



دانشگاه علامه طباطبائی
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

کرایش: حقوق اقتصادی

عنوان:

تحلیل اقتصادی تعدیل قرارداد در صورت تغییر اوضاع و احوال

استاد راهنما: جناب آقای دکتر حبیب الله رحیمی

استاد مشاور: جناب آقای دکتر عباس طوسی

نگارنده: عهدیه عالی پور هریسی

سال تحصیلی ۹۲-۹۱

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

:

عدالت... باشد که هرچند بی ثمر، در حد بضاعت خود برای افکندن

حجاب از رخ زیبایش کوشیده باشم....

سپاس:

از تمام آنان که به من آموختند، هم درس زندگی و هم علم، به ویژه:

از استاد دکتر حبیب الله رحیمی که گرچه استاد بی نظیر علم حقوق هستند، اما بی تردید پیش از حقوق به دانشجویان خود اخلاق و انسانیت می آموزند..

از استاد دکتر عباس طوسی که همیشه و در هر زمان با خضوع ویژه و روی گشاده و بی هیچ منتهی در رفع تمامی اشکالات بنده یاریگرم بودند و همواره مشوق من بودند..

از استاد بزرگوارم جناب آقای دکتر حمیدرضا علمی یزدی که با وجود مشغله بسیار پژوهشی و اجرایی همواره از راهنمایی و کمک به دانشجویان دریغ نفرمودند و زحمت داوری این پایان نامه را تقبل نمودند..

چکیده:

در نگاه نوین از منظر تحلیل اقتصادی علم حقوق، قراردادها به عنوان یکی از مهمترین ابزارهای بازتوزیع منابع، می‌توانند به اصلاح تخصیص منابع بپردازند و لذا اقتصاد را در راه رسیدن به یکی از مهمترین اهدافش که تخصیص بهینه‌ی منابع است، یاری کنند. اما گاهی اجرای یک قرارداد چنان هزینه‌بر می‌شود که تحلیل اقتصادی، نقض را بهینه می‌داند. در این میان پای‌بندی به اصله‌اللزوم با نقض بهینه قابل جمع نمی‌باشد، از طرف دیگر گاه برای جمع میان منافع طرفین راه حل کارآمد، تعدیل قرارداد می‌باشد. در این پایان‌نامه با نگرش از منظر تحلیل اقتصادی علم حقوق به مفاهیم سنتی مرتبط با بحث قراردادها، علاوه بر تشریح و مقایسه‌ی روش‌های موجود برای مواجهه با قرارداد هنگام تغییر اوضاع و احوال، شیوه‌ی کارآمد هم از میان روش‌های موجود، برگزیده و مورد بحث قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی:

تغییر اوضاع و احوال، تحلیل اقتصادی، کارآیی اقتصادی، تعدیل قرارداد، تعدیل قضایی.

فصل ۱: مفاهیم و راهکارهای کلی مواجهه با تغییر اوضاع و احوال

مبحث اول: مفاهیم

گفتار اول: قرارداد

بند اول: تعریف قرارداد

بند دوم: انواع قرارداد

گفتار دوم: تغییر اوضاع و احوال

بند اول: تعریف تغییر اوضاع و احوال

بند دوم: شرایط استناد به نظریه تغییر اوضاع و احوال

گفتار سوم: تحلیل اقتصادی حقوق

بند اول: ارتباط حقوق و اقتصاد

بند دوم: تعریف تحلیل اقتصادی حقوق

مبحث دوم: راهکارهای کلی مواجهه با تغییر اوضاع و احوال

گفتار اول: پای بندی به قرارداد

گفتار دوم:

گفتار سوم: تعدیل

بند اول: تعریف تعدیل قرارداد

بند دوم: انواع تعدیل قرارداد

فصل ۲: شیوه های تعدیل قرارداد در فرض وقوع تغییر اوضاع و احوال

مبحث اول: تعدیل طرفین قرارداد

گفتار اول: تعدیل قراردادی

بند اول: پیش بینی تعدیل هنگام انعقاد قرارداد

بند دوم: تعدیل پس از تغییر اوضاع و احوال

مبحث دوم: تعدیل توسط قانون و دادگاه

گفتار اول: تعدیل قانونی

گفتار دوم: تعدیل قضایی

فصل ۳: بررسی شیوه‌های مواجهه با تغییر اوضاع و احوال از منظر تحلیل اقتصادی حقوق ۷۹

مبحث اول: تحلیل اقتصادی اجرا و نقض کلی قرارداد

گفتار اول: تحلیل اقتصادی اجبار به انجام عین

بند اول: مزایای اجبار به انجام عین

بند دوم: معایب اجبار به انجام عین

گفتار دوم: نقض کارآمد و پرداخت وجه التزام

بند اول: تحلیل اقتصادی جبران خسارت

بند دوم: نقض کارآمد

بند سوم: تحلیل اقتصادی پرداخت وجه التزام

مبحث دوم: تحلیل اقتصادی تغییر اوضاع و احوال و انواع تعدیل قرارداد

گفتار اول: تحلیل اقتصادی تغییر اوضاع و احوال

گفتار دوم: تحلیل اقتصادی راهکارهای تعدیل قرارداد

بند اول: تحلیل اقتصادی تعدیل قراردادی

بند دوم: تحلیل اقتصادی تعدیل قانونی

بند سوم: تحلیل اقتصادی تعدیل قضایی

نتیجه گیری

فست واژه‌ها و اصطلاحات انگلیسی و فرانسه

ت‌های اختصاری:

م. ماده

ق.م. قانون مدنی

ر.ک. رجوع کنید به

UNIDROIT:International Institue for Unification of Private Law

UNCITRAL: United Nation Commission on International Trade Law

Op.cit.

منبع پیشین

Ibid

همان

مقدمه:

یکی از مهمترین اهداف حقوق، تأمین عدالت توزیعی است چرا که عدالت در هر بخشی خواسته و هدف نهایی حقوق است و توزیع بعنوان بخشی مهم که ثروت و درآمد را میان مردم تقسیم می‌کند قطعاً اگر ناعادلانه صورت پذیرد، اجتماع را با مشکلات جدی مواجه می‌سازد.

از سویی دیگر هدف نهایی رشته اقتصاد هم تخصیص بهینه‌ی منابع است که راجع به مفهوم و شیوه‌های آن در صفحات آتی بحث خواهد شد. آنچه حقوق و اقتصاد را به هم پیوند می‌زند همین نزدیکی اهدافشان است.

حقوق اقتصاد را یاری می‌کند تا با اعمال قوانین لازم‌الاجرا به تخصیص بهینه‌ی منابع نزدیک شود و اقتصاد با تکنیک‌ها و متدلوژی بازاری خود پیش‌بینی‌هایی می‌کند که با لحاظ نمودن آن‌ها در قوانین حقوقی، به سوی هرچه کارآمدتر شدن قوانین حرکت خواهیم کرد. البته اساساً جدایی حقوق و اقتصاد یک جدایی مصنوعی و حاصل تقسیم‌بندی‌های علوم است و این دو رشته از علم همواره با هم پیوند اساسی و محکمی داشته‌اند تا جایی که فون هابک^۱ جدایی حقوق و اقتصاد را یک تراژدی می‌داند.^۲ صرف‌نظر از این مباحث که در جای خود و در هنگام تبیین تحلیل اقتصادی حقوق مورد بررسی قرار خواهد گرفت، مقدماً باید به این بحث پرداخت که روشهایی که حقوق می‌تواند در راه رسیدن به هدف مشترکش با اقتصاد به کاربندد مختلف‌اند. مباحث حقوق اموال، مالکیت، قراردادها و سایر زمینه‌های حقوق می‌توانند کارگر افتند اما آنچه به حقوق قراردادها اهمیتی ویژه می‌بخشد، ویژگی خاص قراردادهاست که در واقع می‌توان از آن به عنوان مهمترین ابزار بازتوزیع منابع یادکرد. چرا که بر فرض هم که توزیع اولیه‌ی منابع به هر دلیلی عادلانه نباشد، قراردادها در فرضی که هزینه‌ی مبادله صفر یا پایین باشد، می‌توانند تخصیص نادرست اولیه را تصحیح نموده و منابع را به جای درست هدایت کنند و حتی امروزه می‌توان گفت تمام فعالیت‌های مهم اقتصادی، در قالب قرارداد صورت می‌گیرند و از این رو قرارداد یکی از

مهم‌ترین وسایل اثبات حقوق طرفین آن است.^۱ از اهداف تحلیل اقتصادی قرارداد، می‌توان به طراحی قواعد حقوقی به گونه‌ای که به کم شدن هزینه‌های مشترک و افزایش سود مشترک بینجامد اشاره کرد.^۲

پس از ذکر مختصر اهمیت قراردادهای در حوزه تحلیل اقتصادی، اکنون بحث دیگری که می‌باید مورد توجه قرار گیرد ایفاء و نقض تعهد است. آنچه حقوق به آن رهنمون می‌گردد و توصیه‌ی همیشگی حقوق است، ایفاء قراردادهاست و ایفاء قردادها تا آنجا اهمیت دارد که حقوقدانان در تمامی موارد تردید به اصل لزوم (اصاله‌اللزوم) رجوع می‌کنند و موارد معافیت متعهد را در دایره‌ی احصاء و انحصار قرار داده‌اند و در کتب بزرگان حقوق به عواملی که مسئولیت قراردادی را از بین می‌برند، همچون اکراه و اشتباه، چهره‌ای استثنایی داده‌اند و به تفسیر مضیق در پرتو قانون پرداخته‌اند.^۳ حال سؤال بسیار مهمی که با توجه به مطالب پیش‌گفته مطرح می‌شود این است که اگر از نظر تحلیل اقتصادی ایفاء قرارداد کارآمد نبود و حتی نقض کارآمد بود آیا حقوق نقض کارآمد را تجویز می‌کند یا خیر؟ واگر نقض ممکن نباشد راه باقی‌مانده لزوماً ایفاء تعهد به صورت انجام عین تعهد خواهد بود یا راهی دیگر نیز وجود دارد؟

از یک طرف اگر افراد بدانند که تعهدهایی که در مقابل هم می‌کنند اجرا می‌شود، به همکاری و انجام معاملات تشویق می‌شوند. همکاری از دید اقتصادی سودمند است چراکه می‌تواند به افزایش سرمایه یا مازاد^۴ حاصل از تجارت بینجامد و از نقطه نظر اقتصادی، قراردادهای می‌توانند وسیله‌ای باشند که به افزایش سرمایه‌گذاری کارآمد بینجامند و از طرح‌های طولانی حمایت کنند بنابراین باید مورد احترام و حمایت قرار گیرند^۵ تا بتوانند کارکرد خودشان را در راستای افزایش کارآیی اقتصادی در جامعه داشته باشند.

اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، انتشارات جاودانه جنگل، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۳.

Goetz, Charles J and Scott, Robert E, The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, Vol , No ,sep , p. .

از جمله این کتاب‌ها می‌توان به جلد اول قواعد عمومی قراردادهای اثر استاد دکتر کاتوزیان (مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم،

۱۳۸۸) و جلد اول دوره حقوق مدنی، تشکیل قراردادهای و تعهدات استاد دکتر شهیدی (مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۰) اشاره کرد.

Surplus

انصاری، دکتر مهدی، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۰، ص .

اما به نظر می‌رسد در مبادلات با تأخیر^۱، که برای انجام تعهد زمانی وجود دارد و به عبارت دیگر، بین انعقاد قرارداد و اجرای آن فاصله‌ی زمانی وجود دارد، این موضوع خود باعث به وجود آمدن ناامنی و ریسک می‌شود^۲ و بنابراین علی‌رغم اهمیت بسیار ویژه‌ی ایفاء تعهد در جاهایی که خود ایفاء تعهد با عدالت و انصاف مغایرت داشته باشد، حقوق گاه راهی میانه در پیش گرفته است چنان‌که در ماده ۲۷۷ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد.»

اگرچه دادن مهلت یا قرار اقساط خلاف اصل است اما قانون‌گذار گاهی به منظور رسیدن به عدالت و انصاف، از اصول صرف‌نظر کرده است.

از دیگر موارد این میانه‌روی حقوق، بحث تعدیل قراردادهاست که در انواع مختلف قضایی، قراردادی و قانونی آن مطرح می‌باشد. آنجا که اجرای تعهدی گزاف متعهد را پای‌بند به تعهداتی غیر قابل پیش‌بینی می‌کند، حقوق به کمک طرفین قرارداد می‌شتابد تا نه متعهد تن به تعهدی به دور از انصاف و گزاف دهد و نه متعهدله بخاطر تغییر شرایط و اوضاع و احوال از مزایای اجرای قرارداد محروم بماند.

در همین راستا سؤالاتی که در این پایان‌نامه مطرح می‌شوند به شرح زیر هستند:

سؤال یا سؤالات تحقیق:

سؤال اصلی:

- آیا تعدیل قراردادها در صورت تغییر اوضاع و احوال، به کارآیی اقتصادی می‌انجامد؟

سؤالات فرعی:

- راهکارهای مواجهه با تغییر اوضاع و احوال کدام‌اند؟

Deffered exchanges

کوثر، رابرت و یولن، توماس، حقوق و اقتصاد، ترجمه دکتر یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نورعلم، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۹، ص ۲۶۲.

- مبانی تعدیل قرارداد با رویکرد اقتصادی کدام‌اند؟
- کدام یک از شیوه‌های تعدیل کارآمدتر است؟

فرضیه یا فرضیه‌ها:

- به نظر می‌رسد در مواردی که امکان تعدیل قرارداد وجود دارد، از نظر تحلیل اقتصادی، تعدیل شیوه‌ای کارآمد است.
- در صورت مواجهه با تغییر اوضاع و احوال، پای بندی به قرارداد، فسخ و یا تعدیل سه راه حل پیش روی طرفین هستند.
- مبانی تعدیل قراردادی، با رویکردهای مختلفی قابل توضیح است که از میان آن‌ها رویکرد غالب یعنی نئوکلاسیک می‌تواند توجیه‌کننده‌ی تعدیل قرارداد باشد اما در هر حال نمی‌توان عناصر پسماند^۱ پیشرفت را نیز نادیده انگاشت و همچنین بدون در نظر گرفتن رویکرد نهادگرایان هم انطباق تحلیل‌ها و ابزارهای اقتصادی بر نهادهای حقوقی ایران چندان واقع‌گرایانه نمی‌نماید.
- به نظر می‌رسد در همه‌ی موارد، نمی‌توان یکی از شیوه‌های تعدیل (قانونی، قضایی و قراردادی) را کارآمد دانست و بسته به هزینه‌های مذاکره و در فروض مختلف، هریک از شیوه‌ها می‌توانند کارآمد باشند.

سوابق مربوط:

- کتاب «تعدیل قرارداد» نوشته دکتر سعید بیگدلی.
 - کتاب «بررسی حقوقی تعدیل قراردادها» نوشته حجت الله زینتی.
- این کتاب‌ها پیرامون مباحث تعدیل قراردادها بحث کرده‌اند اما رویکرد آن‌ها حقوقی و نه از منظر تحلیل اقتصادی است.

- کتاب «تغییر در شرایط قرارداد» نوشته دکتر حسن صادقی مقدم.
 - کتاب «تغییر اوضاع و احوال در قراردادها» نوشته محمد رضا شفایی.
- این کتاب ها به بررسی حقوقی شرایط قراردادی و راهکارهای کلی مواجهه با آن پرداخته اند.
- کتاب «حقوق و اقتصاد» نوشته رابرت کوتر و تامس یولن، ترجمه دکتر یدالله دادگر.
- این کتاب با رویکرد کاملاً نوین در فصول ۶ و ۷ به حقوق قراردادها و تحلیل اقتصادی آن پرداخته است اما صبغهی غالب آن اقتصادی است ضمن آن که کتاب در فضای حقوق آمریکا و کامن لو تدوین گشته است و استفادهی بهینه از آن نیازمند انطباق مفاهیم مطرح شده با نظام حقوقی ایران است.

اهداف تحقیق:

با توجه به اهمیت حقوق قراردادها، در نیل به کارآیی اقتصادی، به نظر می‌رسد حقوق قراردادها چنانچه روشن و شفاف باشد و نحوه و میزان دخالت دولت در قراردادها به نحو صحیحی تنظیم گردد، می‌تواند نقش به‌سزایی در تخصیص بهینه‌ی منابع داشته باشد. به همین جهت استفاده از تمام ظرفیت‌های نظام حقوقی در راستای کارآیی و ایجاد ظرفیت‌های جدید، لازمه‌ی حصول اهداف پیش‌گفته خواهد بود. یکی از این ظرفیت‌ها تعدیل قراردادهاست که با به‌کارگیری صحیح آن در رویه‌ی قضایی، قانون و بندهای مصرح در قرارداد، می‌تواند در همین راستا سودمند باشد. در این تحقیق به تقویت امکان تعدیل قراردادها و روشن کردن حدود و ثغور آن خواهیم پرداخت و برای هرچه روشن‌تر شدن مطلب، مقایسه‌ای نیز با عناوین مشابه صورت خواهد پذیرفت.

تعریف مفاهیم و واژگان اختصاصی طرح:

تحلیل اقتصادی حقوق: سنتز حقوق و اقتصاد را که از طریق آن به تحلیل و بررسی موضوعات حقوقی

با کمک ابزارها، تئوری‌ها و تکنیک‌های اقتصادی می‌پردازیم، تحلیل اقتصادی حقوق می‌نامند.

تغییر اوضاع و احوال: حادثه‌ای پیش‌بینی نشده که اجرای تعهد را محال نمی‌کند ولی آن را به غایت

دشوار می‌سازد و تعادل مطلوب بین دو عوض را بر هم می‌زند.

تعدیل قرارداد: بازگرداندن تعادل قراردادی مورد نظر طرفین.

مشکلات و تنگناهای احتمالی تحقیق:

کمبود منابع لازم به زبان فارسی و لزوم ترجمه.

مشکل انطباق مفاهیم نظام‌های حقوقی خارجی با قوانین داخلی و لزوم بومی کردن آن‌ها.

با توجه به طرح بحث صورت گرفته، این که درجه مواردی تعدیل ممکن است و نظام حقوقی ایران کدام یک از

شیوه‌های تعدیل را و درجه مواردی می‌پذیرد بحثی است که در این تحقیق پس از اشاره به تعاریف و مباحث کلی

به آن خواهیم پرداخت و در واقع پس از تبیین مفاهیم و راهکارهای کلی مواجهه با تغییر اوضاع و احوال در فصل

نخست، که البته تلاش شده بدون ذکر مطالبی که در سایر نوشتارها مفصلاً مورد بحث قرار گرفته، صرفاً به بیان

مطالب اصلی و تقسیم‌بندی‌های ضروری پرداخته شود. در فصل دوم به شیوه‌های تعدیل قرارداد پرداخته می‌شود

که این شیوه‌ها بر اساس این که توسط طرفین صورت گیرند یا اراده‌ی سومی هم در این راه دخیل باشد، به ترتیب

به قراردادی، قانونی و قضایی تقسیم می‌شوند و مورد تشریح قرار خواهند گرفت و در فصل سوم با رویکردی نوین

که حاصل ارتباط حقوق و اقتصاد است، اجرا یا عدم اجرای قرارداد را مورد تحلیل اقتصادی قرار خواهیم داد و

در واقع رفتارهای قانونی ممکن با تغییر اوضاع و احوال را در مسیر اجرای قرارداد بررسی و معایب و مزایای

هریک را مورد مذاقه قرار خواهیم داد و در نهایت به نتیجه‌ی بحث و ارائه‌ی پیشنهادهای خود در راستای کارآمد

کردن رفتار متعاقدین و قوانین حقوقی خواهیم پرداخت.

فصل ۱: مفاهیم و راهکارهای کلی

مواجهه با تغییر اوضاع و احوال

مبحث اول: مفاهیم

به منظور بررسی تعدیل قرارداد، ابتدا به تعریف مختصر قرارداد و ذکر انواع آن می‌پردازیم، سپس در خصوص نظریه‌ی تغییر اوضاع و احوال که پذیرش آن مقدمه و از مبانی بحث تعدیل است، اشاره می‌نماییم و پس از ذکر تعریف تعدیل قرارداد، به ارتباط حقوق و اقتصاد و تبیین مفهوم تحلیل اقتصادی از حقوق خواهیم پرداخت تا در نتیجه بتوان در فصول آتی تعدیل قرارداد را از منظر تحلیل اقتصادی حقوق مورد بررسی قرار داد.

گفتار اول: قرارداد

در این گفتار ذیل دو بند به تعریف قرارداد و بررسی انواع قرارداد می‌پردازیم.

بند اول: تعریف قرارداد:

در راستای ارائه‌ی تعریفی جامع از قرارداد^۱ یا عقد ابتدا به تعریف قانون مدنی فرانسه و سپس تعریف قانون مدنی ایران که برگرفته از قانون مدنی فرانسه است، می‌پردازیم:

قانون مدنی فرانسه ذیل ماده ۱۱۰۱ عقد را بدین صورت تعریف نموده است: «عقد، قراردادی است که به وسیله‌ی آن یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر متعهد می‌شوند که چیزی را بدهند یا کاری را انجام دهند یا ندهند.»^۲

قانون مدنی ایران نیز ذیل ماده ۱۸۳ قرارداد را بدین گونه تعریف کرده است: «عقد عبارتست از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.»^۳

گذشته از تعاریف مذکور در قوانین مدنی ایران و فرانسه، مؤلفان حقوقی نیز به تعریف عقد یا قرارداد پرداخته‌اند. از جمله در یکی از منابع خارجی، نویسنده قرارداد را چنین توصیف کرده است:

Contract
«Le contrat est une convention par laquel une ou plusieurs personnes obligent envers une ou plusieurs autres à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose.»

البته تعریف قانون مدنی از عقد دارای ایراداتی است که در کتب حقوقی مفصلاً بحث شده است و خارج از حوصله‌ی این تحقیق می‌باشد.

«حقوقدانان تصور می‌کنند که قرارداد، توافقی است که توسط قانون به رسمیت شناخته شده است و دادگاهها آن را لازم‌الاجرا می‌دانند اما قرارداد می‌تواند موسع‌تر تعریف گردد و شامل هر توافق اقتصادی که طرفین داوطلبانه وارد آن شده‌اند، باشد که شامل توافقات دوجانبه است.»^۱

نویسندگان ایرانی نیز با عنایت به اشکالات ماده ۱۸۳ قانون مدنی به ارائه‌ی تعاریفی پرداخته‌اند که از جمله‌ی آن‌ها می‌توان به تعاریف زیر اشاره کرد:

«عقد، عمل حقوقی دو طرفی است که با قصد انشای طرفین و ابراز قصد به وجود می‌آید.»^۲

«توافق دو یا چند اراده که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود.»^۳

در حقوق برخی کشورها برخلاف ایران صرف توافق را برای لازم‌الاجرا بودن یک قرارداد کافی نمی‌دانند و وجود عوض را شرطی ضروری به شمار می‌آورند کما این که در حقوق انگلستان در خصوص تشکیل قرارداد آمده است:

قرارداد، توافقی است که نشأت گرفته از تعهداتی است که به وسیله‌ی حقوق، لازم‌الاجرا یا به رسمیت شناخته می‌شوند. عاملی که تعهدات قراردادی را از سایر تعهدات حقوقی متمایز می‌سازد، آن است که تعهدات قراردادی، برپایه‌ی توافق طرفین بنا شده است.^۴ در حالی که برای تشکیل یک قرارداد، وجود سه عنصر ضروری است: توافق، قصد قراردادی و عوض.^{۵، ۶}

Williamson, Oliver.E, The evolving science of organization ,Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), Vol. . . . , No. . , p. . .

محقق داماد، دکتر سیدمصطفی و دیگران، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، جلد دوم، توافق اراده‌ها، شرایط متعاقدان و مورد معامله، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات سمت، چاپ اول، تهران، زمستان ۸۹، ص ۵.

کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۸۸، ص ۲۲.

Ought, David and Davis, Martin, Source Book on Contract Law, nd edition, Cavendish Publishing, . . . , p. . . . Agreement, Contractual intention and Consideration.

Ought, David and Davis, Martin, op.cit., p., . . .

از نظر استاد دکتر شهیدی «عقد، عبارتست از همکاری متقابل اراده‌ی دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی»^۱ بنابراین آنچه گذشت، عناصر تعریف در تعاریف برگرفته از حقوق ایران یکسان است و در نهایت به عنوان تعریفی جامع، روشن و برگزیده به تعریف زیر اشاره می‌کنیم:

«عقد، عبارتست از توافق اراده‌ی دو طرف به منظور ایجاد یک اثر حقوقی، اعم از این که این اثر، به وجود آمدن، تغییر یا سقوط تعهد باشد، یا به وجود آمدن، تغییر یا سقوط یک حق عینی مانند مالکیت یا غیر آن»^۲

بند دوم: انواع قرارداد:

قراردادها از جنبه‌های مختلفی تقسیم شده‌اند اما آنچه ما در این جا به آن می‌پردازیم تقسیم قراردادها به ناقص و کامل است چرا که به مفهوم تعدیل ارتباط می‌یابد و برای درک درست انواع تعدیل باید موقعیت قراردادها از این جهت روشن باشد. از سوی دیگر سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا بدون وجود نقص در قرارداد و با وجود تعیین تکلیف آن در خود قرارداد، باز هم قانون یا قاضی امکان تعدیل، دارد یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش و پرسش‌هایی مشابه نیازمند ذکر این تقسیم‌بندی هستیم.

چنانچه در یک قرارداد، همه‌ی حالت‌هایی که احتمال دارد رخ دهد، پیش‌بینی شود و تمام متغیرها لحاظ شوند، قرارداد کامل خواهد بود ولی اگر در یک قرارداد فقط یک یا چند حالت خاص و نه لزوماً تمامی حالت‌ها بررسی شوند و مورد پیش‌بینی قرار بگیرند، قرارداد ناقص خواهد بود. البته در عالم واقع، قراردادها فاصله زیادی با جامع و مانع بودن دارند^۳ و از نظر تحلیل اقتصادی، قرارداد همواره ناقص است؛^۴ چرا که در هر صورت فروضی ولو بعید می‌توانند متصور باشند که از دامنه‌ی توافق طرفین دور مانده‌اند و یا به دلیل آن

۱ شهیدی، دکتر مهدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۰، ص ۳۹.

۲ صفایی، دکتر حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دهم، تهران، پاییز ۱۳۸۹، ص ۲۰.

Shavell, Steven, Foundations of Economic Analysis of Law, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, . . .

انصاری، دکتر مهدی، منبع پیشین، ص .

که احتمال وقوع آن‌ها از نظر طرفین بسیار کم بوده است، از ذکر آن‌ها و مذاکره در خصوص آن‌ها عامدانه صرف نظر شده است.

به عبارت دیگر می‌توان گفت اگر قراردادی در خصوص یک ریسک ساکت باشد، آن قرارداد دارای خلأ و ناقص است. در واقع خلأهای قراردادی به وقایعی گفته می‌شوند که اگر رخ دهند بر تعهدات ناشی از قرارداد تأثیر می‌گذارند اما قرارداد در مورد آن‌ها حکمی انشاء نکرده است.^۱

برای روشن شدن مفهوم قراردادهای ناقص و کامل مثالی می‌زنیم: فرض کنیم در یک قرارداد یک طرف متعهد به تهیه‌ی شام مراسم عروسی شود و طرف دیگر (زوج) متعهد به پرداخت هزینه‌های شام، ضمناً در این قرارداد شرط شود که اگر یکی از عروس یا داماد تا شب عروسی فوت کند، قرارداد منفسخ می‌شود. این قرارداد قراردادی ناقص تلقی می‌شود چون سرنوشت قرارداد را در صورت فوت متعهد (آشپز) یا برهم خوردن ازدواج یا مسائلی از این قبیل، پیش‌بینی نکرده است بنابراین، همان طور که مشهود است اصولاً طرفین در عالم واقع، تمامی شرایط و جزئیات را بررسی نمی‌کنند و حتی می‌توان گفت امکان این پیش‌بینی برایشان وجود ندارد و بنابراین بابت تمامی اتفاقات محتمل، مذاکره نمی‌نمایند. از جمله دیگر دلایل ناقص گذاردن قراردادها می‌توان از قابلیت اثبات نام برد؛ بدین معنی که طرفین مواردی را که قابلیت اثبات در دادگاه ندارد، در قرارداد درج نمی‌کنند. مثلاً اگر شرط شود آشپز دل‌درد داشت یا بی‌حوصله بود و نتوانست کار کند می‌تواند آشپز دیگری بگمارد، اثبات دل‌درد یا بی‌حوصلگی آشپز در حین اجرای تعهد، در دادگاه به سادگی ممکن نخواهد بود.

علت دیگر آن است که اطلاعات طرفین نابرابر است و طرفی که اطلاعات بیشتری دارد، به افشای اطلاعاتش نمی‌پردازد چرا که ممکن است به کاهش سهم او از مازاد حاصل از قرارداد منجر شود؛^۲ چراکه سهمی از سودی که یک طرف ممکن است از قرارداد ببرد، به دانش و اطلاعات وی، مثلاً اطلاعات کالاهای

کوتر، رابرت و یولن، توماس، منبع پیشین، ص ۲۸۲.

انصاری، دکتر مهدی، منبع پیشین

مشابه مربوط می‌شود و طبعاً وی حاضر نخواهد بود اطلاعاتش را به سادگی در اختیار طرف مقابل قرار دهد. با وجود آن که به دلایل پیش‌گفته قرارداد کامل در عالم واقع وجود ندارد، هرچه شروط قراردادی و پیش‌بینی حالات مختلف کامل‌تر و بیشتر باشد، قرارداد هم به سمت کامل شدن پیش می‌رود. عقد از جهت آثار به تملیکی و عهدی تقسیم می‌شود. چنانچه نتیجه‌ی قرارداد، ایجاد، انتقال یا سقوط تعهد باشد، عقد را عهدی می‌نامند و قراردادهایی که اثر مستقیم آن‌ها انتقال مالکیت است یا سایر عقود که در مقام این نوع قراردادها به کار می‌روند مانند هبه، تملیکی نامیده می‌شوند.^۱

تمیز بین وصیت عهدی و تملیکی در م. ۸۲۵ ق.م. بیانگر به رسمیت شناختن این تقسیم‌بندی در حقوق ایران است.^۲

تقسیم‌بندی دیگری که در بحث تعدیل مفید می‌نماید، تقسیم عقود به مستمر و فوری است از این حیث که عامل زمان در تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن اثر دارد. در عقود فوری، اثر قرارداد در زمانی که طرفین انتخاب کرده‌اند ایجاد می‌شود مانند بیع؛ در مقابل در عقود مستمر، موضوع معامله به گونه‌ای است که باید در طول زمان و به عبارتی در طول مدت معین انجام شود مانند بیمه و اجاره.^۳ و غالباً در همین نوع دوم است که بحث تعدیل مطرح می‌شود.

قنواتی، جلیل و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹، ص ۱۳۸.

کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص ۷۶.

منبع پیشین، ص ۸۵.