را به وضعیتی اطلاق کرد که در آن مجموعه فواید فردی حاصل از امری بیش از ضررهای ناشی از آن باشد (طوسی ۱۳۹۳: ۶۹ - ۷۰). از همین رو، از دیدگاه حقوقی، کارایی یعنی اینکه با توجه به محدودیت‌ها و کاستی‌ها به گونه‌ای از امکانات موجود استفاده کنیم که با کمترین هزینه بیشترین میزان مطلوبیت به دست آید. سه چهره از مفهوم کارایی در مباحث تحلیل اقتصادی حقوق بشر شناخته شده است. پیش از ورود به مباحث تحلیل اقتصادی، آشنایی با مباحث اقتصاددانان در این زمینه اجتناب‌ناپذیر است.

### معیار پارتو

معیار پارتو<sup>۱</sup> را در قرن ۱۹ ویلفردو پارتوی ایتالیایی مطرح کرد که به نام وی شهرت یافت. بر اساس این معیار، منابع موجود به گونه‌ای توزیع و اختصاص یافته‌اند که حتی یک نفر هم نمی‌تواند بدون آنکه دیگران را در وضعیت بدتری قرار دهد خود در موقعیت بهتری قرار گیرد. اینکه چه زمانی می‌توان گفت وضعیت شخص بهتر یا بدتر شده موضوعی کاملاً شخصی است که به توصیف هر شخص از وضعیت موجودش برمی‌گردد.<sup>۲</sup> طبق این نظریه، هرگاه در موقعیتی شخصی مطلوبیت بیشتری به دست آورد، بدون آنکه از مطلوبیت سایرین بکاهد، موقعیت جدید نسبت به موقعیت قبلی دارای کارایی بیشتری خواهد بود. معیار پارتو به «برتر پارتو» و «بهینه پارتو» تقسیم می‌شود. به حالت یادشده «برتر پارتو» گفته می‌شود. اما اگر برتر پارتو به جایی برسد که دیگر امکان تغییر در آن جهت نباشد «بهینه پارتو» محقق می‌شود. به عبارت دیگر در حالت «بهینه» هیچ وضعیتی از وضعیت برتر بهتر نیست و وضعیت برتر در بهترین حالت خود قرار دارد؛ به گونه‌ای که هر گونه جابه‌جایی در وضعیت برتر سبب می‌شود حالت برتر به هم بریزد و حداقل شرایط یک نفر بدتر شود. به بیان دیگر اگر نتیجه‌ای بهترین نتیجه ممکن باشد، به آن نتیجه بهینه پارتو می‌گویند.

در بهینه پارتو فرض بر این است که توزیع منابع به بهترین و مطلوب‌ترین شکل صورت گرفته است و حرکت از آن مستلزم بدتر شدن آن خواهد شد. از طرف دیگر، نقطه‌ای که در آن مبادله‌ای صورت نمی‌گیرد کاشف از تخصیص و توزیع بهینه منابع است. زیرا نبود مبادله اثبات می‌کند که آن منابع در حال حاضر ارزشمندترین شکل تخصیص است؛ در غیر این صورت اصولاً حرکتی باید در جهت جابه‌جایی منابع صورت می‌گرفت (Altman 1996: 153). در مفهوم پارتویی حفظ رفاه موجود افراد پیش شرط لازم برای امکان تغییرات توزیعی مجدد و سیاستگذاری‌هاست

#### 1. Vilfredo Pareto

۲. اندرو آلتمان از مؤلفان اقتصاد حقوق بر آن است که برای پاسخ به این سؤال که رفاه شخص در اثر تغییرات حاصله در توزیع منابع بهتر یا بدتر شده؟ لازم نیست به درون افراد نفوذ کرد؛ چون رفتار فرد، خود، بیانگر آن است (Altman 1996: 154).

(Veljanovsky 2007: 32). منظور اکثر تحلیلگران از کارآیی پارتو وضعیت و حالت «برتر پارتو» است و این مفهوم را مد نظر خود قرار می‌دهند. بر اساس این معیار، در صورت انعقاد قرارداد هر دو طرف باید احساس کنند ارزشی که به دست می‌آورند بیشتر از ارزشی است که از دست می‌دهند. در نتیجه، بعد از انعقاد قرارداد، بدون آنکه یکی از طرفین در وضعیت بدتر قرار گیرد، شرایط دو طرف بهتر می‌شود.

مهم‌ترین ایراد این نظریه غیرواقعی بودن این معیار در جهان عینی است. پازنر بر آن است که تقریباً محال است شرایط حصول «بهبود پارتویی» در جهان خارج محقق شود. زیرا غالب معاملات متضمن اثر بیرونی در ارتباط با اشخاص ثالث‌اند (posner 1986: 12).

### معیار کالدور-هیكس

از آنجا که معیار پارتو با واقعیت موجود در عالم حقوق انطباق زیادی نداشت (چون در عمل اصولاً قاعده‌ای وجود ندارد که با اجرای آن یکی از طرفین در وضعیت بدتری قرار نگیرد. از سوی دیگر معیار پارتو، با فرض اینکه اشخاص در ورود به معاملات بازاری آزادند، به تحلیل می‌پردازد؛ درحالی‌که در حقوق همیشه افراد آزاد نیستند و جنبه‌های آمرانهٔ فزونی نیز وجود دارد.) منتقدانی همچون نیکلاس کالدور و جان هیكس، که هر دو از اقتصاددان بنام انگلیس بودند، به فکر ارائهٔ معیاری جایگزین افتادند. معیار کالدور-هیكس، برخلاف معیار پارتو، دارای معیارهای سختگیرانهٔ کمتری است و بنابراین در شرایط بیشتری قابل استفاده است. معیار کالدور-هیكس می‌تواند در واقع وضعیت برخی از افراد را بدتر کند. این معیار به طور گسترده در اقتصاد رفاه و اقتصاد مدیریت اعمال می‌شود و بنا به نظر کوتر و الن جزء لاینفک آن است (Cooter et al. 1988: 50) تا آنجا که هر گاه مفهوم کارآیی بدون قرینه استعمال شود کارآیی به همین مفهوم مراد است. بر اساس این معیار، افزایش مطلوبیت برخی می‌تواند به قیمت زیان (هیكس) یا کاهش مطلوبیت دیگران (کالدور) باشد؛ ولی باید میزان افزایش مطلوبیت بیش از خسارات و کاهش مطلوبیت دیگران باشد. به بیان دیگر کارآیی در این نظریه یعنی اگر شخص یا گروهی که از موقعیت جدید مطلوبیت بیشتری کسب کرده‌اند زیان‌های وارد بر دیگران را هم جبران کنند باز هم سود کرده



باشند. چون با جبران ضرر از اشخاص متضرر باز هم رفاه اجتماعی در حد اعلی خود باقی خواهد ماند. در حقیقت، با جبران ضرر از متضرران، هر دو گروه (گروهی که به مطلوبیت بیشتری دست یافته‌اند و گروهی که مطلوبیتشان کاهش یافته یا متضرر شده‌اند) از رفاه اجتماعی بالا و یکسانی برخوردار می‌شوند. تفاوت مهمی که میان مفهوم پارتویی و کالدور-هیكسی وجود دارد این است که جبران ضرر، طبق نظریه اول، باید عملاً و در خارج محقق شود، در حالی که در مفهوم کالدور-هیكسی جبران خسارت متضرران صرفاً فرضی است (Cooter et al. 1988: 50). البته این معیار نیز دارای نواقص فنی متعدد است که مصون از انتقاد نمانده است. از جمله انتقادات می‌توان به عدم تضمین افزایش رفاه عمومی، عدم جبران خسارت، جایگزین شدن جمع‌گرایی به جای فردگرایی، و اینکه ملاک تشخیص سود و زیان چیست اشاره کرد. همین انتقادات بود که ریچارد پازنر را بر آن داشت با اصلاح معیار کالدور-هیكسی معیار خود را ارائه دهد و نواقص فنی موجود در این نظریه را برطرف کند.

#### معیار کارایی پازنر یا افزایش ثروت

این معیار، که با هدف تکمیل نظریه کالدور-هیكسی ارائه شده، بر اساس «افزایش ثروت اجتماعی» و «اصل رضایت»، توسط قاضی امریکایی، ریچارد پوزنر، پایه‌ریزی شد و در حال حاضر مفهوم غالب کارایی در حقوق و اقتصاد است (Zhou 2005: 11). در این نظریه هر نوع استفاده و برخورداری از منابع سودمند و مجاز است، به شرطی که به افزایش ثروت اجتماعی منجر شود. جامعه زمانی می‌تواند ثروت خود را افزایش دهد و اشخاص را از منابع موجود برخوردار کند که هر منبع یا کالا را در اختیار کسی قرار دهد که حاضر است بیشترین پول را برای آن بپردازد. پازنر معیار کارایی کالدور-هیكسی را «قاعده مزایده» می‌داند و بر آن است که حق باید به کسی منتقل شود که بیشترین ارزش را برای آن قائل است. مدعای پازنر این است که هدف حقوق باید بیشینه‌سازی ثروت اجتماعی باشد (نعیمی ۱۳۹۶: ۷۲۳) و ابزارها و قواعد حقوقی در جهت نیل به این هدف باید ترسیم شوند. هر قاعده حقوقی که این هدف را بهتر تأمین کند کارایی بیشتری دارد. به نظر پازنر نظام حقوقی کارآمد نظامی است که حداکثر ثروت اجتماعی را در پی داشته باشد (Zhou 2005: 11) و زمینه رشد مبادلات را در بازار به منظور تخصیص بهینه منابع فراهم

آورد (طوسی ۱۳۹۳: ۸۴). به نظر وی زمانی تخصیص منابع اقتصادی موجب حداکثر تحصیل ثروت اجتماعی می‌شود که آن منابع در اختیار کسانی قرار گیرد که بیشترین ارزش و بها را به منابع یادشده می‌دهند (posner 1986: 9). برخی از منتقدان بر آن‌اند که ملاک ارائه‌شده از سوی پازنر نه تنها با قواعد و اصول اخلاقی در تعارض است بلکه ارزش واقعی ثروت احساس رضایتی است که فرد از داشتن ثروت به دست می‌آورد. اگر فردی با داشتن پول نتواند به خواسته‌های خودش برسد، آن ثروت بی‌ارزش و بی‌خاصیت است. پس ثروت اجتماعی بدون فایده اجتماعی ارزش خود را از دست می‌دهد (Zhou 2005: 14-16)؛ درحالی‌که این نظریه بر «اصل رضایت» استوار است (امینی ۱۳۹۸: ۲۱). پس از ارائه معیارهای تحلیل اقتصادی، به تبیین حق حبس به عنوان ضمانت اجرای قانونی تعهدات قراردادی می‌پردازیم.

### تحلیل اقتصادی حق حبس

همان‌گونه که گذشت، تحلیل اقتصادی حقوقی ابتدا به مطالعه و بررسی قواعد حقوقی می‌پردازد و در صورتی که با قاعده‌ای حقوقی برخورد کند که کارآیی لازم را نداشته باشد و ناکارآمد تلقی شود، بر اساس اهداف و مبنای اقتصادی آن قاعده، به تجویز قواعد کارآمد اقدام می‌کند. بر همین اساس، به ناکارآمدی نگاه سنتی به حق حبس از منظر تحلیل اقتصادی می‌پردازیم.

### مواجه شدن قرارداد با بن بست عدم اجرا

به علت استنادپذیری مطلق حق حبس، که در ماده ۳۷۷ ق.م. نیز منعکس شده، هر یک از طرفین به استناد حق یادشده می‌توانند از اجرای تعهداتشان امتناع کنند و همان‌طور که برخی به درستی اظهار کرده‌اند اجرای قرارداد در همان مراحل اولیه به بن بست و «دور» کشیده می‌شود. زیرا این ماده اجرای تعهدات هر یک از طرفین را منوط به اجرای طرف دیگر کرده است و بالعکس و همان‌طور که میرزای رشتی بیان کرده با «دور معی» مواجه می‌شویم (رشتی گیلانی ۱۳۱۱: ۱۱۱) و از آنجا که برای خروج از این بن بست و دور به عامل دیگری- همچون مداخله دادگاه، امین مرضی‌الطرفین، قرعه، و... نیاز است، این دور دوری باطل است.<sup>۱</sup> چون اجرای تعهدات هر یک از

۱. اگر معیار بطلان دور را «احتیاج» یا «توقف» بدانیم، دور معی دوری باطل است (مقیم اردکانی ۱۳۹۴: ۱۰۷ - ۱۲۳).

طرفین منوط و وابسته به اجرای تعهدات خودش شده است. به عبارت دیگر، بایع زمانی می‌تواند اجرای تعهدات طرف مقابل را مطالبه کند که خود تعهداتی را که در برابر طرف مقابل به عهده دارد اجرا کند. از سوی دیگر، طرف مقابل زمانی تعهداتش را اجرا خواهد کرد که بایع به تعهداتش عمل کرده باشد و این دور همچنان ادامه دارد.

به لحاظ اقتصادی و عملاً اجرای معامله در این فرض با معیار کارآیی پارتو در تضاد است. زیرا وضعیت طرفین قبل و بعد از انعقاد قرارداد یکسان است و هیچ‌یک در وضعیت بهتری قرار نگرفته‌اند. این وضعیت زمانی تشدید می‌شود که مبیع قبل از تسلیم تلف شود. چون در این صورت به علت تقدم قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» بر حق حبس، به لحاظ اقتصادی، با هیچ‌یک از ملاک‌های از پیش گفته‌شده، قرارداد کارآیی ندارد. زیرا اگر مبیع در ایام حبس در اثر حوادث قهری تلف شود باعث انفساخ عقد بیع می‌شود. یعنی فروشنده نه‌تنها به عوض قراردادی و آنچه مورد انتظارش بوده نمی‌رسد، بلکه آنچه را به سبب عقد مالک شده است نیز باید مسترد دارد. علاوه بر این اگر مبیع منافی هم داشته باید به مشتری تسلیم کند، بدون آنکه بتواند از مشتری مطالبه ثمن یا هر گونه خسارتی کند و این یکی دیگر از ایرادات جدی بر حق حبس یادشده در ماده ۳۷۷ ق.م. است. این در حالی است که این حق به عنوان ضمانت اجرا توصیف شده است و بایع برای رسیدن به حقیقت از حق حبس استفاده کرده است. همین مطلب در خصوص ثمن شخصی نیز صادق است. پرواضح است که معیار پارتو در اینجا صادق نیست. چون وضعیت یکی از طرفین به نفع دیگری بدتر شده است. از آنجا که مشتری خسارات بایع را جبران نمی‌کند، معیار کالدور-هیگس هم صادق نیست. معیار پازنر هم نمی‌تواند صادق باشد. چون قاعده مزایده در اینجا رعایت نشده است. زیرا مشتری بدون پرداخت هر گونه ثمنی مالک منافع می‌شود. بنابراین، حق حبس از این جهت کارآیی نخواهد داشت.

### اتلاف منابع

وجود ضمانت اجرا موجب لازم‌الاجرا بودن قراردادهاست (محبی ۱۳۹۳: ۱۲۸). ضمانت اجراها وسایل جلوگیری از تجاوز به قواعد حقوقی (و حقوق ناشی از آنها) و اجبار اشخاص به رعایت آنها هستند (کاتوزیان ۱۳۷۶: ۳۱۸). از آنجا که حق حبس دارای خصیصه منفی است و به صورت مطلق و

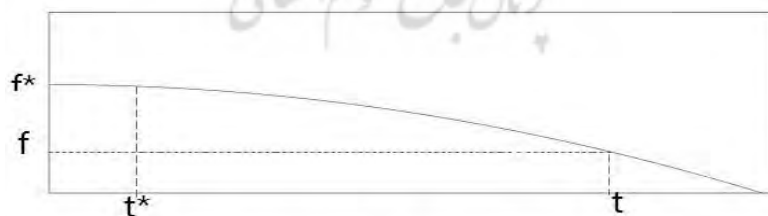
نامحدود در اختیار طرفین قرارداد است و هیچ چیز آن‌ها را وادار به صرف نظر کردن از این حق و انجام دادن موضوع تعهد نمی‌کند، انگیزه‌ای برای پیشگیری از اتلاف منابع و پرهیز از بی‌مبالاتی ندارند. چون هر یک دل‌خوش به حبس عوض قراردادی طرف مقابل است و به آن به عنوان یک وثیقه می‌نگرد.<sup>۱</sup> به هر حال، شکل‌گیری ضمانت اجراهای تعهدات قراردادی، از جمله حق حبس، که نتیجه طبیعی و منطقی نگاه شکلی و صوری به ابزارهای ضمانتی است، نظری به کارآمدی و ناکارآمدی ندارد و درباره این موضوع منفعل است و از لحاظ اقتصادی و حتی حقوقی نتایج منفی بسیاری در پی دارد. در همین زمینه پرسشی که مطرح شود آن است که اگر در مدت حبس مشتری درخواست کند که از مال خود، یعنی مبیع که در دست بایع است، خود او یا شخص ثالثی انتفاع ببرد، آیا بایع ملزم به پذیرش این درخواست است؟ از سویی منافع مبیع پس از عقد و در ایام حبس متعلق به مشتری است و بایع حق استفاده از آن را ندارد. مشتری نیز چون عین را در تصرف ندارد منافع هم از دسترس او خارج است. پس منافع مبیع در این مدت حالت تعلیق دارد (باقری و طباطبایی ۱۳۸۴: ۱۰۰).

در پاسخ به سؤال فوق فقیهان از اظهار نظر قطعی خودداری کرده‌اند. برخی گفته‌اند که ظاهراً بایع می‌تواند مشتری را از انتفاع منع کند (حسینی عاملی، بی تا: ج ۴، ۷۲۸) و برخی دیگر منع بایع را قابل اشکال می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳، ۱۴۶). شیخ انصاری تنها دو احتمال یادشده را مطرح کرده و از اظهار نظر خودداری کرده است (انصاری ۱۴۱۱: ج ۳، ۱۴۴). در تشریح سخن شیخ، دلیل دو احتمال توضیح داده شده و سپس وجوب اجابت بایع به درخواست مشتری مورد پذیرش قرار گرفته است؛ با این بیان که منظور شیخ از احتمال وجوب اجابت این است که در این صورت بین ابقای مبیع در دست بایع و انتفاع مشتری از مال خود جمع شده و علت عدم وجوب اجابت این است که هدف از حبس مبیع ایجاد انگیزه برای تسلیم ثمن در مشتری است. این انگیزه در او به وجود نمی‌آید مگر اینکه از انحای تصرفات در مبیع منع شود. امام خمینی نیز دو احتمال یادشده را مطرح و لزوم اجابت بایع به درخواست مشتری را متناسب با قواعد دانسته است. ولی در آن مناقشه می‌کند و می‌فرماید که ممکن است گفته شود جواز امتناع از تسلیم عین مستلزم جواز امتناع از انتفاع آن است (خمینی ۱۴۲۱: ج ۵، ۵۷۴).

۱. «لأن له حق الحبس و التوثق إلى أن يستوفى العوض.» (انصاری ۱۴۱۱: ج ۳، ۱۴۲).

### مخالفت با اصول حاکم بر حقوق تجارت

جامعه اقتصادی و تجارت امروز تابع سرعت و متکی به استفاده از اعتبارات است و برای احراز تعهدات طرفین معامله قواعد خشک و محکم قانون مدنی باعث رکود می‌شود. بنابراین برای اثبات تعهدات و دلایل مربوط به حقوق تجارت آزادی بیشتر و اصول کش‌دارتری پیش‌بینی شده است. از این رو روابط تجاری و سرعت معاملات مستلزم حفظ حقوق طلبکاران است و الزامات و تضمینات بیشتری را ایجاب می‌کند (ستوده تهرانی ۱۳۸۵: ج ۱، ۱۶). از سویی اهمیت عرف و عادات و رسوم تجاری در این رشته [حقوق تجارت] خیلی زیاد است و اغلب باید به اصول متداول بین تجار مراجعه کرد (ستوده تهرانی ۱۳۸۵: ج ۱، ۲۲). یکی از اصول نانوشته اما پذیرفته‌شده و مسلم «اصل سرعت» است. این اصل در روابط تجاری بین‌المللی - که اطراف قرارداد نه‌تنها در یک مکان حضور ندارند و به راحتی به یک‌دیگر دسترسی ندارند، بلکه ممکن است در کشورهای مختلف با نظام‌های حقوقی متفاوت به سر برند - از اهمیتی دوچندان برخوردار است. زیرا روابط تجاری همچون زنجیر به یک‌دیگر مرتبط‌اند. یک تاجر هم‌زمان روابط تجاری متعددی برقرار می‌کند. ایجاد اختلال در یکی از این روابط یقیناً نه‌تنها سایر روابط وی را تحت الشعاع قرار می‌دهد، بلکه بر روابط سایر اشخاص و تجاری که با وی روابط معاملاتی دارند نیز اثرگذار است. هر چه میزان گردش سرمایه با سرعت و امنیت بیشتری همراه باشد، رونق اقتصادی نیز بیشتر می‌شود. حق حبس، که مانع قانونی اجرای تعهدات طرفین است، با اصل سرعت به هیچ‌وجه سازگاری ندارد. مثلاً اگر  $(t)$  زمان اجرای تعهدات و  $(f)$  میزان گردش سرمایه را نشان دهد و  $(f^*)$  بیانگر گردش سرمایه بهینه (که حاکی از رونق اقتصادی است) باشد و  $(t^*)$  زمان اجرای تعهدات در دوره رونق اقتصادی را نمایش دهد، با افزایش زمان اجرای تعهدات بر اثر اعمال حق حبس با رکود اقتصادی مواجه خواهیم شد.



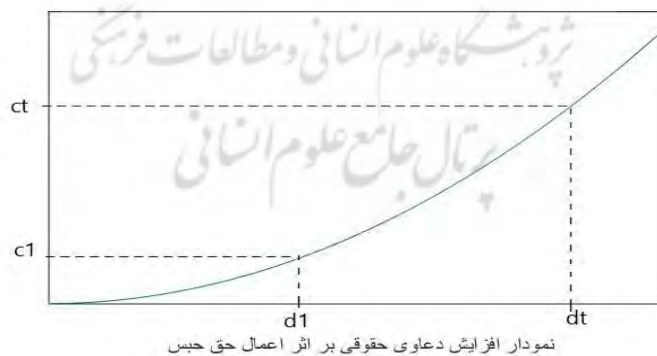
نمودار تاثیر حق حبس بر کاهش رونق اقتصادی بر اثر افزایش زمان

قانون‌گذار باید قوانین را در جهت تسهیل و روان‌سازی روابط تجاری وضع کند تا با کندی در معاملات مواجه نشویم. اصرار بیش از حد بر اجرای عین تعهدات از طرق مختلف، از جمله حق حبس، نه تنها با اصول تجاری همخوانی ندارد، بلکه با معیارهای اقتصادی، همان‌گونه که در شماره قبل اشاره شد، نیز منطبق نیست.

### زیانمندی و افزایش دعاوی و اطاله دادرسی

قصد متعاملین از انعقاد یک قرارداد صرفاً انجام دادن عملیات‌های ذهنی در عالم حقوق و رسیدن به مالکیت در عالم اعتبار نیست؛ بلکه برای موضوع قرارداد برنامه‌های متعدد حقوقی و مادی دارند و قرارداد صرفاً ابزاری برای اجرایی کردن منویات طرفین است. صرفاً تحلیل‌های ذهنی در عالم اعتبار نمی‌تواند نیازهای مادی اشخاص جامعه را برطرف کند. حق حبس با ایجاد توقف در گردش ثروت و منابع مالی نه تنها طرفین را در رسیدن به منظورشان ناکام می‌گذارد، بلکه برای رهایی از این وضعیت طرفین را در جریان طولانی و پرهزینه دادرسی قرار می‌دهد، که همین امر هزینه‌های زمانی و اقتصادی مضاعفی را بر طرفین تحمیل می‌کند. مثلاً اگر فرض شود  $c_1$  تعداد قراردادهای کنونی و  $c_t$  تعداد این قراردادها در زمان  $t$  باشد، اگر  $d_1$  تعداد دعاوی حقوقی در زمان کنونی باشد، مسلم است که در زمان  $t$  به علت وجود حق حبس در قراردادها و ارجاع به دادرسی حداقل  $(c_t - c_1)$  دعاوی حقوقی اضافه می‌شود.

$$d_t > d_1 + (c_t - c_1)$$



این مطلب در عرصه حقوق تجارت باعث اختلالات جدی در امور تجاری می‌شود. با توجه به وحدت آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری، تاجر نمی‌تواند خود را درگیر تشریفات پیچیده و طولانی قضایی یا داوری کند و منتظر آینده‌ای مبهم بماند که سرنوشت اموالش چه می‌شود. طبق باور برخی نویسندگان، در این حالت که طرفین یا یکی از آنها از اجرای تعهدات خود به استناد حق حبس امتناع می‌کند می‌توان به طرف مقابل حق فسخ داد. این نکته شاید در ابتدا وجیه به نظر برسد؛ اما، از لحاظ حقوقی، فسخ قرارداد اجرای آن نیست، بلکه بازگشت به حالت پیشین (حالت قبل از انعقاد قرارداد) است (کاتوزیان ۱۳۸۹: ۳۳۳). در نتیجه به لحاظ اقتصادی تنها فایده‌ای که می‌توان برای حق فسخ در نظر گرفت پیشگیری از افزایش خسارات است. البته ناگفته نماند که در تحلیل اقتصادی حقوق نظریه‌ای تحت عنوان «نقض کارآمد» مطرح است که مطابق آن چنانچه هزینه‌های اجرای تعهد برای طرفین یا یکی از طرفین بیشتر از سود آن باشد باید نقض و فسخ قرارداد را جایگزین اجرای قرارداد کرد. زیرا این فسخ منجر به استفاده بهتر و کارآمدتر از منابع می‌شود (Friedman 1989: 19). بر اساس این نظریه، در صورتی که در اثر فسخ و پرداخت خسارت دست کم وضعیت یکی از طرفین بهتر بشود، بدون اینکه وضعیت طرف مقابل بدتر شود، چنین فسخی از نظر اقتصادی کارآمد است و با نظریه کالدور-هیکس مطابقت دارد.

#### تأثیر حق حبس بر افزایش هزینه‌های معاملاتی

برای اولین بار کاوز در سال ۱۹۳۷ در مقاله خود، تحت عنوان «ماهیت بنگاه»، به مفهوم «هزینه‌های معاملاتی» اشاره کرد. از نظر وی، بدیهی‌ترین هزینه معاملاتی جهت ساماندهی تولید، با استفاده از مکانیسم قیمت، هزینه‌های ناشی از کشف قیمت‌های مناسب است. این هزینه‌ها با ظهور مشاغلی ممکن است تقلیل یابند. اما هرگز از بین نمی‌روند. این هزینه‌ها را می‌توان هزینه‌های بازاریابی نام گذارد. نوع دیگر هزینه‌های انجام دادن مذاکرات قراردادی و هزینه‌های انعقاد قراردادهاست (طوسی ۱۳۹۳: ۱۲۰). نی هان در توضیح هزینه‌های معاملاتی چنین می‌گوید: «طرف‌های قرارداد مجبورند همدیگر را پیدا کنند، با هم مکاتبه و تبادل اطلاعات کنند ... کالاها باید توصیف شوند، بازرسی شوند، وزن شوند، و اندازه‌گیری شوند. قراردادها باید تنظیم شوند، حقوقدانان باید طرف مشورت قرار گیرند، مالکیت کالاها منتقل و سوابق بایگانی شوند. در برخی از موارد، الزام طرف

مقابل به اجرای مفاد قرارداد نیازمند اقامه دعوی حقوقی است و نقض قرارداد منتهی به طرح دعوا می‌شود. (W.Allen 1999: 906). دالمن هزینه‌های معامله را به طور کلی به سه دسته تقسیم می‌کند: ۱. هزینه‌های جست‌وجو و اطلاعات؛ ۲. هزینه‌های انعقاد معامله؛ ۳. هزینه‌های نظارتی و اجرایی (Dahlman 1979: 141). برخی دیگر مصادیق این مفهوم را منحصر به سه هزینه تملک و انتقال و حفاظت از حق مالکیت می‌دانند (Barzel 1997: 9). داگلاس نورث چهار عامل را شامل هزینه‌های مبادله می‌داند: «اندازه‌گیری»، «اجرا»، «نگرش‌ها و برداشت‌های ایدئولوژیک»، «اندازه بازار» (North 1992: 128). از منظر علم اقتصاد، «هزینه‌های معاملاتی» یکی از موانع مهم انگیزه اشخاص به تشکیل و اجرا و یکی از علل مهم ناکارآمدی معاملات محسوب می‌شود. گاهی، به‌رغم اجرای معامله، به علت کثرت هزینه‌های سنگین معاملاتی منفعت ناچیز می‌شود و این امر مانع تحقق کارایی می‌شود. بدین علت قواعد ضمانت اجرا باید در جهت کاستن این هزینه‌ها باشند.

مثلاً اگر تعداد عوامل هزینه‌بر در معاملات  $n$  تا باشد مجموع هزینه‌های معاملاتی  $\sum_{k=0}^n x^k$  است. اگر طرفین بعد از تحمل هزینه‌های بالای معاملاتی قراردادی را منعقد کنند در همان ابتدا با بن بست ناشی از حق حبس روبه‌رو می‌شوند. حق حبس علاوه بر هزینه‌های یادشده هزینه‌های دیگری، از جمله اقامه دعوا و غیره ( $x^{k+1}$ )، را بر طرفین تحمیل می‌کند تا قرارداد قابل اجرا شود.

$$\sum_{k=0}^n x^k < \sum_{k=0}^n x^k + x^{k+1}$$

و در نتیجه منفعت (p) کاهش می‌یابد.

$$(P - x^{k+1}) < p$$

وضع این‌گونه ضمانت اجراها سبب اتلاف منابع می‌شود. همچنین زمینه بی‌احتیاطی را در طرفین تشدید می‌کند. چون هر یک از طرفین منفعلانه به کناری می‌روند و منتظر اجرای معامله یا نقض آن هستند. این در حالی است که ضمانت اجرا باید به گونه‌ای باشد که هر یک از طرفین به صورت فعال در صدد اجرای هر چه زودتر و بهتر تعهدات قراردادی خود برآیند. این در حالی است که نه تنها طرفین عقد می‌توانند در مقابل یک‌دیگر به حق حبس استناد کنند، بلکه این حق علیه قائم‌مقام و طلبکاران هر یک از دو طرف عقد نیز ثابت و قابل استناد است. بنابراین، در



صورت فوت هر یک از طرفین عقد، طرف دیگر می‌تواند در قبال ورثه متوفی به حق حبس استناد کند. همچنین اگر مشتری مبیع را به یکی از اسباب قانونی به شخص ثالثی انتقال دهد، حق یادشده در مقابل منتقل‌الیه قابل استناد است. بر این اساس هرگاه مشتری مبیع را قبل از قبض بفروشد و حتی ثمن را تحویل بگیرد (در بیع اول) حق حبس مبیع را در مقابل هر دو مشتری دارد تا ثمن را استیفا کند. همچنین هرگاه یکی از طرفین عقد دچار افلاس یا ورشکستگی شود طرف دیگر می‌تواند در مقابل طلبکاران مفلس و ورشکسته نیز به حق حبس استناد جوید تا همه ثمن را تحویل بگیرد. تا آنجا که در این حالت علاوه بر استناد به حق حبس امتیاز دیگری نیز دارد و آن اعمال خیار تفلیس است. بر این اساس، هرگاه مشتری مفلس شود و مبیع هنوز به او تسلیم نشده باشد بایع می‌تواند به استناد خیار تفلیس عقد را فسخ کند و به روابط خود با او پایان دهد. بنابراین طلبکاران، ورثه، و قائم‌مقام هر یک از متبایعین نمی‌توانند مال حبس شده را از تصرف صاحب حق خارج سازند یا به عنوان ملک بدهکار به فروش برسانند. زیرا در موارد یادشده هرگاه در اثر فوت، افلاس، ورشکستگی، و انتقال مال حبس شده به شخص ثالث در زوال حق حبس شک حاصل شود بقای حق یادشده استصحاب می‌شود (باقری و طباطبایی ۱۳۸۴: ۱۰۳) که این معنایی جز افزایش هزینه‌های معاملاتی ندارد.

### نقش حق حبس در زوال عقد و اهداف آن

فلسفه وضع حق حبس برای تنظیم عادلانه آثار و التزامات ناشی از عقد است و بنابراین اعمال آن از طرف حابس نباید آسیبی به بقای عقد برساند؛ درحالی‌که اگر التزام به ترک فعل باشد حبس آن موجب انفساخ عقد به دلیل نبود شدن اهداف عقد بیع می‌شود و در صورتی که التزام به فعل باشد و زمان انجام دادن آن مقصود بالاصاله باشد حبس در چنین صورتی مستلزم عدم حصول اهداف بیع می‌شود. علاوه بر این، اگر مبیع قبل از قبض و در زمان حبس تلف شود، عقد به علت تعذر تسلیم باطل می‌شود. در همین زمینه می‌توان به نظر بزرگانی در فقه استناد جست. مثلاً ابن زهره در غنیه‌النزوع چنین می‌نگارد: «اگر بایع از تسلیم امتناع کند تا جایی که مبیع تلف شود، تلف مبیع از مال بایع است و عقد به علت تعذر تسلیم باطل می‌شود.» (ابن زهره ۱۴۱۷: ۲۲۹). محقق حلی نیز در شرایع با ابن زهره هم عقیده است (محقق حلی ۱۴۰۸: ج ۲، ۲۳). به غیر از تلف مورد معامله، در قسمت «نقض کارآمد»

گذشت که گاهی فسخ به لحاظ اقتصادی به صرفه است و با معیارهای پیش گفته انطباق دارد. از همین رو، بر اساس «نقض کارآمد» نیز قرارداد در معرض زوال قرار می‌گیرد.

### نیازمندی قرارداد به عامل دیگر جهت عملیاتی شدن

با استقرا در قواعد ضمانت اجرای تعهدات قراردادی، یکی از شاخصه‌های اساسی ضمانت اجرای کارآمد این‌گونه تعهدات این است که از «استقلال در تأثیر» برخوردار باشد و برای تأثیرگذاری و کارایی به عامل یا عوامل دیگری محتاج نباشد. چون در غیر این صورت ضمانت اجرا در حقیقت همان عامل دیگر خواهد بود. اگر ضمانت اجرایی از سوی قانون‌گذار وضع می‌شود، حتماً باید دارای این ویژگی باشد؛ والا حتی بعد از وضع توسط قانون‌گذار ممکن است، به علت نداشتن این شاخصه، متروک واقع شود. حق حبس اجرای قرارداد را در همان ابتدا به بُن‌بست می‌کشد که برای خروج از این بُن‌بست و عملیاتی کردن قرارداد نیازمند عامل دیگری هستیم. این عامل رهایی‌بخش می‌تواند «الزام و اجبار» طرفین توسط دادگاه به اجرای تعهدات خود (که الزام، خود، ابزار ضمانتی دیگری است)، قرعه، و ... باشد.

برخی از فقها برای رفع بُن‌بست حاصل از حق حبس چهار نظریه مطرح کرده‌اند که سه نظریه از این نظریات بر «اجبار» تأکید دارد (علامه حلی ۱۴۱۴: ج ۱، ۱۰۸ - ۱۰۹) و برخی دیگر نظریه قرعه را مطرح کرده‌اند (ابن ادریس حلی ۱۴۱۰: ج ۲، ۳۰۶). قانون مدنی، به‌رغم اینکه حق حبس را پذیرفته، در چگونگی پایان دادن به تنازع ناشی از آن سکوت کرده است. بدیهی است در موارد سکوت قانون، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، باید قول مشهور یعنی اجبار متعاملان به تسلیم را پذیرفت. صرف‌نظر از اینکه کدام نظریه در این خصوص بهتر است، باید پذیرفت حق حبس به منزله یک ابزار ضمانتی ناقص است و باید آن را در کنار و با ابزار ضمانتی دیگری (که از آن تحت عنوان «ابزار ضمانتی مکمل» یاد می‌کنیم) مورد استفاده قرار داد تا بتواند به قرارداد جنبه اجرایی ببخشد. در حقیقت، این ابزار ضمانتی مکمل است که قرارداد را اجرا می‌کند. بنابراین، همان را باید به منزله ضمانت اجرا شناخت. به‌کارگیری و استفاده از ابزار ضمانتی مکمل نه تنها بر هزینه‌های معاملاتی طرفین می‌افزاید، بلکه رکود و معطل‌گذاردن منابع و دارایی‌ها را نیز در پی خواهد داشت که این امر حق حبس را در تعارض با معیارهای کارایی در علم اقتصاد قرار می‌دهد.

### نتیجه

حقوق در برخورد با مفاهیمی همچون صرفه اقتصادی، اتلاف و رکود منابع، هزینه‌های معاملاتی، و سایر مفاهیم اقتصادی منفعلانه عمل می‌کند و با بی‌توجهی به دنبال اهداف خود، از قبیل تأمین عدالت و نظم عمومی، است. از آن سو اقتصاد هم به دنبال سود بیشتر با هزینه کمتر است و کاری به اهداف حقوقی ندارد. این تفاوت باعث شده قواعد حقوقی، که به طور مستقیم نقش بسیار فعالی در تولید و چرخش منابع اقتصادی دارند، از قواعد اقتصادی دور بمانند و بالعکس. تحلیل‌های اقتصادی حقوق، در حقیقت، این فاصله را کم‌رنگ می‌کند و بین این دو علم هم‌گرایی و تقریب به وجود می‌آورد. یکی از مفاهیم مشترک در این دو علم مفهوم «کارایی» است. این مفهوم، هرچند یک «مشترک لفظی» است (این مفهوم در اقتصاد با توجه به معیارهای اقتصادی سنجیده می‌شود که وجه مشترک همه این معیارها را می‌توان این دانست که با کمترین هزینه بیشترین منفعت و سود عاید شخص و جامعه شود؛ درحالی‌که در حقوق «کارایی» به معنای تأثیرگذاری است که با توجه به دستیابی یا عدم دستیابی به اهداف حقوقی تبیین می‌شود)، می‌تواند نقطه شروع خوبی در جهت پیوند این دو رشته از علم باشد.

آنچه از پیش رو گذشت به بررسی حق حبس به منزله ضمانت اجرای قانونی تعهدات قراردادی از منظر تحلیل اقتصادی حقوقی می‌پردازد. می‌توان حاصل نگرش اقتصادی به حق حبس را به طور خاص در دو محور مهم «اقتصاد اثباتی» و «اقتصاد دستوری» ارائه کرد. اقتصاد اثباتی بررسی می‌کند که این ضمانت اجرا چگونه و در چه موقعیتی می‌تواند انضباط و کارایی اقتصادی را تضمین کند. اقتصاد دستوری نیز توصیه می‌کند که قوانین موجود باید به گونه‌ای طراحی شوند یا تغییر یابند که یافته‌های اقتصاد اثباتی را عملی سازند. تحلیل اقتصادی ضمانت اجرا بر کارکرد آن‌ها تأثیر مستقیم دارد؛ به گونه‌ای که سبب افزایش کارایی اقتصادی آن‌ها و هماهنگی بیشتر با بازار می‌شود. علاوه بر این «کارکرد اجتماعی» آن را افزایش می‌دهد.

تحلیل اقتصادی حق حبس به عنوان ضمانت اجرای تعهدات قراردادی نشان داد نگاه شکلی و صوری به قواعد ضمانت اجرا با کارایی اقتصادی، انعطاف معاملاتی، و تحلیل اقتصادی قرارداد به شدت در تعارض و تنافی است. تعارض و مخالفت با اصول و قواعد مسلم تجاری، از جمله

اصل سرعت و سهولت، پیمان‌شکنی‌های متعدد قراردادی، شکل‌گیری ناکارآمد ضمانت اجرای قرارداد، نقض قرارداد، اطلاع دادرسی و درگیری مراجع قضایی، همگی، نتیجه مستقیم این نگاه صوری و شکلی به حق حبس است. این در حالی است که با تغییر نگرش صوری و سستی می‌توان چهره متفاوتی از این حق ارائه کرد که با معیارهای تحلیل اقتصادی هماهنگ‌تر و در رسیدن به اهداف حقوقی کارآمدتر باشد که از آن به عنوان نظریه «دفاعی بودن حق حبس» یاد می‌کنیم که در مجال دیگری باید بدان پرداخت. گفتنی است ارائه تحلیل‌های اقتصادی ضمانت اجرای تعهدات قراردادی و قواعد آن راهی است که ادامه آن به پژوهشگران پیشنهاد می‌شود.



## منابع

- ابن ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین.
- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق. امینی، منصور؛ سید علی رضا شکوهیان (۱۳۹۸). «تحلیل اقتصادی ضمانت اجراهای نقض تعهد (اجرای اجباری عین تعهد)»، *مطالعات حقوق خصوصی*، د ۴۹، ش ۱، صص ۱۷ - ۳۳.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱). *کتاب المکاسب (ط- القدیمه)*، قم، منشورات دار الذخائر.
- انصاری، مهدی (۱۳۹۰). *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، تهران، جنگل.
- ایازی، احمد (۱۳۸۰). *گزیده مطالب اساسی اقتصاد خرد*، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی.
- باقری، احمد؛ محمد طباطبایی (۱۳۸۴). «حق حبس»، *مطالعات اسلامی*، پیاپی ۶۷، ش ۶۷، صص ۸۱ - ۱۱۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش.
- حسینی عاملی، سید جواد (بی تا). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط- القدیمه)*. بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱). *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله (۱۳۱۱). *کتاب الإجاره (للمیرزا حبیب الله)*، بی نا، نامعلوم.
- رضایی، مصطفی؛ افلاطون اسفندیاری مهنی (۱۳۹۴). «تحلیل اقتصادی مورد معامله و آثار آن بر ضمانت اجراهای اجرای اجباری، فسخ، و مسئولیت قراردادی»، *مجلس و راهبرد*، س ۲۲، ش ۸۱، صص ۲۸۳ - ۳۱۵.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۵). *حقوق تجارت*، تحقیق: محسن صفری، ج ۱۱، تهران، دادگستر.
- سعیدی، محمدعلی (۱۳۸۷). «حق عینی و دینی در حقوق ایران و فرانسه»، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۷۷). *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی دراسة مقارنه بالفقه العربی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- طوسی، عباس (۱۳۹۳). *تحلیل اقتصادی حقوق شرکتها*، تهران، مؤسسه حقوقی شهر دانش.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴). *تذکره الفقهاء (ط- الحدیثه)*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- فتحی پور، احمد (۱۳۴۲). «حق امتناع از اجرای تعهد»، حقوق امروز، س ۱، ش ۵، صص ۴۷ - ۵۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار بهمن برنا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاویانی، کوروش (۱۳۸۶). «درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق»، حقوق و سیاست، س ۹، ش ۲۳، صص ۶۱ - ۱۰۲.
- محبی، ابوالفضل (۱۳۹۳). «تحلیل اقتصادی ضمانت اجراهای مدنی نقض تعهدات پولی»، دادگستری، س ۷۸، ش ۸۷، صص ۱۱۳ - ۱۴۴.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرایع الاسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- مقیمی اردکانی، حمیدرضا؛ محمود فتح علی (۱۳۹۴). دور معی، معرفت فلسفی، س ۱۲، ش ۴، صص ۱۰۷ - ۱۲۳.
- میرسجادی، نظام (۱۳۷۹). سیستم قیمت‌ها و تخصیص منابع تولیدی، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام، ج ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- نعیمی، سید مرتضی (۱۳۹۶). «بیشینه‌سازی ثروت به مثابه معیاری برای ارزیابی قواعد حقوقی»، مطالعات حقوق خصوصی، د ۴۷، ش ۴، صص ۷۲۳ - ۷۴۲.

## References

- Allama Halli, H. (1993). Tadhkirat alfuqaha', Qom, Al-Bayt Foundation. (in Arabic)
- Altman, A. (1996). Arguing about law (an introduction to philosophy of law), Wadworth Pub. Company, USA.
- Amini, M. & Shokoohian, S.A. (2019). "Economic analysis of guarantee of performance of breach of obligation (compulsory execution of the same obligation)", *Journal of Private Law Studies*, 49(1), pp. 17-33. (in Persian)
- Ansari, M. (1990). *Kitab al-Makasib*, Qom, Manshorat Darolzakhaer. (in Arabic)
- Ansari, M. (2011). *Economic Analysis of Contract Law*, Tehran, Jangal Publications. (in Persian)
- Ayazi, A. (2001). *Selection of Basic Materials of Microeconomics*, Tehran, Allameh Tabatabaei University. (in Persian)
- Bagheri, A. & Tabatabai, S.M. (2005). "The Right of lien", *Journal of Islamic Studies*, 67(67), pp. 81-115. (in Persian)
- Barzel, Y. (1997). *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, Cambridge University Press.
- Cooter, R. & Ulen (1988). Thomas, Law and Economics, Harper Collins Publishers, USA.
- Dahlman, Carl J. (1979). "The Problem of Externalit", *Journal of Law and Economics*.

- Fathipoor, A. (1963). "The right to refuse to performance obligation", *Journal of Law Today*, Vol. 1, No. 5, pp. 53-47. (in Persian)
- Friedman, D. (1989). "The Efficient Breach fallacy", *the Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1.
- Hosseini Ameli, S.J. (-). *Meftah Al Kerameh Fi Sharh Qhavaed Alameh*, Beirut, Darolahiyah Al-Torath Al-Arabi. (in Arabic)
- Ibn Idris Halli, M. (1989). *Al-Sarir Al-Hawi litahrir alfatawaa*, Qom, Office of Islamic Publications affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom. (in Arabic)
- Ibn Zohra, H. (1996). *Ghaniat Alnuzue 'tilaa Eilmay Al'usul W Alfurue*, Qom, Imam Sadiq Institute. (in Arabic)
- Jafari Langroudi, M.J. (1999). *Based on Legal Terminology*, Tehran, Ganj-e-Danesh Publications. (in Persian)
- Katozian, N. (1997). *Introduction to Law*, Tehran, Bahman Borna Publishing Company. (in Persian)
- (2010). *Introductory Course in Civil Law*, Tehran, Anteshar Co. (in Persian)
- Kaviani, K. (2007). *An Introduction to Economic Analysis of Law, Law and Politics*, Vol. 9, Issue 23. (in Persian)
- Khomeini, S.R. (2000). *Ketab al beya*, Tehran, The Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (in Arabic)
- Mirsajadi, N. (2000). *System of prices and allocation of production resources*, Tehran, Allameh Tabatabaei University. (in Persian)
- Moghimi Ardakani, H. & Fath Ali, M. (2015). "Maey Circle", *Philosophical Knowledge*, 12(4), pp. 107-123. (in Persian)
- Mohaqeq Halli, J.H. (1987). *Sharaye alasalam*, Qom, Ismailian Institute. (in Arabic)
- Mohebbi, A. (2014). "Economic Analysis of Civil Performance Guarantee Violation of Monetary Obligations", *Legal Journal of Justice*, 78(87), pp. 113-144. (in Persian)
- Naimi, S.M. (2017). "Maximizing wealth as a criterion for evaluating legal rules", *Journal of Private Law Studies*, 47(4), pp. 723-742. (in Persian)
- Najafi, M.H. (1983). *Jawahir alklam*, Beirut, Darolahiyah Al-Torath Al-Arabi. (in Arabic)
- North, Douglass C. (1992). *Transaction costs, institutions, and economic performance*, San Francisco, CA: ICS Press.
- Posner, R. A. (1986). *Economic analysis of law*, 3th ed., Little, Brown and Company, Wolters Kluwer.
- Rashti Gilani, M.H. (1893). *Ketab Al'ijara*, (-). (in Arabic)
- Reisman, G. (1998). *Capitalism*, james book, Ottawa, Illinois.
- Rezaei Estakhrouyeh, M. & Esfandiari, Mahni, P. (2015). "Economic analysis of the transaction and its effects on the guarantee of enforcement, termination and contractual liability", *Parliament and Strategy*, 22(81), pp. 283-315. (in Persian)
- Saeedi, M. A. (2008). "Real Right And Chose In Action In Iranian And French Law", Tehran, PhD Thesis, Shahid Beheshti University. (in Persian)
- Sanhori, A. (1977). *Masadir Alhaqi Fayalfiqihialiaslamiy Dirasat Muqaranat Bialfiqh algharbiy*, Beirut, Darolahiyah Al-Torath Al-Arabi. (in Arabic)
- Sotoudeh Tehrani, H. (2006). *Commercial Law*, Research and annotation: Safari, M, Tehran, Dadgostar Publishing. (in Persian)

- Tusi, A. (2014). *Economic Analysis of Corporate Law*, Tehran, Shahr-e-Danesh Institute for Legal Studies and Research. (in Persian)
- Veljanovsky, C. (2007). *Economic principles of law*, Cambridge University Publications.
- W.Allen, Douglas (1999). *Transaction cost*, Departement of Economics Simon Fraser University.
- Zhou, Qi. (2005). The Evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization, URL=<http://ssrn.com/abstract=870748>

