

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۱۰۶، بهار ۱۴۰۲، ۱۴۰-۲۴۰

مقاله پژوهشی: تحلیل اقتصادی کاربری قواعد تکمیلی در پیشگیری از نقض قرارداد ناقص در حقوق کامن لا و فرانسه و ایران و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یونیدروا

معصومه زمانیان* زهرا وطنی**

پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۰۹

دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۰

قرارداد ناقص / ثمن شناور / نقض قرارداد / ترمیم قرارداد / شرط ضمنی

چکیده

قرارداد ناقص قراردادی است که بنا به پاره‌ای عوامل، ایفای تعهدات مندرج در آن دچار چالش است. نتیجه‌ی برخورد ساده و دور از انعطاف با چنین رخدادی، نقض قرارداد خواهد بود. اما مکاتب اقتصادی و حقوقی دنیا، به جهت پرهیز از عوارض نامطلوب نقض و کاهش نرخ رخداد این واقعه‌ی حقوقی، در پی یافتن و وضع راه کارهایی برای ترمیم قرارداد به جای نقض هستند. این تحقیق با روش توصیفی تحلیلی در پی احصاء این راه کارها در حقوق کامن لا، فرانسه و ایران و اصول یونیدروا (به عنوان قواعدی بین‌المللی) است. تجویز و پیش‌بینی امکان مذاکره مجدد، ثمن شناور و نت بک راه‌کارهایی در نظام‌های حقوقی یاد شده (به غیر از ایران) برای تعدیل و تکمیل قرارداد ناقص هستند. مفاهیمی چون فوس ماژور، سختی مضاعف و عقیم شدن قرارداد در اصول یونیدروا قابلیت کاربری در پیش‌گیری از نقض قرارداد ناقص را دارند. در فقه شیعی و به تبع آن قوانین ایران نیز نظریه‌ی شرط ضمنی را می‌توان قاعده‌ئی برای ترمیم قرارداد ناقص دانست؛

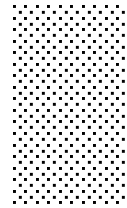
*. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات الزهراء، تهران، ایران

m.zamanian@student.alzahra.ac.ir

** دکتري فقه و حقوق اسلامی، استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

vatani@ri-khomeini.ac.ir

«قابلیت تعیین ثمن» را نیز می‌توان به‌عنوان راه‌کاری دیگر برشمرد. به علاوه با تامل دقیق و تعمیق در دستورات فقهی و مقررات قانونی، تطبیق برخی از راهکارهای نظام‌های حقوقی دیگر بر نظام حقوقی جاری ایران ممکن می‌نماید.



طبقه‌بندی JEL: K11, K12

مقدمه

قرارداد کامل قراردادی است که در آن بازده کارآمدی برای کلیه وضعیت‌های آینده دنیا پیش‌بینی شده باشد.^۱ در مقابل، تعبیر قرارداد ناقص ناظر به وضعیتی از قرارداد است که تمام جوانب قرارداد به صورت کامل پیش‌بینی نشده و در واقع قرارداد دچار نواقصی است که ممکن است اجرای آن و ایفای تعهدات مندرج در آن را دچار چالش و مخاطره نماید. در چنین قراردادی ممکن است علی‌رغم کامل بودن تعهدات طرفین و فقدان خلاء قراردادی، قرارداد از نظر اطلاعاتی ناقص بوده و راه حل کارآمدی برای هریک از وضعیت‌های امور دنیا پیش‌بینی نشده باشد. به عنوان مثال اجرای تعهد فروشنده به تحویل کالایی در تاریخ مشخص و در قبال مبلغی مشخص که در اثر اوضاع و احوال، هزینه‌های کالای فروخته شده بیش از مابه‌ازای دریافتی او در قرارداد گشته است، کارآمد نبوده و از نظر اقتصادی این قرارداد ناقص است.^۲

نویسندگان سنتی که نقص قراردادها را ناشی از توان محدود طرفین در پیش‌بینی وضعیت آینده می‌دانستند^۳، برای رفع خلاءهای قراردادی پیشنهادهایی چون تکیه بر معامله فرض^۴ و تمسک به قاعده تکمیلی کیفری - افزایش دهنده‌ی انگیزه افشای اطلاعات در آینده^۵ داشتند.

با توجه به این که آن چه به عنوان ملاک در تعریف قرارداد کامل آمده است (لحاظ تمام رخدادهای آینده در هر جای دنیا) تقریباً ناممکن است، بنابراین هر قرارداد را باید دارای میزانی از نقص دانست.^۶ صرف نظر از مقدار نقص قراردادها، آن چه اهمیت دارد این است که بهترین پاسخ نظام حقوقی در مواجهه با ناقص بودن قراردادها چیست و دادگاه‌ها برای تفسیر یا تکمیل قرارداد ناقص چه قواعدی را در جهت به حداکثر رساندن منافع مشترک طرفین و لحاظ هزینه‌های معاملاتی ایشان در موازنه‌ی سود و زیان طرفین^۷ باید اعمال نمایند.

از آن جا که در نظریه معروف به کارایی اقتصادی هر عمل موجب افزایش ثروت، عادلانه و مباح و هر عمل منجر به کاهش ثروت، ناعادلانه و ممنوع است، و قراردادها به جهت اینکه موجب

1. Scott; Triantis, (2005)

2. Ibid

3. Williamson, (1985)

4. Easterbrook; Fischel, (1986)

5. Ayres; Genrtner (1989)

6. Craswell, (2005)

7. Scott, (1990)

تخصیص کارآمد کالاها و خدمات می شوند تأسیس اقتصادی مهمی شمرده می شوند، قرارداد ناقص به این جهت که افزایش کارایی اقتصادی قراردادها را در پی دارد، مورد توجه است. حقوق دانان و اقتصاددانان دیدگاه‌های متفاوتی درباره‌ی قراردادهای ناقص دارند.^۱ از دیدگاه حقوقی، قراردادی که دارای خلاء یا شکاف^۲ باشد، ناقص^۳، و به عکس در صورت عدم شکاف قراردادی، کامل محسوب می شود. به بیان دیگر نقص قراردادی ناظر به موردی است که برای هریک از وضعیت‌های احتمالی آینده که می تواند در ایفای تعهد قراردادی تاثیرگذار باشد، راه حل کارآمدی پیش‌بینی نشده است.^۴ در مقابل قراردادی که خلاء ندارد و حقوق و تعهدات طرفین و تمام عوامل معافیت یک یا هر دو طرف از انجام تعهدات به طور کامل پیش‌بینی شده است، قرارداد کامل محسوب می شود. در اینجا برای هر وضعیت ممکن در آینده، پیش‌بینی خاصی صورت گرفته است و نیازی به قواعد تکمیلی نیست.^۵ ناگفته نماند که در بسیاری از موارد، کامل بودن قرارداد بستگی به قواعد تفسیری حاکم دارد.^۶ برای نمونه، اگر تحویل ۱۰۰ قطعه طلا توسط فروشنده در اول مهر مورد قرارداد باشد و این قرارداد به لزوم تحویل در تاریخ مذکور صرف نظر از هر اتفاق ممکن، تفسیر شود، قرارداد کامل تلقی می شود. ولی اگر در تفسیر قراردادی پیش‌بینی نشدن راه حلی برای بسته شدن کانال سوئز و در نتیجه عدم انجام به موقع تعهد از ناحیه فروشنده، مورد توجه قرار گیرد، قرارداد ناقص خواهد بود. با توجه به این که معیار نقص و کمال قرارداد در مکاتب مختلف، یکسان نیست، دسته‌بندی قراردادهای ناقص و کامل بدون انتخاب نوع مکتب و تفسیر ملاک نظر ممکن نیست.^۷ بنابراین هرچند قراردادهای به دو قسم قرارداد کامل و قرارداد ناقص تقسیم شده و هر قراردادی ذیل یکی از این دو عنوان می‌گنجد، اما ممکن است نسبی بودن این مفهوم را نیز بتوان ادعا نمود، به این معنا که قراردادی از یک حیث کامل و از حیثی دیگر ناقص باشد و نیز علی رغم کامل بودن مفاد قرارداد، با رخ دادن شرایط پیش‌بینی نشده، قرارداد ذیل عنوان قرارداد ناقص جای می‌گیرد.

1. Ponsler, (1998)

2. Brousseau; Glachant, (2001)

3. Gap

4. Scott.; Triantis, (2004)

5. Ibid

6. Craswell, (2005)

7. Schwartz, (1992)

8. Kostritsky, (2004)

اما به هر حال آنچه واجد اهمیت است این است که در غالب نظام های حقوقی راه کارهایی برای ممکن ساختن انعقاد قرارداد ناقص پیش بینی شده است. قرارداد چارچوب یا کادرا نمونه ای از آنها است. در فرانسه برخی حقوق دانان با تأیید روش تعیین یک طرفه قیمت به دلیل کاهش هزینه مذاکره مجدد. که پیش از آن در حقوق عرفی وجود داشت. نقش چشمگیری در مشروعیت بخشی به قرارداد ناقص ایفا کردند.^۲ در مقابل در نظام کامن لا که حقوق عرفی، قراردادی را که با نقص های جدی در شرایط مهم معامله روبه رو بود، منجر به نامعلوم ماندن قصد طرفین و غیر قابل اجرا می دانست، حقوق دانان نظریه قرارداد ناقص را مطرح نمودند و با تصویب قانون متحدالشکل تجاری^۳ که بر اساس آن ابهام، با قواعد تکمیلی قابل رفع است^۴، این نظریه رسمیت یافت.

بر اساس اصل کارایی در تحلیل اقتصادی قراردادی، اقدام افراد به انعقاد قرارداد به هدف تحصیل وضع بهتری نسبت به قبل است.^۵ در تحلیل اقتصادی حقوق، قراردادهایی که به طور صحیح و بر طبق قانون منعقد می شوند همیشه الزام آور نیستند. بلکه اجرای قرارداد مستلزم انعقاد صحیح و کارآمد بودن قرارداد است. از این رو حقوق قراردادی باید افراد را به انعقاد قراردادهایی که اجرای آنها کارآمد است تشویق کند. از منظر شاول (اندیشمند حقوق اقتصادی)، قرارداد بهینه یا کارآمد یا قرارداد دوسویه سودمند؛ قراردادی است که نتوان آن را برای افزایش رفاه هر دو طرف قرارداد اصلاح کرد و اگر قرارداد را بتوان به گونه ای اصلاح یا تفسیر کرد (فرقی نمی کند در ارکان یا غیر ارکان) که منجر به مطلوبیت موردانتظار هر دو طرف شده و کارایی قرارداد را برای هر دو طرف افزایش دهد، باید اینکار را انجام داد.^۶ بنابراین هدف محاکم در مراحل مختلف تضمین قراردادها - اعم از زمان تشکیل قرارداد، تفسیر قرارداد یا تکمیل ابهامات در مقام اجرا و جبران خسارت در مقام نقض قرارداد - باید حرکت در جهت افزایش رفاه طرفین به معنای اعم

۱. Le contrat-cadre: نوعی قرارداد همکاری و وابستگی مانند همکاری صنعتی یا پیمانکاری در صنعت که شرایط مالی در آن انعطاف پذیر است (www.Lexintery.net).

2. Brousseau, (2001)

3. The Uniforme Commercial Code

4. Ben-Shahar, (2004)

5. Atiyah, (1979)

آن و کارایی قرارداد برای هر دو طرف باشد^۱. صرف نظر از جزئیات نقص در هر قرارداد، فقدان راهکار مناسب برای ترمیم آن نقص قرارداد را در پی دارد که معمولاً پیامدهای آن خوشایند طرفین و حتی سیستم حقوقی و اقتصادی نیست و در مکاتب حقوقی تلاش‌های چشم‌گیری جهت کاهش نرخ نقص قراردادها در جریان است. تعیین ضمانت اجرا راهکاری اساسی برای منصرف کردن ناقص به جهت پیامدهای بعدی نقص می‌گردد. در نظریه مبتنی بر باززندگی، هدف مسئولیت مدنی این است که افراد را از انجام فعل زیان بار بازداشته و به افزایش میزان احتیاط در زمان اجرای قرارداد وادارد. در این نظریه، مسئولیت بر عهده‌ی کسی است که می‌توانسته با احتیاط از بروز خسارت ممانعت نموده و یا میزان ضرر وارده را کاهش دهد^۲. اما تدابیر پیشگیرانه چه به صورت وضعی و تقنینی و چه به صورت مفسره، زمینه‌های شکل‌گیری نقص را از بین می‌برد و هدف اصلی آن تفسیر قرارداد به صورت تطبیقی بر اراده‌های طرفین و تسهیل در اجرا بر اساس اصل کارایی تحلیل اقتصادی قراردادی است و در واقع روند تکمیل قراردادهای ناقص را در هنگام تفسیر قراردادی فراهم می‌سازد.

این تحقیق در سطور آتی، بعد از برشماری راهکارهای مواجهه مثبت با نقص قراردادی، به راهکار قواعد تکمیلی پرداخته و پس از تبیین مبانی آن، به جایگاه این راهکار در حقوق کشورهای کامن‌لا، فرانسه و ایران و در نهایت اصول بین‌المللی می‌پردازد.

۱. دلایل نقص قرارداد

عوامل گوناگونی می‌تواند سبب نقص در قرارداد شود. تمایل طرفین به کاهش هزینه‌های قبل از تنظیم قرارداد. مانند هزینه‌های مربوط به صرف زمان، طی مسیر و غیره و یا حتی هزینه‌های ناشی از نارسایی بازار، عقلانیت محدود طرفین و عدم امکان پیش‌بینی همه احتمالات، نابرابری اطلاعاتی بدین جهت که معمولاً طرفی که اطلاعات بهتری دارد به دلایل سودجویانه ترجیح می‌دهد آن‌ها را بیان نکند، ابهام در مورد ویژگی‌های مورد معامله و یا در مورد فرآیند انعقاد قرارداد که گاه به دلیل فاصله زمانی بین زمان انعقاد قرارداد و اجرای آن، عدم تعیین

۱. شارل، (۱۳۸۸)

2. Landes, et al, (1979)

زمان دقیق اجرا یا منوط کردن آن به برخی شرایط ایجاد می‌شود، از دلایل نقض قرارداد هستند.^۱ به طور کلی می‌توان گفت قراردادهای ناقص دو دسته‌اند: گاهی خود قرارداد ناقص است، به این دلیل که طرفین در مورد بعضی از موضوعات قراردادی سکوت کردند، و یا ضمن توافق در مورد برخی موضوعات، توافق نموده‌اند که راجع به موضوعات دیگر بعداً مذاکره خواهند کرد، و به عبارت دیگر قرارداد را باز گذاشته‌اند. اما گاهی قراردادی خود، مقدمه‌ی قرارداد دیگری است، به این معنا که طرفین در قرارداد اول به توافق می‌رسند که بعداً قراردادی منعقد خواهند کرد. بنابراین قرارداد اول از آنجا که مقدمه است، قرارداد کاملی نبوده و به این جهت ناقص است. در نظام حقوقی کامن لا، با استفاده از روش‌های مختلفی سعی در این دارند که چنین قراردادهایی را الزام آور بدانند تا اینکه صرفاً به دلیل ناقص بودن، و بدون تفسیر، آن را باطل کنند. بنابراین، در جایی که بعضی جزئیات قراردادی مسکوت باقی مانده است، آن را با رجوع به عرف و یا مناسبات قبلی که در دادوستد آنها وجود داشته، تکمیل می‌کنند و یا طبق قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ و قانون عرضه‌ی کالا و خدمات مصوب ۱۹۸۲، اگر قیمت یا اجرت در قراردادی تعیین نشده باشد، مبلغ متعارفی بایستی پرداخت شود. همچنین در جایی که طرفین به این توافق رسیده‌اند که در مورد برخی جزئیات بعداً توافق خواهند کرد، و به این طریق آن را باز گذاشته‌اند، دادگاه‌ها سعی می‌کنند با تفسیر قصد طرفین آن را قرارداد کاملی به حساب آورند؛ پس اگر در قراردادی چنین استنباط گردد که دو طرف قصد داشتند فوراً ملزم شوند، هرچند راجع به بعضی جزئیات به توافق نرسیده باشند، قرارداد کامل و الزام‌آوری وجود خواهد داشت.

۲. راه‌کارهای نظری پیشگیری از نقض قرارداد ناقص

۲-۱. مذاکره مجدد

اقتصاددانان تفاهم طرفین بر مذاکره دوباره برای تکمیل قرارداد را راه‌کاری برای رفع نقص قراردادها می‌دانند. باید گفت انعقاد قراردادی که در آینده قابل اصلاح و بازبینی و تعدیل بر اساس شرایط محیطی باشد، راه‌کاری پربازده در تضمین حقوق قراردادی طرفین است^۲ و سبب می‌شود طرفین شروطی انتخاب نمایند که مسیرهای فرعی و تبعی معامله و امکان ترمیم آن را به

1. Katz, (2005)

2. Jolls, (1997)

دقت مشخص و معین نماید^۱. در واقع انعطاف پذیر نمودن قرارداد و وضع حق تصمیم‌گیری آینده درباره تعیین مفاد معامله، به طوری که طرفین بتوانند تعهدات قراردادی خود را در آینده بر اساس شرایط موجود، بازبینی نمایند، مانعی از نقض قرارداد ایجاد می‌کند. به همین دلیل، در تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها از نقض قراردادی و انعطاف پذیری تعهدات حمایت می‌شود^۲.

۲-۲. قواعد تکمیلی

قواعد تکمیلی مقرراتی هستند که ملاکی برای تعیین و تشخیص موارد ناقص مانده در قرارداد ارائه می‌دهند و به این ترتیب مانع نقض هستند و جز در صورت پیش‌بینی خلاف توسط طرفین، تعهدات قراردادی به موجب آنها تعیین یا تکمیل می‌شود^۳. در صورت وقوع اختلاف بر سر خلأ قراردادی نیز، دادگاه با استفاده از قواعد تکمیلی موضوع را حل و فصل می‌نماید^۴. در واقع قواعد تکمیلی قراردادی با ارائه مجموعه‌ای از قواعد دستوری در مورد مفاد قرارداد از پیچیدگی قراردادها و هزینه‌های معاملاتی می‌کاهند^۵.

قواعد تکمیلی در نظام‌های حقوقی مختلف، متفاوتند. به‌عنوان نمونه شرط ثمن آزاد در ماده ۳۰۵-۲ قانون یکنواخت تجاری در حقوق آمریکا، قاعده‌ای تکمیلی به شمار می‌آید. طبق این ماده طرفین می‌توانند قرارداد بیعی را منعقد نمایند که ثمن در آن تعیین نشده است و در این صورت، ثمن متعارف در زمان تسلیم ملاک عمل است؛ در حالی که در قوانین بسیاری از کشورها هم چون فرانسه تعیین ثمن الزامی و عدم تعیین آن موجب بطلان بیع است و یا حداکثر آن گونه که در رویه قضایی فرانسه رایج شده است، با استناد به عناصری خارج از اراده یا توافق بعدی طرفین (هم چون تعیین قاضی) تعیین می‌شود^۶. مقررات ناظر به شرط تعلیقی در قانون مدنی فرانسه را می‌توان نمونه‌ئی دیگر از قواعد تکمیلی دانست. مقاله حاضر از دو راه‌کار موجود در مواجهه با نقض قراردادی به بررسی این راه‌کار می‌پردازد.

۳. مبانی نظری قواعد تکمیلی

1. Hart; Moore, (1988)

2. Ibid

3. Craswell, (2000)

4. Baffi et al, (2005)

5. Posner, (1977)

6. Ibid

به طور کلی، سه گرایش اصلی درباره مبنای قواعد تکمیلی وجود دارد: عده‌ای قواعد تکمیلی را مبتنی بر رضای شخصی متعاقدين، برخی هم ناشی از عرف و هنجارهای موجود در جامعه‌ی متعاقدين، و برخی هم آن‌ها را مبتنی بر ملاحظات اقتصادی و کارایی اقتصادی دانسته‌اند.

۱-۳. نظریه قواعد تکمیلی مبتنی بر رضای شخصی

این نظریه مبتنی بر آزادی قراردادی و حاکمیت اراده است. بسیاری از نویسندگان اعتقاد دارند که قاعده بنیادین حقوق قراردادی، قصد طرفین است، زیرا متعاقدين بهتر از دیگران منافع خود را می‌شناسند و چون اطلاعات طرفین درباره آینده ناقص است و نمی‌تواند آینده را به صورت کامل در نظر گرفته و کلیه احتمالات را در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی نمایند، می‌توانند با تمسک به قواعد تکمیلی که گاه شروط ضمنی نیز نامیده می‌شود به رفع خلاء قراردادی اقدام نمایند. طبق این دیدگاه، هدف از قواعد تکمیلی حمایت از تراضی به عنوان مبنای تعهدات قراردادی است. در واقع قواعد تکمیلی، قصد واقعی و ابراز نشده طرفین را معتبر می‌سازد و به طور خلاصه موجب انعقاد کارآمد معامله می‌شوند.^۱

۲-۳. نظریه قواعد تکمیلی مبتنی بر عرف عمومی و انصاف

این نظریه با ابتناء بر بافت اجتماعی حاکم بر طرفین قرارداد، بر این مبنا استوار است که طرفین عادات اجتماعی را در ماهیت قرارداد خود وارد کرده و بافت اجتماعی موجب تبیین و شناسایی مفاد قرارداد و رفتار طرفین در جریان روابط قراردادی می‌شود. مطابق این نگاه، طرفین انتظار دارند هنجارهای عرفی بر روابط قراردادی شان حکم فرما باشد و لذا به طور متعارف چنین محاسبه می‌کنند که دیگران نیز به این هنجارها پایبند هستند.^۲ تفسیر قرارداد بر طبق این نظریه تابع نگرش «نوعی» است. طرفداران نظریه مبنای عرفی قواعد تکمیلی به قاعده انصاف روی آورده‌اند. بر اساس اصل انصاف که «جان رالز»^۳ ارائه نمود، شخص ملزم به اجرای قواعد نهادی

1. Smith; Dawson Scholar, (2004)

2. Ibid

3. Riley, (2000)

۴. عدالت به عنوان انصاف مستلزم این است که همه خیرات اولیه اجتماع به طور برابر توزیع شوند مگر اینکه توزیع نابرابر به نفع همگان باشد. برای مبادله این خیرات هیچ محدودیتی وضع نمی‌شود و بنا بر این فواید اجتماعی و اقتصادی بیشتر آزادی کمتر را جبران می‌توانند کرد. رالز، (۱۳۷۶)

است که منافع آن را به طور ارادی پذیرفته است، به شرطی که این نهاد عادلانه یا مبتنی بر انصاف باشد.^۱ هم چنین مطابق اصل چهارم قانون اساسی ایران، قاعده‌ی تکمیلی نباید سبب سوء استفاده یکی از طرفین از حق خود شود.

۳-۳. نظریه قواعد تکمیلی بر پایه کارایی اقتصادی

بر اساس معیار «کارایی پارتو»،^۲ کارآمدی قواعد تکمیلی در گرو تغییر وضعیت موجود به گونه‌ای است که بدون ایراد هیچ ضرری دست کم وضعیت یک نفر بهبود یابد. توانایی افزایش رفاه طرفین یا جامعه، معیار کارایی قواعد تکمیلی «کالدور-هیکس»^۳ محسوب می‌شود.^۴ در قراردادهای ناقص که عبارت‌های قراردادی روشن نیست یا تمام احتمالات آینده در قرارداد پیش‌بینی نشده است، قصد غیرمصرح طرفین به استناد قواعد تکمیلی به صورت فرضی استنباط می‌شود. به طور کلی، نظریه قواعد تکمیلی بر پایه کارایی اقتصادی، خود دو مبنا می‌تواند داشته باشد.

۳-۳-۱. تبعیت از اراده طرفین

مطابق این مبنا، اصل اساسی در اعمال قواعد تکمیلی، تبعیت از اراده طرفین و کارآمدترین و پایدارترین قاعده تکمیلی، قاعده متکی بر قصد طرفین است.^۵ زیرا با فرض عاقل بودن طرفین، علی‌القاعده توافق در مورد شروطی حاصل می‌شود که سود مشترک را افزایش دهد، هرچند

1. Rawls, (1971)

۲. در معیار پارتو منابع به صورتی اختصاص می‌یابد که امکان تغییر آن به نحوی که حداقل یک نفر بتواند در موقعیت بهتری قرارگیرد بدون آنکه دیگران در موقعیت بدتری قرار گیرند، وجود ندارد. خاندوزی، (۱۳۸۶)

۳. از آنجا که کمتر سیاست و قاعده حقوقی را می‌توان یافت که آنچنانکه در معیار پارتو اشاره شد، اجرای آن باعث کاهش مطلوبیت هیچکسی نشود، تحلیل گران اقتصادی حقوق دنبال معیار منعطف‌تری در عین افزایش کارایی بودند. معیار جایگزین توسط نیکلاس کالدور و جان هیکس ارائه شد و در آن برخلاف معیار پارتو، افزایش مطلوبیت برخی به قیمت زیان یا کاهش مطلوبیت دیگران می‌باشد. در واقع 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 (ریابایی، (۱۳۸۶)

4. Craswell, (1992)

5. Craswell, (2004)

بدان‌ها تصریح نشده باشد^۱. در واقع، اصل تبعیت از اراده طرفین به این معنا است که اگر طرفین زمان کافی برای معامله داشتند یا درباره نقض قراردادی می‌اندیشیدند، به طور مشترک چنین قاعده‌ای را می‌پذیرفتند و حال که به خواست خود تصریح ننموده‌اند، فرض بر این است که شروطی را خواسته‌اند که بازده و سود مشترک قراردادی را به حداکثر برسانند^۲ و ملاک آن چه در صورت سکوت طرفین اعمال می‌شود، کارآمدی است. بنابراین، قواعد تکمیلی که بدین سان انتخاب می‌شوند، قواعد تکمیلی مبتنی بر رضای فرضی^۳ هستند؛ البته گاه در تشخیص، رضای نوعی (خواست اکثر متعاملین) ملاک عمل قرار می‌گیرد. به عنوان نمونه قانون یکنواخت تجاری آمریکا را می‌توان نام برد که برخی نویسندگان بر این باورند که با صرفه‌جویی در پاره‌ای از هزینه‌ها مانند هزینه تعیین زمان تسلیم، محل تسلیم، یا حتی ثمن قراردادی، قاعده تکمیلی مبتنی بر اراده اکثر متعاملین ارائه نموده است^۴.

۳-۳-۲. قاعده تکمیلی کیفری یا الزام به ارائه اطلاعات

در بسیاری از معاملات، طرفین در موارد متعددی هم چون خطرات ناشی از معامله، ویژگی‌های طرف مقابل و غیره، اطلاعات متفاوتی دارند. برای نمونه، فروشنده از میزان ضرر وارد به خریدار در صورت معیوب بودن کالا بی‌اطلاع است. این نابرابری اطلاعاتی گاه منجر به پیش‌بینی شروطی می‌شود که طرفین در شرایط داشتن اطلاعات کامل بدان رضایت نداشته و در نتیجه مطلوب نیستند^۵. این نقیصه را می‌توان از طریق مقررات افشای اطلاعات یا انتخاب قواعد تکمیلی مناسب منجر به افشاء و اصلاح اطلاعات طرف قرارداد برطرف نمود^۶.

تعیین مجازات برای دارنده اطلاعات، با احتمال زیادی افشای اطلاعات را در پی دارد. قواعد تکمیلی کیفری که علیه طرفی که اطلاعات نسبی دارد مورد استفاده قرار می‌گیرند، وی را تشویق می‌کند که آن‌ها را در اختیار دیگری نیز قرار دهد. در واقع وقتی قاعده تکمیلی به ضرر

1. Ben-Shahar, (2008)

2. Goetz; Scott, (1977), Scott, (2003)

3. Hypothetical Consent

4. Korobkin, (1998)

5. Ben-Shahar, (2004)

6. Ibid

دارنده اطلاعات باشد، وی به منظور پیشگیری از تضرر، ناچار به افشای اطلاعات خواهد بود.^۱ افشای اطلاعات ممکن است نسبت به یکی از طرفین قرارداد یا نسبت به اشخاص ثالث صورت گیرد و فقدان قواعد کیفری نیز می‌تواند موجب انگیزه‌های فرصت طلبی باشد.^۲

۴. مطالعه تطبیقی کاربست قواعد تکمیلی در پیشگیری از نقض قرارداد ناقص

در حقوق آمریکا قرارداد ناقص به معنای قرارداد دارای خلاء و در عین حال قابل اجرا است. هرچند در آغاز طرفداران اصل حاکمیت اراده با این دلیل که قراردادهای با شروط معین و کامل تضمین‌گر عدم الزام یکی از طرفین به اجرای تعهدات غیرارادی ست، با قراردادهای دارای شروط مبهم و نامعین و قرارداد ناقص مخالفت می‌کردند؛ اما در نهایت، برخی از دادگاه‌ها اجرای قراردادهایی که تعهدات متقابل در زمان اجرا تعیین می‌شد را پذیرفته و به علاوه برای تکمیل قرارداد، عناصر خارجی را هم در نظر گرفتند.^۳ بدین سان، در قانون یکنواخت تجاری نیز قرارداد ناقص صحیح شناخته شد و تمام ایالت‌های آمریکا آن را پذیرفتند. اما در حقوق فرانسه (به ویژه پیش از اصلاحیه ۲۰۱۷ قانون مدنی) بدان جهت که حقوقدانان تمایل چندانی به تحلیل اقتصادی حقوق نشان نداده و برخی با آن مخالفت نمودند^۴، قرارداد ناقص رسمیت نداشته و پس از انعقاد قرارداد، صرفاً یک قرارداد کامل وجود دارد که هیچ یک از طرفین نمی‌تواند به بهانه‌ای، خواستار تعدیل آن شود؛ مگر در موردی که قوه قاهره طرفین را از اجرای تعهدات متقابل آزاد سازد.

در حقوق ایران، یکی از اساتید حقوق مدنی، بدون طرح نظریه قرارداد ناقص در مبحث قراردادهای فرضی را مطرح ساخته است که قرارداد می‌تواند ناقص باشد.^۵

۴-۱. حقوق فرانسه

برخی از اقتصاددانان فرانسه، معتقدند قواعد حقوق کامن لا نسبت به حقوق فرانسه در مورد

1. Ibid

۲. بر اساس تعریف پازنر فرصت طلبی عبارتست از: «سود بردن از آسیب پذیری طرف مقابل قرارداد».

Posner, (1986)

3. Mauriera, (2004)

4. Mackaay, (2000)

۵. کاتوزیان، (۱۳۸۷).

تعدیل قراردادها در روال اجرا و تغییر اوضاع و احوال، انعطاف بیشتری داشته و امکان مذاکره دوباره درباره قرارداد، تعدیل شروط و تفسیر قضایی آن، یکی از نشانه‌های کارایی در کامن لا است. در حالی که حقوق فرانسه با قراردادهای ناقص، مذاکره دوباره و تفسیر قضایی مخالف است.^۱ سخت‌گیری دیوان عالی فرانسه در مورد تغییر اوضاع و احوال، با استناد به نیروی الزام‌آور قرارداد، مانع اعطای اجازه تعدیل شروط قراردادی به قاضی است؛ برخی تحلیل‌گران اقتصادی حقوق فرانسه، رویه‌های قضایی فرانسه را درباره مذاکره دوباره طرفین در مورد قرارداد ساکت می‌دانند^۲ و عده‌ای نیز به اشتباه قاضی را درباره قرارداد، مذاکره دوباره طرفین، بازبینی یا انحلال قرارداد صاحب اختیار می‌پندارند.^۳ گروهی نیز با استناد به قوه قاهره (ماده ۱۱۴۸ق.م فرانسه) تعدیل قرارداد با استفاده از مذاکره دوباره طرفین در صورت تغییر اوضاع و احوال در زمان اجرای قرارداد را مجاز و همگام با مکتب تحلیل اقتصادی حقوق دانسته‌اند که کارایی را بالا می‌برد.^۴

در حقوق موضوعه فرانسه قبل از اصلاحات، طرفین نمی‌توانستند قرارداد را به صورت ناقص و قابل مذاکره در آینده و فرصت مناسب تنظیم نمایند. زیرا به موجب قانون مدنی فرانسه آن زمان، مورد معامله باید معین یا دست کم قابل تعیین باشد، همان‌طور که دادگاه در پرونده *Alain Veyron v. Ambrosio*^۵، قرارداد را به دلیل نقص، باطل اعلام کرد. بعدها این اصل با پذیرش قرارداد قالب^۶ تعدیل شده. قرارداد - قالب قراردادی است که اهداف متعاقدین در آن مشخص است، ولی شروط اساسی معامله مانند مورد معامله و یا ثمن مورد معامله پیش‌بینی نشده و با مراجعه به متن قرارداد، به سادگی قابل تعیین نیستند^۷ و همین شروط نامعین موجب انعطاف پذیری قرارداد می‌شوند. این مفهوم در حقوق کامن لا وجود ندارد و یا دست کم در حقوق آمریکا معادلی ندارد و صرفاً ساخته حقوق فرانسه و آلمان است. قرارداد - قالب در حقوق فرانسه را می‌توان از قراردادهای ناقص به شمار آورد و نویسندگان حقوقی آن را با نقص قراردادی مقرر در قانون یکنواخت تجاری آمریکا مقایسه نموده‌اند که به موجب آن طرفین می‌توانند در

1. Brousseau, (2001)

2. Ibid

3. Menard, (2001)

4. Kirat, (2003)

5. CLOUT Case No. 151 [Cour d'appel Grenoble, France, 26 Apr. 1995] (*Alain Veyron v. Ambrosio*)

6. Le contrat - Cadre

7. Chestin, (1999)

آینده به مذاکره بپردازند و پاره‌ای از شروط قراردادی را متناسب با شرایط تعدیل نمایند.^۱ چنین قراردادی با توجه به فراهم بودن شرایط اجرای فوری در واقع کامل محسوب می‌شود، لکن با درج شروط تغییرپذیر (شروط مربوط به دشواری اجرای قرارداد)، قرارداد ناقص در لباس عقد کامل متجلی شده و هدف طرفین نیز در نظر گرفتن آینده و استفاده از امتیاز قرارداد ناقص است. طرفین به مفاد قرارداد پایبندند و در صورت تغییر شرایط یا وقوع حادثه خاص، گویی قرارداد ناقصی منعقد کرده‌اند. آنها با انتخاب قرارداد-قالب می‌توانند رابطه قراردادی را با حفظ آزادی قراردادی ساماندهی نمایند و بدین سان نوعی عقد الزام آور، لکن دارای شروط منعطف منعقد می‌نمایند.^۲ در این فرض اگر حادثه‌ای تعهد معاملاتی طرفین را تغییر دهد، طرفین وظیفه دارند با مذاکره دوباره، تعهدات قراردادی را با شرایط اقتصادی جدید مدیریت و سازگار نمایند. برای نمونه، در قراردادکار تغییر قیمت و دستمزد به صورت متغیر پیش‌بینی می‌شود.^۳

دیوان عالی فرانسه پیش از سال ۱۹۹۵، از آن‌جا که عقد را محصول اراده‌های افراد می‌دانست که قرارداد فاقد یکی از شرایط اساسی معامله نمی‌تواند عقد دانسته شود و نقص قرارداد را موجب در سلطه توان اقتصادی طرف مقابل قرار گرفتن یکی از طرفین و در نتیجه مغایر اصل حاکمیت اراده می‌دانست، هر قرارداد ناقص و قراردادهای قالب را بر مبنای مواد ۱۵۹۱ و ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه باطل اعلام می‌نمود. این عقیده علاوه بر ناکارایی تجاری، با ایراداتی چون دشواری استرداد اصل و منافع مورد معامله مواجه بود. امروز دیگر نویسندگان و دیوان عالی فرانسه ماده ۱۱۲۹ ق.م.ر را در مورد تعیین ثمن قابل اعمال نمی‌دانند و بنابراین قرارداد می‌تواند بدون تعیین ثمن منعقد شود^۴ و سوءاستفاده از عدم تعیین ثمن، قرارداد را قابل فسخ می‌نماید. این نظام حقوقی، معلومات ناقص طرفین نسبت به وضعیت‌های آینده دنیا را با «تعهدات مشروط» پاسخ گفته (ماده ۱۱۸۱ ق.م.ف) یا در زمینه قراردادهای اداری، قابل‌بازبینی بودن ثمن را مقرر نموده بود.^۵

در قانون مدنی این کشور تکمیل قراردادهای عنوان مستقلی دارد که مقررات آن در مواد ۱۱۲۵ و عمدتاً در مواد ۱۱۵۷ تا ۱۱۶۴ ذکر شده است و طبق آن در مواردی ممکن است دادگاه در مقام

1. Les clauses de variabilite

2. Mauriera, (2004)

3. Antonmattei, (2001)

4. Aynès, (1997)

5. Kirat, (2003)

حمایت از قرارداد، شروط قرارداد را تفسیر یا اصلاح کند. البته در صورت رخداد مشکلاتی در اجرای قرارداد، درباره نقش دادگاه برای حل آن‌ها اتفاق نظر وجود ندارد. برخی معتقدند با ارجاع به عدالت، می‌توان قاضی را از دخالت منع و با این استدلال که او یکی از طرفین قرارداد نیست، وی را فاقد اختیار و امکان دخالت و اصلاح شروط قرارداد دانست و یا بر عکس چنانکه امروزه صورت می‌گیرد، دخالت اصلاحی وی را توجیه نمود و دخالتش در قرارداد را پذیرفت تا بتواند بعد ملایم انصاف را در قرارداد راه دهد که در این صورت او می‌تواند تضمین کند که حداقل توازن نسبی میان دو تعهدی که با یکدیگر مبادله می‌شوند وجود دارد». حقوق موضوعه موافق رأی دوم است و قانونگذار حق تکمیل و تنظیم قرارداد را برای خود تجویز کرده و قاضی با لحاظ چنین دخالتی اطمینان یافته که حق دخالت دارد. اصل عمده در حقوق فرانسه «توافق حقوقی» است که ریشه در سنت حقوق فرانسه در قرن هیجدهم داشته و ارتباط وثیقی با اصل استقلال در اراده دارد در حوزه قراردادها به این معناست که قرارداد باید با توجه به حسن نیت تفسیر شود، نه به صورت لفظی که ریشه در مواد ۱۱۶۴-۱۱۵۶ قانون مدنی فرانسه دارد. نویسندگان حقوق مدنی فرانسه از مفاد این ماده، تقدم اراده درونی را بر اراده اعلامی نتیجه گرفته‌اند لزوم تقید به این مبنا در تحلیل اقتصادی حقوق یا امکان جایگزینی آن با روش عینی، دارای تاثیر فراوان بر بحث حاضر و نیازمند تعمیق است.

شاید بتوان استدلال کرد که این روش تکمیلی، هزینه معاملات را کاهش می‌دهد و تفاوتی ایجاد نمی‌کند که معیار پارتویی را لحاظ کنیم یا معیار تأمین انتظارات را، زیرا طرفین ممکن است عالمانه و بنا بر اهدافی قرارداد را به صورت ناقص تنظیم کنند. به عنوان مثال عمدا مواردی را مسکوت گذارده باشند تا از این طریق اطمینان از اجرای قرارداد را افزایش دهند. به بیان دیگر وجود شکاف در قرارداد ممکن است مبتنی بر نوعی تدبیر قراردادی بوده و در نتیجه، واجد مطلوبیت باشد. در این صورت اگر ضرورت اقتضا کند دادگاه یا به طور کلی، قانون از طریق قواعد تعیین شده قرارداد را به گونه‌ایی که متضمن هزینه‌ای مساوی یا بیش از هزینه تنظیم یک قرارداد کامل نباشد، تفسیر و تکمیل می‌کند. به هر حال مسلم است که حقوق فرانسه به قضات اجازه نمی‌دهد که شروط قرارداد و شکاف‌های موجود در آن را آن چنان که مطلوب می‌دانند تفسیر کنند، بلکه باید در این مقام قواعد خاصی را رعایت کنند:

- قاعده نخست این است که حتی الامکان باید آن تفسیری از قرارداد ارائه شود که بقای آن

- را تأمین کند (ماده ۱۱۵۷ ق.م.ف). همچنین می‌توان با قرائتی مطلوب از این قاعده که ناظر بر مبادله اختیاری عوضین است، مطلوبیت تراقتصادی را به نحو حداکثری تأمین کرد. این امر از هدر رفتن تلاش‌های که برای ایجاد رابطه قراردادی صورت گرفته جلوگیری می‌کند.
- قاعده دوم این است که قاضی باید قرارداد را به گونه‌ای تفسیر کند که به نفع متعهد و علیه مشروط له باشد (ماده ۱۱۶۲ ق.م.ف). برای این قاعده می‌توان به دو دلیل اقتصادی استناد کرد؛ نخست اینکه احتمال اجرای تعهد را افزایش می‌دهد؛ زیرا در واقع متعهد با مشکل مواجه شده است. دلیل دوم این است که این قاعده به متعهدله اجازه می‌دهد خطرهایی را که راجع به فقدان دقت در شروط قرارداد است متحمل شود و از این رو، دقت خود را در زمان شکل گرفتن قرارداد افزایش می‌دهد؛ زیرا در غالب موارد، متعهدله نفوذ بیشتری در انتخاب شروط قرارداد دارد و از این حیث، با هزینه کمتری می‌تواند از خطر عدم اجرای قرارداد جلوگیری کند. این نکته از آن جهت اهمیت دارد که در حقوق فرانسه تصریح شده است که کسی که قرارداد را نوشته است باید بار خطر ناشی از ابهام در شروط قرارداد را تحمل کند و بنابراین قرارداد باید علیه او تکمیل شود. از نظر کارایی اقتصادی و نیز تأمین انتظارات، یکی شدن شناخت طرفین و تصمیم‌گیری قضایی مطلوبیت بیشتری دارد. البته وجود ماده ۱۶۰۲ در قانون مدنی فرانسه وضع را پیچیده‌تر کرده است. به موجب این ماده هر شرط مبهمی باید به ضرر فروشنده تکمیل شود. در توجیه ماده اخیر بیان شده است که هر فروشنده از اطلاعات بیشتری در مورد اشیای موضوع معامله برخوردار است. مضاف بر اینکه مسئولیت تعیین شروط قرارداد با او است. بنابراین عدم وضوح به زیان او تکمیل می‌گردد. ممکن است میان این دو ماده نیز تعارض واقع شود؛ اگر در قرارداد بیع در مورد تعهدات فروشنده تردید ایجاد شود به موجب ماده ۱۱۶۲ باید به نفع او قرارداد را تکمیل نمود (چون او متعهد بوده است) و به موجب ماده ۱۶۰۲ قرارداد به ضرر او تکمیل می‌شود (چون فروشنده است). رویه قضایی فرانسه در تعارض مزبور ماده ۱۶۰۲ را مقدم دانسته است که احتمالاً علت آن خاص بودن ماده مزبور در قیاس با ماده ۱۱۶۲ است.^۱
 - قاعده سوم تکمیل نیز از ماده ۱۱۳۵ ق.م.ف استنباط می‌شود که مقرر می‌دارد: «قرارداد طرفین را نه تنها به اجرای آنچه تصریح شده است، بلکه به آنچه انصاف، عرف و قوانین

۱. حبیبی، (۱۳۸۹) قشقای، (۱۳۷۸)

موجود اقتضا می‌کند ملزم می‌کند». بنابراین، هر یک از طرفین به ویژه در مواردی که مساله سلامت طرف دیگر مطرح است باید اطلاعات لازم را به او بدهد: جراح باید عواقب احتمالی عمل جراحی را یادآوری کند، تولید کننده باید اطلاعات لازم را درباره ترکیب کالا ارائه دهد و متصدی حمل و نقل باید سلامتی حمل را بر عهده بگیرد. بنابراین در هر یک از این موارد و موارد مشابه آن، اگر تعهد انجام نشود. شخصی که از دادن اطلاعات خودداری کرده مسؤول شناخته خواهد شد.^۱

• از نگاه معیار پارتو می‌توان چنین استدلال کرد که این قاعده سبب کاهش هزینه‌های معامله می‌شود زیرا طرفین با التزام به این تعهدات ضمنی و آثار نقض آنها همه هزینه‌های احتمالی را ارزیابی کرده و به گونه‌ای عمل می‌کنند که هزینه‌های دیگری بر آنها تحمیل نشود. از حیث مطلوبیت حمایت از انتظارات، مشروع نیز می‌توان گفت هر کس (از جمله اشخاص ثالث) انتظار دارد که دیگران عرف، وضعیت حرفه‌ای و قانون مواجه شوند، باید این نکته را بپذیریم که در صورت پیچیده بودن قانون، انتظارات مذکور معقول نخواهد بود؛ زیرا چگونه می‌توان انتظارات خود را بر قانونی پیچیده منطبق کرد که تفاسیر قاضی بعدی آن را روشن می‌کنند؟ در نتیجه، ارائه هر گونه تفسیری از چنین قانونی ممکن است بر خلاف انتظارات طرفین باشد، از این رو، گفته شده است: «قوانین و قراردادها به میزانی اعتبار خواهند داشت که توانایی مغز ما را نیز به حساب آورند»^۲.

با تمام این احوالات، باز هم در اصلاحیه ۲۰۱۷ تغییراتی منطبق با تحلیل اقتصادی حقوق در قانون مدنی این کشور ایجاد شد. راه کارهای حفظ تعادل در قراردادهای ناقص، بسته به دلایل مختلفی که ممکن است این تعادل را دچار مخاطره نموده باشد (گاه از خود قرارداد و گاه از شرایط خارجی) متفاوت است.

۴-۱-۱. عدم تعادل ناشی از خود قرارداد

قانون مدنی قبلی فرانسه همچون قانون مدنی فعلی ایران، فاقد یک اصل کلی ناظر بر لزوم تعادل قراردادی بود. تا پیش از اصلاح قانون مدنی این کشور، صرفاً این طرفین قرارداد بودند که حق

1. Delebecque, (1997)

2. Carbonnier, (1998)

ارزیابی تعادل قراردادی و پیش‌بینی ساز و کار لازم جهت تحقق آن را در اختیار داشتند و قضات این کشور چندان قادر به ایفای نقش در این زمینه نبودند، به همین دلیل پیش‌بینی راه‌کارهای لازم در این خصوص یکی از مهمترین نوآوری‌های اصلاحات این قانون است. اصلاحیه ی ۲۰۱۷ با اتخاذ سازوکارهایی به تقویت تعادل قراردادی پرداخت؛ به عنوان مثال، موارد پیش‌بینی شده در مواد ۱۱۶۸، ۱۱۶۹ و ۱۱۷۰ قانون جدید که به ترتیب به عدم پذیرش نظریه غبن به عنوان یک قاعده عمومی در حقوق قراردادها، بطلان قرارداد در فرض وجود عوض غیرواقعی یا بسیار کم و نهایتاً حذف شروط منجر به از بین رفتن اساس تعهد مدیون اشاره دارند، از این سنخ هستند؛ ماده اخیرالذکر را می‌توان یکی از مهمترین اقدامات در راستای برقراری تعادل قراردادی دانست که بر اساس یکی از آرای مشهور دیوان عالی فرانسه در زمینه‌ی شرط تحدید مسئولیت^۱ وضع گردیده است. چگونگی برخورد با شروط معارض تعادل قراردادی، پیش از این اصلاحات، مورد اختلاف نظر جدی محاکم و منجر به صدور آرای متعارض بود که سرانجام مرجع مزبور با صدور این رأی چنین اعلام داشت که چنین شروطی به دلیل از بین بردن اساس تعهد مدیون کأن لم یکن هستند^۲ و از این طریق اثر این دسته از شروط را که به عنوان یکی از جدی‌ترین تهدیدات تعادل قراردادی به شمار می‌رفتند، خنثی نمود.

همچنین اعطای مجوز به قاضی برای تعیین ضمانت اجرای سوءاستفاده از وضعیت یکی از طرفین قرارداد توسط طرف دیگر به موجب ماده ۱۱۴۳ را باید گام دیگر قانونگذار فرانسه به سوی برقراری هر چه بیشتر عدالت قراردادی دانست. این ماده، سوءاستفاده یکی از طرفین قرارداد از وضعیت طرف مقابل را در حکم اکراه و واجد احکام و آثار مشابه آن اعلام نموده است که امری بدیع به حساب می‌آید.

اصلاحیه‌ی ماده ۱۱۷۱ نیز ضمن تعریف شروط ناعادلانه، این شروط را که سبب ایجاد نابرابری فاحش در قراردادهای الحاقی می‌گردند، باطل اعلام نموده است. پیش از آن، صرفاً در برخی از قوانین همچون قانون مصرف، توافق بین تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان بر چنین شروطی، باطل اعلام شده بود، اما در اصلاحات اخیر این حکم به قانون مدنی این کشور راه یافت. البته

1. Aubert De Vincelles, (2014)

2. Chronopost

3. Cour de cassation, chambre commerciale 22 octobre 1996 N° de pourvoi: 93 -18632 Publié au bulletin Cassation

محدودیت پیش‌بینی شده در ماده مزبور صرفاً ناظر به قراردادهای الحاقی ست و شامل دیگر قراردادها نمی‌باشد. این امر بدان جهت است که در قراردادهای الحاقی زمینه صدمه به تعادل قراردادی بیش از هر حوزه دیگری فراهم است، لکن عدم تمهید این محدودیت در قراردادهای اولیه‌ای که نابرابری فاحش در قدرت معاملاتی طرفین وجود دارد، قابل انتقاد است.

به موجب ماده^۱ ۱۵۹۱ قانون تعهدات فرانسه (قبل از اصلاح قانون)، توافق درباره یقیمت برای اعتبار قرارداد لازم بود و ماده^۲ ۱۵۹۲ اجازه داده بود تعیین ثمن به حکمیت ثالث واگذار شود، لکن خودداری یا ناتوانی وی به فروپاشی بنیان معامله می‌انجامید. اما در قانون جدید فرانسه^۳ «قانونی بودن و معلوم بودن محتوای قرارداد»^۴ یکی از شروط اعتبار قرارداد برشمرده شده است که ضمن حفاظت از اصل معین بودن مورد معامله به همان شیوه‌ی مقرر قانون سابق، اکتفای به ذکر عبارت کلی «محتوای قرارداد»، انعطاف قرارداد را افزایش داده است. بدین سان موضوع تعهد می‌تواند معین یا قابل تعیین باشد و در مورد اخیر تعیین میزان تعهد نباید به تصمیم منفرد یکی از طرفین واگذار گردد. سوءاستفاده متصدی تعیین قیمت از این موقعیت، به طرف مقابل حق مطالبه‌ی تعیین بهای قرارداد از دادگاه را اعطاء می‌نماید و دادگاه برای تعیین قیمت، رویه‌های متعارف، قیمت بازار و انتظارات مشروع طرفین از قرارداد را در نظر می‌گیرد. بنابراین، این مقرره مربوط به قراردادهایی است که در لحظه‌ی انعقاد قرارداد نمی‌توان قیمت مشخصی برای کل مدت آن در نظر گرفت.^۵

در ماده‌ی ۱۱۶۵^۶ قانون جدید نیز، چنانچه میزان تعهد در زمان انعقاد قرارداد معین نشده باشد و قابل تعیین نباشد، مبلغ آن توسط خود دائن تعیین می‌شود. به‌این ترتیب در قراردادهای

۱. ماده ۱۱۲۸: شروط زیر برای اعتبار یک قرارداد لازم است: ۱. رضایت طرفین، ۲. اهلیت معامله، ۳. محتوای مشخص و قانونی.

2. Un contenu licite et certain

۳. ماده ۱۱۶۳: اجرای تعهد برای حال یا آینده است. این تعهد باید مقدور و معین یا قابل تعیین باشد. منافع در صورتی قابل تعیین است که بتوان از قرارداد یا با ارجاع به موارد مورد استفاده و روابط قبلی و بدون توافق بعدی طرفین آن را استنباط نمود.

ماده ۱۱۶۴: در قراردادها نمونه می‌توان توافق نمود که مبلغ قرارداد به طور یک طرفه توسط یکی از طرفین تعیین شود و در صورت بروز اختلاف اثبات ثمن به عهده اوست. در صورت سوءاستفاده در تعیین ثمن، قاضی می‌تواند ادعای جبران خسارت قراردادی را مردود بشمارد و در صورت لزوم، قرارداد را فسخ نماید.

۴. ماده ۱۱۶۵: در قراردادهای ارائه‌شده خدمات، اگر طرفین قبل از اجرای قرارداد توافقی ننموده باشند، مبلغ قرارداد توسط متعهد تعیین می‌شود و هم اوست که متعهد است تا در زمان بروز اختلاف آن را احراز نماید.

با اجرای اقساطی می‌توان توافق نمود قیمت تعهدات ارائه شده از سوی طلبکار، توسط وی در هریک از مراحل ایفای تعهد، ولو با ارجاع به تعهدهای خود او تعیین شود و در هر حال مدیون می‌تواند با تودیع مبلغ متعارف خود را از مسئولیت مبراء کند.^۱

نهایتاً مقرر دیگر اصلاحیه در راستای تأمین برقراری تعادل قراردادی، ماده ۱۲۲۱ مبنی بر اعطای امکان عدم پذیرش اجرای اجباری قرارداد در فرض عدم تناسب آشکار بین هزینه‌ی اجرای قرارداد برای متعهد و نفع آن برای متعهدله به قاضی است. این حکم مبتنی بر این دیدگاه است که درخواست اجرای اجباری قرارداد از سوی متعهدله در وضع موصوف، پیامدهایی غیرمنصفانه و ناعادلانه به دنبال خواهد داشت و این در حالی است که می‌توان جهت برقراری تعادل قراردادی، با اعطای امکان درخواست جبران خسارت به متعهدله، ضمن ممانعت از متضرر شدن متعهد، منافع او را نیز تأمین نمود.

۴-۱-۲. عدم تعادل ناشی از شرایط بیرونی

این واقعیت که در حین اجرای قراردادهای بلندمدت ممکن است شرایط اقتصادی (همچون بحران‌ها و نوسانات پولی)، سیاسی (همچون جنگ و انقلاب) و مانند آن که همگی خارج از حیطه اراده طرفین هستند، پیش‌بینی‌های طرفین را بر هم زده و سبب ایجاد عدم تعادل در قرارداد شود، سبب پیدایش نظریه حوادث پیش‌بینی نشده^۲ گشت^۳. مطابق این نظریه قرارداد مبتنی بر وضع متعارف مورد توافق قرارگرفته و متعهد زیان‌دیده اگر می‌توانست شرایط حادث را پیش‌بینی نماید، هیچگاه تن به انعقاد قرارداد نمی‌داد. در واقع در هر تراضی این شرط ضمنی نهفته است که معامله صرفاً تا زمان پابرجا ماندن وضع متعارف کنونی الزام‌آور و محترم است (همان). دیوان عالی فرانسه نظریه حوادث پیش‌بینی نشده را به این دلیل که معاملات تجاری را در معرض بی‌ثباتی قرار می‌دهد و امنیت قرارداد را مخدوش می‌کند (همان، ۸۸)، رد کرده است،^۴ اما این

۱. ماده ۱۱۶۶: در مواقعی که کیفیت و نحوه ارائه خدمت تعیین نشده باشد و یا به موجب قرارداد قابل تعیین نباشد، متعهد باید آنچنان خدمتی را ارائه دهد که مطابق انتظارات مشروع طرفین، باتوجه به ماهیت آن، کاربرد و میزان عوض داده شده برای آن باشد.

2. Theorie de l'imprévision

۳. کاتوزیان، (۱۳۸۷)

4. Civ. Ire, 6 mars 1876

نظریه که در رویه قضایی اداری^۱ این کشور به خوبی شناخته شده بود، از طریق اصلاحیه ۲۰۱۷ و تحت تأثیر حقوق قراردادهای اروپا^۲ به حقوق قراردادهای این کشور نیز راه یافت^۳ و ماده ۱۱۹۵ قانون جدید به منظور تضمین تعادل بین اصل لزوم قراردادها و عدالت قراردادی، نظریه حوادث پیش‌بینی نشده را در قالب ساز و کاری سه مرحله‌ای پیش‌بینی نمود.

۴-۲. حقوق آمریکا و انگلیس

افزایش روزافزون تغییر و تحولات بازار و نگرانی معامله‌گران از بروز اختلافات در اجرای قراردادهای به ویژه در قراردادهای بلندمدت، تدوین‌کنندگان قانون را بر آن داشته تا با اتخاذ تدبیری امکان انعقاد قراردادهایی با قابلیت سازگاری با هریک از وضعیت‌های احتمالی آینده را فراهم آورند. حقوقدانان آمریکایی و طرفداران مکتب اقتصاد حقوق، نقص قراردادی را عمدتاً ناشی از نقص در تعیین تعهدات طرفین می‌دانند. در حالی که در نظام‌های سیویل لا، نامعین بودن تعهدات قراردادی، قرارداد را قابل ابطال می‌نماید. در حقوق کامن لا از این مطلب با عنوان شروط تکمیل‌کننده یاد می‌شود که برخی از آن‌ها به صورت یک قاعده در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا^۴ پیش‌بینی شده و برخی از آن‌ها ضمنی می‌باشد و در واقع همان عرف است. به این معنا که عرف می‌تواند در جهت تفسیر و تکمیل اراده‌های طرفین، تعهداتی را به عنوان شرط ضمنی در قرارداد بگنجاند. پرونده هاتون علیه وارن نمونه‌ای از ورود تعهدات عرفی در توافق ضمنی طرفین^۵ است. در این پرونده مستأجر با استناد به عرف محلی ثابت کرد که مطابق اظهارنامه‌ی ارسالی مالک به تخلیه ملک روی آورده، و از این رو مجاز بوده که از میزان مال الاجاره به نسبت میزان استفاده از منافع کسر کند، چه اینکه عرفاً این ملک در مقابل چنین مال الاجاره‌ای قرار نمی‌گرفته است، بنابراین از حدود وسعت تعهدات مستأجر کاسته می‌شود^۶.

۱. این نظریه به موجب رأی "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux" از سوی شورای دولتی فرانسه Le Conseil d'État-Conseil d'État مورد پذیرش قرار گرفته است:
<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-mars-1916-Compagnie-generale-d-eclairage-de-Bordeaux>

۲. رجوع شود به مواد ۱۱-۶ اصول حقوقی قراردادهای اروپایی و ۶،۲،۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

3. Picod, (2009); Fauvarque-Cosson, (2017) Ghestin, (2013)

4. Uniform Commercial Code (u.c.c)

5. Hutton V. Warren 11836)

6. Paul Richard, (1999)

هرچند در حقوق آمریکا نیز به مدت طولانی نظریه سنتی حقوق قراردادی در زمینه عدم تعیین کامل مفاد قراردادی یا نقص مبنی بر الزام آور نبودن قراردادهای دارای شروط مبهم حاکم بود،^۱ اما در قانون یکنواخت تجاری آمریکا، صحت چنین شروطی نسبت به قراردادهای بیع کالاها و قراردادهای پیش نویس دوم^۲ مورد پذیرش قرار گرفته است. بر اساس بخش ۲-۳۰۶ قانون یکنواخت تجاری و ماده ۳۳ قراردادهای پیش نویس دوم، اگر در قراردادهای عرضه و توزیع، مقدار عرضه بر حسب میزان تولید یا نیاز بر عهده عرضه کننده قرار داده شود، چنین قراردادهایی صحیح هستند. مطابق با بخش ۲-۲۰۴ قانون یکنواخت تجاری آمریکا، عقود که بر سر رکن مادی آنها توافقی صورت نگیرد، صحیح هستند که این عدم توافق می تواند در رابطه با مورد معامله، مکان، و زمان و به این صورت باشد که درباره هر یک در زمان انعقاد امکان تکمیل وجود ندارد. در این صورت شرط باز طراحی می شود تا در آینده با توجه به وقایع احتمالی تکمیل شده و منتج به کارآیی قرارداد شوند. چنان که گفته شد شرط باز ممکن است نسبت به مبیع، ثمن، زمان یا مکان باشد.

۴-۲-۱. شرط تکمیلی و باز نسبت به مبیع

ممکن است خریدار از تعیین قطعی مقدار مورد نیاز در زمان انعقاد عقد ناتوان باشد و معیاری نیز تعیین نشده باشد. چنان که در قراردادهای تأمین،^۳ مقدار مورد معامله تعیین نمی شود و در آینده در زمان اجرای قرارداد میزان آن مشخص می گردد و با حصول توافق میان دو طرف، قرارداد محقق است. این که ایجاب باید کامل و روشن باشد، از جهت آن است که نشان می دهد دو طرف به توافق نهایی رسیده اند. بنابراین هرگاه حصول توافق نهایی محرز شود به گونه ای که دو طرف قصد جدی بر انعقاد قرارداد داشته باشند، باز گذاشتن مقدار مورد معامله مانع از تشکیل قرارداد نبوده و از شرط باز با شیوه هایی رفع ابهام می شود. بر اساس این ماده و بخش

۱. در حقوق کامن لا، قیمت، تاریخ تسلیم و مقدار از شرایط اساسی قرارداد محسوب می شدند و دادگاه ها از اجرای قراردادهایی که یکی از این شرایط را نداشتند، خودداری می نمودند.

۲. Second Draft Contracts، به عنوان قانونی نمونه پیش از قرارداد نهایی می تواند بین دو طرف معامله مدنظر قرار گیرد.

۳. قراردادهای تأمین (Requirement contract) قراردادهایی هستند که به موجب آن یک طرف تعهد می کند که نیاز طرف دیگر قرارداد را به یک کالا یا جنس خاصی تأمین کند بدون اینکه میزان آن مشخص باشد؛ به عبارتی میزان و مقدار مبیع مقداری است که خریدار لازم دارد. این قراردادهای طولانی مدت معمولاً برای تضمین تثبیت نوسانات قیمتی و تأمین عرضه منعقد می شوند.

۲-۳۰۵ همین قانون، طرفین می‌توانند بدون تعیین ثمن یا مقدار مورد معامله (با رعایت قصد انعقاد قرارداد)، قرارداد ناقص منعقد نمایند.^۱ طبق مفاد بند ۳ ماده ۲-۲۰۴ قانون متحدالشکل تجاری و ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی^۲ با بازگذاشتن یک یا چند شرط قرارداد فروش بر هم نمی‌خورد. به موجب ماده ۲-۳۰۶ قانون یکنواخت تجاری، در قرارداد تأمین، شرطی وجود دارد که مقدار مورد معامله در صورت عدم تعیین، با رعایت حسن نیت و بر اساس تولید واقعی فروشنده یا نیازهای واقعی خریدار تعیین می‌شود.^۳

قاعده‌ی دیگری در حقوق انگلیس پذیرفته شده است که اگر در مورد مفهوم و قلمرو تعهدات تردید ایجاد شود، رفع ابهام علیه فردی که آن را تنظیم کرده و به آن استناد می‌کند صورت می‌گیرد. در انگلیس قاعده تفسیر به زیان تنظیم کننده، بیشتر در مورد شروط محدود کننده یا معاف کننده مسئولیت به کار می‌رود.^۴ در آرای مراجع قضایی نیز صراحتاً بیان شده است: «به جرات می‌توان گفت تمام شروط محدود کننده مسئولیت قراردادی بر اساس قاعده تفسیر به زیان منتفع ارزیابی می‌گردند...» اما در مورد سایر قراردادها نیز به این قاعده استناد می‌گردد.

تکمیل خلاء به نفع مشروط علیه صرفاً احتمالی نظری نیست، بلکه روش عملی است که توسط دادگاه‌ها در رسیدگی به قراردادهای ناقص به رسمیت شناخته شده و گاهی اعمال شده است. در پرونده انتاریو داونز علیه لاپه^۵ طرفین وارد توافق برای فروش ۱۶ هکتار زمین به قیمت ۵۰,۰۰۰ دلار شدند ولی مکان این ۱۶ هکتار در زمین ۴۵۰ هکتاری فروشنده را مشخص نکردند. دادگاه این گونه حکم داد که طرفین توافق خود را الزام‌آور می‌دانند و این خلاء باید به گونه‌ای که به نفع فروشنده است، بر طرف گردد و لذا حکم داد فروشنده ملزم به انتخاب قطعه زمین مناسب است که خریدار باید آن را قبول کند. اگر فروشنده چنین انتخابی را انجام ندهد، آنگاه خود خریدار حق انتخاب یک قطعه زمین را دارد. مطابق این طرح، خریدار می‌تواند فروشنده را وادار کند که قرارداد را با ماده‌ای دارای بیشترین نفع برای خریدار تکمیل کند و اطلاعاتی که نشان می‌دهد چه ماده‌ای بیشترین نفع برای خریدار را دارد، توسط خود خریدار

1. Mauriera, 2004)

2. Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

3. Art. 2-306, UCC

4. Lewison, (1997)

5. The case of Ontario Downs v. Lauppe 192 Cal.App.2d 697, 13 Cal.Rptr. 782 (1961).

استخراج می‌شود، با این تهدید که اگر در انتخاب مناسب آن ناکام باشد، باید ماده با زیان بیشتر تعیین شده توسط دادگاه را بپذیرد. تکمیل با این روش تضمین می‌کند معامله‌ای که قرار است اجرا شود، از آن چیزی که خواننده قصدش را در زمان ورود به توافقنامه‌ی ناقص داشت، بدتر نیست.

۴-۲-۲. شروط تکمیلی نسبت به ثمن

الف. ثمن شناور^۱

هر گاه ثمن به نحو قطعی معین نباشد اما ضابطه‌ای تغییرپذیر یا تغییرناپذیر برای تعیین آن وجود داشته و بر آن توافق شده باشد، ثمن شناور است^۲ و در مرحله‌ی اجرا با رعایت ضابطه‌ی مذکور تعیین می‌شود.

ب. نت بک^۳

روشی است که بر اساس آن بهای نفت خام بر مبنای فرآورده‌های استحصال‌ی در بازار نقدی پس از کسر هزینه‌های بیمه، حمل و نقل و پالایش محاسبه می‌شود (فرهنگ، ۱۳۷۲، ذیل واژه نت بک).

ج. ثمن باز

ثمن باز در کشورهای نظام کامن لا نظیر انگلیس و آمریکا معمول شده است. قانون متحدالشکل تجارت آمریکا در ماده ۳۰۵-۲ مقرر می‌کند: «اگر طرفین قصد تشکیل قرارداد بیع را داشته باشند، چنانچه قیمت کالا را تعیین نکرده باشند، قیمت متعارف در زمان تحویل کالا، ثمن معامله محسوب می‌شود». در حقیقت قیمت باید از طرف فروشنده یا خریدار با رعایت حسن نیت تعیین شود که همان قیمت متعارف است و قیمت متعارف نیز بر اساس قیمت بازاری و در صورت عدم وجود قیمت بازاری، قیمتی که نفع متعارف را افزایش می‌دهد، تعیین می‌شود. به‌عنوان مثال، طرفین می‌توانند توافق کنند پس از گذشت مدت زمان خاصی بدون نیاز به مذاکره مجدد، شرایط بازمینی قیمت به وجود آید. مثلاً در قرارداد بلندمدت فروش گاز، میان

1. Open price

۲. این اصطلاح اولین بار با کتاب «تفسیری بر حقوق بین‌المللی» وارد ادبیات حقوقی ایران شد. نگارنده این اثر در برابر ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌الملل عنوان ثمن شناور را برگزیده است (داراب پور، ۱۳۷۴، ۱۸۶).

3. Netback

سوناتراچ و شرکت دیستری گاز،^۱ گذشت چهار سال از زمان انعقاد قرارداد برای طرفین، امکان تجدیدنظر در قیمت قراردادی را فراهم آورد.^۲ در ضمن، طرفین می‌توانند جهت انعطاف بیشتر قرارداد و تطابق آن با شرایط و اوضاع و احوال، اختیار تعیین فرمول جدید را به شخص ثالث یا مرجع حل و فصل اختلافات قراردادی واگذار کنند.^۳ البته مرجع حل اختلاف در تعیین قیمت جدید گاز باید به مفاد قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد و مقررات داوری توجه کند. در حقوق انگلیس در صورتی که شیوه‌ای برای تعیین ثمن در زمان آتی مشخص شود، عدم تعیین آن در زمان انعقاد معامله خدشه‌ای به صحت قرارداد وارد نمی‌کند. بنابراین در هر قراردادی ثمن قرارداد یا تعیین می‌شود و یا ضابطه‌ایی برای آن پیش‌بینی می‌گردد و اگر ثمن به هیچ روشی تعیین نشده باشد یا ثالثی که تعیین ثمن به او سپرده شده از انجام امر محوله استنکاف نماید، مشتری باید قیمت عادلانه یا متعارف را بپردازد.^۴ نظیر همین مقرر در قانون بیع کالای کانادا^۵، استرالیا^۶ و مالزی^۷ نیز وجود دارد.

۴-۲-۳. شرط زمان باز

باز گذاردن زمان ایفای تعهد در قرارداد، حقوق متعهدله و منافع اجتماعی در اثر اجرای قرارداد را با تردید جدی و در برخی نظام‌های حقوقی با بطلان مواجه می‌کند. چنان که ماده ۴۶۸ ق.م.ایران مقرر می‌دارد: «در اجاره اشیاء، مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است.» بند ۳ ماده ۱-۱-۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، شرط زمان باز را به زمان متعارف محدود می‌کند. با این وجود در مقررات کشورهای کامن لا نیز موادی به این مسأله اختصاص پیدا کرده است.

ماده ۲-۳۰۹ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا مقرر داشته که: «۱. هرگاه زمان حمل یا تحویل یا هر اقدام دیگری بر طبق قرارداد مقرر نشده یا بر روی آن توافق نشده باشد، زمان نوعی خواهد

1. Sonatrach and Distrigas Corporation LNG SPA, (1976)

2. Patrick, et al, (2015)

۳. کاتوزیان، (۱۳۸۴)

4. Sale of goods Act, (1979)

5. Canada: Sale of goods Act, (1994)

6. Australia: Sale of goods Act, (1954)

7. Malaysia: Sale of goods Act, (1957)

بود؛ ۲. عدم تعیین زمان در قراردادهایی که اجرای آنها به طور متوالی صورت می‌گیرد، قرارداد تا زمان نوعی (معقول) معتبر است مگر آنکه توافقی غیر از آن شده باشد که هر زمان توسط یکی از دو طرف خاتمه یابد.^۱

در بند سوم ماده ۲۹ قانون بیع کالای انگلستان نیز چنانچه برای تحویل کالاها زمانی معین نشده باشد، فروشنده ملزم است آنها را در زمان متعارف تحویل دهد.^۲ در قانون بیع کالا در سایر کشورهای کامن لا نظیر کانادا^۳، استرالیا^۴ و مالزی^۵ هم درباره‌ی شرط زمان باز همین مفاد به چشم می‌خورد.

۴-۲-۴. شرط مکان باز

ایفای تعهدات در تجارت بین‌الملل با پول رایج محل تأدیه صورت می‌گیرد و گاهی تعیین محل پرداخت قرینه‌ای است که قصد دو طرف را در نوع پولی که تعهد باید با آن اجرا شود، آشکار می‌کند.^۶

ماده ۲-۳۰۸ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا مقرر می‌دارد: «۱. در مواردی که دو طرف توافقی نسبت به محل تسلیم نکرده‌اند و در صورتی که خریدار هیچ اقامتگاهی نداشته باشد، محل تسلیم کالا محل کسب و کار فروشنده است؛ ۲. در قرارداد فروش کالای معین در حالی که دو طرف از وجود کالا در محل دیگری خبر دارند، محل تسلیم همان محل وقوع کالا است».^۷ حقوق انگلیس در ماده ۲۹ قانون مربوط به بیع نیز با مجری دانستن همین قاعده مقرر می‌دارد چنانچه هیچ شرط صریح یا ضمنی درباره‌ی تسلیم کالاها وجود نداشته باشد، محل تسلیم همان محل تجارت و کسب و کار فروشنده است و اگر بیش از یک محل کسب و کار داشته باشد، اقامتگاه وی محل تحویل است. در مواردی که قرارداد برای فروش کالای خاصی است که در مکان دیگری ست و طرفین در زمان انعقاد قرارداد از این امر آگاهند، محل تسلیم، محل وقوع

1. Art. 2-309, UCC

2. Sale of goods Act, (1979)

3. Canada: Sale of goods Act, (1994)

4. Australia: Sale of goods Act, (1994)

5. Malaysia: Sale of goods Act, (1957)

۶. کاتوزیان، (۱۳۸۷)

7. Art. 2-308, UCC

کالاهاست.^۱ نظیر همین مفاد در قوانین بیع کالای کانادا^۲ و استرالیا^۳ نیز وجود دارد. در قانون مالزی آمده است اگر در قرارداد به طور صریح یا ضمنی محل تحویل تعیین نشده باشد، کالاها باید در مکانی که در زمان بیع یا توافق بر بیع آنجا بودند تحویل داده شود.^۴

۳-۴. حقوق ایران

چنان که گفته شد، در نظام حقوقی ایران تصریحی بر پذیرش قرارداد ناقص وجود ندارد. اما مطالعه حقوق قراردادی بیان گر وجود امکان پذیرش آن است.

برخی مدار تکمیل قرارداد در این نظام را اراده مشترک انشاء کنندگان قرارداد می دانند؛ زیرا قرارداد یک ماهیت حقوقی است که به اراده انشاء کنندگان آن در عالم اعتبار تحقق می یابد. مطابق اصل حاکمیت اراده در قراردادها، اصل تحقق قرارداد و همه آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن (جز آثار ذات قرارداد) به رعایت شرایط قانونی وابسته به اراده انشاء کنندگان آن است و هرگز قراردادی، به شخصی که آن را اراده نکرده است تحمیل نخواهد شد.^۵ از طرفی گفته شده است؛ «دادرسی نتیجه خارجی رأی خود را حس می کند، تنها به استحکام رأی و استدلال خود نمی اندیشد و به ندای وجدان بیشتری توجه دارد و تا حد مقدور چنان می کند که منصفانه می بیند. یعنی در مواردی که جای استدلال هست، جانب عدل را می گیرد». بنابراین نظر اول، حاکمیت قصد مشترک از اعتبار ممتازی برخوردار است و مدار اصلی تکمیل قرارداد، قصد مشترک طرف های آن به شمار می رود و هدف، کشف خصوصیات قرارداد، مطابق اراده انشاء کنندگان آن است و بر خلاف آنچه گاهی تصور می شود هم اکنون در حقوق ایران و مطابق قانون، قصد مشترک طرفین محور تفسیر قرارداد است نه مصالح اجتماعی و انصاف که از حیث مصادیق ابهام دارد.^۶ بنابراین، نباید غفلت کرد که عیب تفسیر بر اساس مطالع مورد نظر قضات این است که اختلاف نظر دادرسان وضع حقوقی مردم را بی ثبات می کند و آنها به درستی

1. Sale of goods Act, (1979)

2. Canada: Sale of goods Act, (1994)

3. Australia: Sale of goods Act, (1954)

4. Malaysia: Sale of goods Act, (1957)

۵. شهیدی، (۱۳۹۳)

۶. کاتوزیان، (۱۳۸۷)

۷. شهیدی، (۱۳۹۳)

نمی‌دانند سرانجام چه سرنوشتی در انتظارشان است. البته ممکن است گفته شود وجود دیوان عالی کشور و اعتباری که از نظر سلسه مراتب قضایی آرای آن دارد این عیب را برطرف می‌کند. اما مشکل این است که علاوه بر اینکه بسیاری از آرای به دیوان عالی کشور و صدور رأی منتهی نمی‌شوند، اختلاف آرای قضایی تا قبل از رسیدن به مرحله دخالت و تفسیر دیوان، در فرآیندی بلندمدت قرار دارند و در طی این مدت، سرنوشت قراردادها در اختیار قضات دادگاه‌های تالی است.

به نظر می‌رسد که تکمیل قرارداد بر مدار قصد مشترک انشاءکنندگان قرارداد، منطبق با معیار تأمین انتظارات است؛ زیرا در این نوع تکمیل، ملاک این است که با کشف اراده طرفین، قرارداد را به گونه‌ای تفسیر کنیم که انتظارات آنها از تشکیل قرارداد تأمین شود. بر همین اساس شعبه دوم دادگاه عمومی تهران (حقوقی یک) در توجیه حکم خود در رای شماره ۱۰۵ مورخ ۲۴/۲/۱۳۶۳ به امور زیر استناد می‌نماید: «...در خصوص دعوی اصلی با توجه به قولنامه مستند دعوا که مصون از انکار و تکذیب باقی مانده و حاکی از خرید و فروش رقبه فوق الذکر و پرداخت مبلغ نه میلیون ریال از ثمن معامله ... ۱۳ روز قبل از موقع انتقال رسمی مندرج در قرارداد می‌باشد و با التفات به این که پرداخت و دریافت‌های مزبور در تاریخ‌های فوق‌الاشعار قصد خوانده اصلی را به التزام به بیع محرز می‌داند...» در این پرونده قصد مشترک متعاملین از طریق اجرای قرارداد و دریافت ثمن احراز شده است.

از این رو، دخالت دادن انصاف و مصالح اجتماعی در تکمیل قرارداد ممکن است به نفی انتظارات آنان منجر شود. این نوع تکمیل با معیار پارتو نیز قابل انطباق است. زیرا همانگونه که گفته شد، بر مبنای کارایی پارتو، هر کس بهتر از دیگران می‌تواند درباره رفاه خود داوری کند؛ زیرا مصالح اجتماعی و رفاه جامعه نیز در گرو رفاه افراد است. اما چنانچه علاوه بر اراده مشترک طرفین قرارداد، مصالح اجتماعی و انصاف را نیز دخیل بدانیم، علاوه بر اینکه ممکن است انتظارات طرفین قرارداد تحت تاثیر قرار بگیرد و بنابراین با معیار تأمین انتظارات سازگاری ندارد، به جهت ذهنی شدن ملاک تکمیلی (باتوجه به اینکه اخلاق و انصاف معیار ذهنی دارد)، امکان انطباق با معیار پارتو فراهم نخواهد بود، زیرا معیار کارایی پارتو جنبه عینی دارد، نه ذهنی.

۴-۳-۱. جواز ابهام در برخی از مختصات معامله

در حقوق ایران برخی از حقوق دانان بی آن که به نظریه قرارداد ناقص اشاره کنند، قراردادی را ناقص می‌دانند که امکان تکمیل برخی شرایط آن در آینده وجود دارد.^۱ این تلقی هرچند نادرست نیست، اما نمی‌توان قرارداد ناقص را منحصر در این نوع مصادیق دانست. زیرا اصل کارایی که شالوده‌ی نظریه‌ی قرارداد ناقص است، حیطة‌ی بسیار وسیع‌تری را شامل می‌شود و در تحلیل اقتصادی حقوق هر قراردادی که امکان کارآتر شدن داشته باشد، قرارداد ناقص نام می‌گیرد. اما در هر حال، جواز تکمیل برخی شرایط قرارداد در آینده در حقوق ایران، به صراحت بر جواز انعقاد قرارداد ناقص دلالت دارد؛ البته این نقص تا جایی پذیرفته می‌شود که آن قرارداد مشمول قاعده غرر قرار نگیرد، زیرا چنین احتمالی بطلان معامله را در پی خواهد داشت. شهیدی منظور از غرری بودن معامله را به طور خلاصه، مبهم بودن روابط طرفین و مورد معامله و وابسته بودن آن به شانس و تصادف می‌داند.^۲ نائینی نیز می‌گوید لازمه‌ی وجود غرر جهل است چه جهل نسبت به وجود مورد معامله باشد یا نسبت به تسلیم و تسلّم آن و یا نسبت به صفات مبیع.^۳

بنابراین در نظام قراردادی حقوق ایران طرفین معامله حق دارند مفاد قرارداد را به طور کامل (صراحتاً یا ضمناً) معین کنند و آنچه طرفین خواسته‌اند و به گونه‌ای در عقد آورده‌اند بر هر تفسیر و عواملی که برای تکمیل قرارداد پیش‌بینی شده مقدم است. البته این امر به معنای ملزم بودن ایشان به پیش‌بینی همه‌ی مسائل جزئی نبوده و صرف توافق درباره‌ی موارد و نکته‌های اصلی و اساسی معامله کفایت می‌کند تا بدین طریق قرارداد صحیحی منعقد گردد. آنچه می‌ماند نیز به نظام حقوقی واگذار شده است و عرف و عادت و نیز قانون در جهت تکمیل مواردی که در قرارداد ذکر نشده است عمل می‌کنند، تا در نهایت قرارداد کامل و لازم الاجرائی وجود داشته باشد. لازم به ذکر است در صورت تعارض عرف و قوانین تکمیلی، حکم عرف مقدم است. همچنین مفاد قرارداد بر حکم عرف تکمیلی حکومت دارد، خواه صریح باشد یا ضمنی.^۴ پس کافی است که طرفین راجع به اوصاف و مقدار و جنس مبیع و میزان ثمن با هم تراضی کنند تا

۱. کاتوزیان، (۱۳۸۳)

۲. شهیدی، (۱۳۷۹)

۳. نائینی، ۱۴۱۸، ۳۴۲/۲؛ ۳۶۰-۳۵۹

۴. در مبحث بعدی بدان پرداخته می‌شود.

بدین طریق عقد واقع شود، و سایر موارد را عرف و قانون تکمیل خواهد کرد. به همین نحو، مثلاً ماده ۲۸۰ قانون مدنی، محل انجام تعهد را می‌گوید و ماده ۳۴۴ این قانون، اصل حال بودن تسلیم مبیع و ثمن را؛ مگر اینکه عرف و عادت ترتیب دیگری را مقرر کند. ماده ۳۳۹ ق.م نیز درباره بیع، که نمونه بارز عقد معوض است، اعلام می‌کند: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود»، یعنی کافی است که طرفین درباره‌ی مقدار و جنس و وصف مبیع و میزان بهای آن تراضی کنند تا عقد بیع واقع شود. نقد و نسیه بودن ثمن و تعیین محل تسلیم و ضمان معاوضی و سایر مسائل را نظام حقوقی معین می‌کند.^۱ هم چنین علی‌رغم این که بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م معین بودن موضوع معامله را از شرایط اساسی صحت معامله دانسته است، ماده ۲۱۶ ق.م فرضی را مطرح ساخته که علم اجمالی به مورد معامله کافی است؛ یا ماده ۵۳۶ ق.م در مورد جعله مقرر می‌دارد: «در جعله معلوم بودن اجرت از تمامی جهات لازم نیست». به موجب ماده ۵۶۴ ق.م: «در جعله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد». بنابراین در حقوق ایران نیز مواردی که بتوان آن را بر قرارداد ناقص منطبق دانست نادر نیست. ناگفته نماند تسامحی که در پاره‌ای از عقود مانند جعله و صلح وجود دارد نیز باید ضابطه مند و تحت سیطره‌ی قانون مربوطه باشد و نمی‌توان آن را صرفاً به خواست طرفین واگذار نمود. دو طرف عقد بیع یا اجاره نمی‌توانند اعلام کنند که چون به مسامحه تمایل دارند، به موضوع مبهم و احتمالی نیز تراضی می‌کنند.^۲

هم چنین برخی نویسندگان ایرانی، «غبن حادث» را معادل نظریه حوادث پیش‌بینی نشده دانسته‌اند^۳، اما هرچند در ابتدا ممکن است چنین به نظر برسد که در حقوق ما برخلاف حقوق فرانسه، نظریه غبن از قواعد عمومی قراردادها معوض است، بنابراین در هر موردی که تعادل قرارداد بر هم بخورد می‌توان تعدیل قرارداد را تجویز نمود، اما این نظر مردود است زیرا نظریه غبن ناظر بر عدم تعادل اقتصادی به هنگام انعقاد قرارداد می‌باشد و نه عدم تعادل حادث به هنگام اجرای قرارداد، لذا در حقوق ما نظریه غبن حادث در شمار قواعد عمومی فسخ یا تعدیل

۱. کاتوزیان، (۱۳۸۳)

۲. کاتوزیان، (۱۳۸۷)

۳. همان

۴. البته این دیدگاه از سوی برخی دیگر از حقوقدانان مورد انتقاد واقع شده است. شهیدی، (۱۳۹۳)

قرارداد نیست و صرفاً در موارد استثنایی و با شرایطی خاص پذیرفته شده و ضمانت اجرای آن نیز اعطای حق فسخ است و نه تعدیل قرارداد.^{۱۲}

یکی دیگر از عناصر مورد پذیرش در حقوق ایران که می‌توان آن را منطبق بر راه‌کارهای پیشگیری از نقض قرارداد در ناقص در حقوق کامن لا دانست، «قابلیت تعیین ثمن» می‌باشد. در مورد قابلیت تعیین ثمن در کامن لا گفته شده که لازم نیست توافق خیلی موشکافانه و با جزئیات زیاد کار شده باشد، و طبق قانون بیع کالا، جزئیات باقیمانده می‌توانند طبق معیار متعارف بودن یا قانون مشخص شوند. آنچه که در این قسمت مورد توجه قرار گرفته، نقش عرف و قانون تکمیلی است، که در حقوق ایران هم به آن توجه شده است. ماده ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایج هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». همچنین ماده ۲۲۵ این قانون می‌گوید: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله‌ی ذکر در عقد است». بنابراین آن چه گفت شد لازم نیست تمام جزئیات قرارداد، در همان زمان مورد توافق قرار گیرند، چرا که عدم ذکر همه‌ی جزئیات خدشه‌ای به اصل قرارداد وارد نمی‌سازد. بنابراین طرفین می‌توانند پس از انعقاد قرارداد، راجع به جزئیاتی که در آن ذکر نشده‌اند بعداً به توافق برسند، و یا حتی در مورد آن سکوت کنند؛ چرا که گاهی قانون در خصوص برخی جزئیات قرارداد پیش‌بینی‌های لازم را کرده است و در موارد سکوت، آن قرارداد را تکمیل می‌کند، و گاهی عرف مواردی را داخل در قراردادی می‌داند، پس وقتی طرفین راجع به کلیات و اصول اساسی قرارداد به توافق برسند، عدم ذکر جزئیات می‌تواند به ارجاع آنها به عرف تفسیر گردد. به عنوان مثال، طبق ماده ۳۷۵ قانون مدنی، در خصوص محل تسلیم، که از جزئیات عقد بیع است؛ اگر طرفین درباره‌ی محل تسلیم چیزی را در عقد ذکر کنند، همان، محل تسلیم خواهد بود، در غیر این صورت قانون، محل وقوع عقد را محل تسلیم میداند، مگر اینکه عرف محل دیگری را، محل تسلیم مبیع بداند.

۱. کاتوزیان، (۱۳۸۷)

۲. برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز معتقدند در صورتی که متعهدله جبران شرایط غبن حادث را نپذیرد، آنگاه متعهد حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. شهیدی، (۱۳۹۳)

۴-۳-۲. عملکرد شروط بنایی و ضمنی در قواعد تکمیلی قراردادی در حقوق ایران

نهاد دیگری که می‌توان آن را مفید در پیشگیری از نقض قرارداد ناقص دانست، شرط بنایی است. شرط بنایی آن است که مذاکره مقدماتی راجع به شرط بین متعاملان به عمل آمده و تعهداتی بین ایشان واقع شده، ولی در متن عقد از آنها اسمی برده نشده است^۱ و یا طرفین قرارداد در مذاکرات پیش از عقد توافقاتی دارند که در متن عقد تصریح به آن مذاکرات نمی‌کنند که شرط تبانی و شرط بنایی خوانده می‌شود^۲ به بیان دیگر شرط بنایی عبارت از شرطی است که قبل از عقد طرفین بر التزام به آن توافق کرده و عقد را بر اساس آن واقع کنند، ولی در متن عقد بدان تصریح نشود^۳ فقهای امامیه در اینکه این شرط الزام‌آور است^۴ یا الزام‌آور نیست^۵ متفق القول نیستند که باید قول نخست را به استناد عموماتی هم چون «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» که شامل شرط پیش از عقد هم می‌شوند^۶ قول صحیح دانست. قانون مدنی ایران نیز در ضمن موادی مانند ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ شرط بنایی را معتبر شمرده است.

هم چنین نظریه‌ی شرط ضمنی در فقه را می‌توان مستمسکی برای توجیه نظریه قرارداد ناقص دانست. شرط ضمنی به معنای عام خود به موجب سه عامل عرف، قانون و عقل موجد التزام است. به طور معمول حقوقدانان معتقدند شروط ضمنی از اراده طرفین قرارداد که بر نتایج عقلایی، قانونی و عرفی توافق خود آگاه‌اند و با توجه به همین نتایج عقد را منعقد کرده‌اند، ناشی می‌شوند. گاهی نیز حفظ نظم معاملاتی مقتضی آن است که عرف‌های معهود در قراردادها جاری شوند تا نظام یکسان قراردادی، روابط معاملاتی را تسهیل کند و بر همین اساس ماده ۳۵۶ ق.م.ع. علی‌رغم ناآگاهی طرف‌های قراردادی از عرف، مفاد آن جزئی از قرارداد می‌شمارد. توافق خلاف عرف هرگاه با ارائه دلیل باشد، پذیرفته است؛ به گونه‌ای که ادعای ناآگاهی نسبت به عرف امری است که اثبات آن دشوار و در اغلب موارد بدون نتیجه است. بنابراین، حکم مذکور در این ماده حتی در صورت عدم آگاهی نیز جاری است^۷ و در نتیجه، اثبات عدم رضایت نسبت

۱. افتخاری، (۱۳۸۲)

۲. لنگرودی، (۱۳۶۹)

۳. بجنوردی، (۱۴۱۳)

۴. نجفی، بیتا، ۱۹۸/۲۳، طباطبایی یزدی، (۱۳۷۸) توحیدی، (۱۳۷۱)

۵. انصاری، (۱۳۷۵) حلی، (۱۳۲۳)

۶. طباطبایی یزدی، (۱۳۷۸)

۷. شهیدی، (۱۳۷۹)

به عرف امری دشوار است و هم چنین هرگاه یکی از طرفین در زمان انعقاد راه حلی متفاوت با عرف برگزیند اما نتواند موافقت طرف دیگر را حاصل کند، باید عرف را حاکم دانست^۲. در فقه نیز برخی از فقها در فرض عدم توجه طرفین به مدلول عرف، آن را معتبر تلقی کرده‌اند^۳. در واقع باید گفت قراردادها که محصول اراده مشترک طرفین هستند، گاهی به طور کامل منعقد می‌شوند و گاهی برخی شروط در آن باز نگه داشته می‌شوند که در حالت اخیر از نهاد تکمیل قرارداد استفاده می‌شود که دایر مدار حفظ نظم معاملات است و در نتیجه‌ی آن گاه اراده‌ی دو طرف نادیده انگاشته می‌شود تا هم نظم بازار برقرار شود و هم آنچه در شرایط دو طرف کارآمد تلقی می‌شود انتخاب شود و قانون مدنی نیز در ماده ۳۵۶ ق.م به درستی و با ظرافت خاصی به مرحله تکمیل قرارداد اشاره دارد. بنابراین باید گفت شرط ضمنی، راه‌کاری از سوی قانون‌گذار در تکمیل قرارداد ناقص است.

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یونیدرا^۴

بسیاری از موارد مندرج در ۱۱ فصل اصول یونیدرا، به مواردی که باعث عدم اجرای قرارداد به واسطه شرایط پیش‌بینی نشده و حوادث طبیعی هم چون وقوع اپیدمی‌ها می‌گردند، اشاره دارد. مفهوم سختی مضاعف^۵، با بهره‌مندی از قدرت چشمگیر انعطاف‌پذیری، نگاهی سازنده به حفظ قرارداد دارد و غیر قابل اجرا بودن قرارداد را در شرایط حاکم، عاملی برای فسخ و خاتمه قرارداد ندانسته و بلکه آن را به فرصتی تبدیل می‌کند تا طرفین قرارداد بتوانند مجدداً برای حصول

۱. دادنامه شماره ۸۷۴۵۸-۸۵ و ۸۶-۸۷۳۴۸ صادره از شعبه ۱۷ حقوقی شیراز بر همین مبنا صادر و به تکمیل نقض قرارداد به دلیل عدم تعیین مدت با معیار عرف حکم شده است.

۲. کاتوزیان، (۱۳۸۳)

۳. نایینی، (۱۴۱۸ق) موسوی بجنوردی، (۱۳۵۸)

۴. UNIDROIT، این اصول برای اولین بار در سال ۱۹۹۴ توسط موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی به تصویب رسید و برای چهار دوره و آخرین بار در سال ۲۰۱۶ بازنگری شد. ویژگی این اصول، تبیین یک سری مبانی برای قراردادهای تجارت بین‌الملل است که صرف نظر از حوزه جغرافیایی و موضوع قرارداد، مرجع تعیین تکلیف هنگام تردید در اراده‌ی متعاملین هستند و همچنین در شرایط پیش‌بینی نشده و حوادث طبیعی که به ناچار بسیاری از قراردادها را دچار عدم قابلیت اجرا از سوی یکی از طرفین و یا عدم امکان اجرا به صورت کلی می‌نمایند، می‌توانند چاره ساز باشند. ۵. Hardship، سختی مضاعف به شرایطی اطلاق می‌شود که به موجب حوادثی که رخ داده بعد از انعقاد قرارداد، تعادل در قرارداد به نحو اساسی از بین رفته و در نتیجه هزینه انجام موضوع قرارداد برای طرف متعهد بسیار بالا رفته و یا ارزش کار یا موضوع تحویلی در قرارداد برای تحویل‌گیرنده بسیار کاهش می‌یابد. سختی مضاعف تفسیری از فورس ماژور و یا مفهومی در بطن آن نیست و می‌بایست به صورت شرطی مستقل در قرارداد پیش‌بینی و حتی شرایط خاص آن نیز احصاء گردد.

توافقات جدید با توجه به شرایط پیش آمده^۱، با حسن نیت از امکانات این شرط برای مذاکره مجدد در مورد قرارداد استفاده و در این خصوص از تفاسیر و توضیحات راهنما در اصول یونیدرا بهره‌مند شوند^۲ و بدین وسیله رابطه قراردادی را حفظ نمایند^۳.

از دیگر مفاهیم مرتبط با موضوع فوق، بحث عقیم شدن قرارداد^۴ در حقوق کامن‌لا می‌باشد. عقیم شدن در مواردی اتفاق می‌افتد که شرط فورس‌ماژور در قرارداد پیش‌بینی نگردیده و به علت شرایطی پیش‌آمده، اجرای قرارداد به لحاظ فیزیکی و یا تجاری امکان‌پذیر نمی‌باشد و یا در صورت اجرا، قرارداد به شکلی کاملاً متفاوت از آنچه برای آن منعقد گردیده، تغییر می‌یابد. عقیم شدن قرارداد یکی از دستاویزهای حقوقی برای طرفین قرارداد در حوادث پیش‌بینی نشده بوده که بدون ایجاد مسئولیت برای طرفین قرارداد در خصوص عدم اجرای تعهدات قراردادی، خاتمه قرارداد را تسهیل می‌نماید^۵. البته در صورت پیش‌بینی هر یک از شروط فوق در قرارداد، تصمیم‌گیری در خصوص وضعیت قرارداد ساده‌تر خواهد بود؛ ولی در صورت فقدان شرط، تصمیم‌گیری در خصوص شرایط حادث بر عهده مرجع حل و فصل‌کننده اختلاف است و در ضمن باید توجه داشت که اصل لازم‌الاجرا بودن قراردادها در این شرایط نیز به قوت خود باقی است و توسل به هر یک از شروط فوق به‌عنوان موارد استثنایی و صرفاً با اثبات شرایط ایجابی آنها ممکن است^۶. هم‌چنین در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپایی و کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی کالا (هیجده تن از دانشمندان دانشگاه‌های معتبر جهان، ذیل ماده ۵۵) نیز بحث از ثمنشناور مطرح شده است^۷ که مباحث مربوط به آن گذشت.

۱. این شرایط می‌بایست غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل کنترل بوده و افت ارزشی آن برای هر یک از طرفین متضرر از قرارداد از پیش، قابل ارزیابی نبوده باشد.

Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principle of International Commercial, (2020)

2. Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principle of International Commercial, (2020)

3. Ibid

4. Frustration

5. Carter et al, (2020)

۶. زمانیان، (۱۴۰۰)

۷. الف) اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ماده ۵-۱-۷: هنگامی که مبلغ به طور مقطوع تعیین نمی‌شود یا مقرراتی برای تعیین آن در قرارداد موجود نیست، چنین تلقی می‌شود که طرفین به مبلغی ارجاع داده‌اند که عموماً در زمان انعقاد قرارداد برای اجرای تعهد مزبور در اوضاع و احوال قابل قیاس در تجارت مورد نظر به حساب گذاشته می‌شود یا اگر چنین مبلغی در دسترس نباشد، ارجاع به مبلغی متعارف منظور نظر بوده و در موارد غیرمعتاد بودن ثمن تعیین شده توسط طرفین یا ثالث ملاک، قیمت متعارف است.

اصولاً عدم اجرای تعهدات قراردادی یا منجر به حق فسخ برای طرف دیگر قرارداد و یا جبران خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد می‌گردد؛ ولی در شرایط فورس مازور و حوادث پیش‌بینی نشده که عدم اجرای قرارداد ناشی از فعل و اراده طرف قرارداد نبوده است، می‌توان از راه‌های جایگزین برای تمديد فرصت اجرای قرارداد مطابق ماده ۷.۱.۵ قوانین یونیدرا و یا ارائه‌ی راه حل رافع مطابق ماده ۷.۱.۴ یونیدرا و یا متفاوت از آنچه که موضوع تعهد بوده است مطابق ماده ۷.۱.۶ اقدام نمود، به شرطی که منصفانه بودن و تعادل قرارداد از بین نرود و این اقدام به‌عنوان امتیاز غیر قابل توجیه به یکی از طرفین قرارداد تلقی نگردد.^۱

همچنین مطابق با ماده ۷.۲.۲ یونیدرا می‌توان استنباط نمود، در شرایطی که اجرای موضوع قرارداد مبتنی بر شخص طرف قرارداد نبوده، و امکان تأمین آن از منابع دیگری به طور متعارف وجود داشته باشد، می‌توان نسبت به آن اقدام و طرف متعهد قراردادی عوض مالی آن را پرداخت نماید. این اقدام در قالب خاتمه قرارداد در جریان و انعقاد یک قرارداد جایگزین نیز می‌تواند شکل پذیرد. در مواردی نیز انجام تعهد به صورت ناقص و غیرکامل صورت گرفته است که مطابق با مواد ۷.۲.۱ و ۷.۲.۲ یونیدرا می‌توان درخواست تکمیل، جایگزینی و سایر راهکارهای رافع نقص را توسط طرف قرارداد و یا به واسطه شخص ثالث پیشنهاد نمود. این موارد به‌عنوان راهکارهای استثنایی از اصل لازم الاجرا بودن قراردادها می‌توانند مورد توافق طرفین قرار گیرند و یا در جریان داوری و یا میانجیگری، برای حل اختلاف مورد توجه واقع شوند.^۲

نتیجه و پیشنهادات

در قرارداد ناقص برخی از موضوعات و تعهدات دو طرف در هر یک از وضعیت‌های احتمالی آتی نامعین مانده و دو طرف با توجه به هزینه‌های انعقاد و محدودیت در پیش‌بینی، آنها را به

(ب) در اصول حقوق قراردادهای اروپا ماده ۶-۱۰۴ مقرر شده است: در صورتیکه در قرارداد مبلغ یا شیوه آن مشخص نباشد، چنین تلقی می‌شود که طرفین روی یک مبلغ متعارف توافق داشته‌اند و به موجب ماده ۶-۱۰۵، چنانچه تعیین قیمت به عهده یک طرف عقد باشد و تعیین وی به نحو فاحشی غیرمعقول باشد، مبلغ متعارف دیگری جایگزین خواهد شد. هنگامی که به ثالث محول شده باشد و او نخواهد یا نتواند این کار را انجام دهد، براساس ماده ۶-۱۰۶ این اصول، شخص دیگری برای محاسبه ثمن تعیین خواهد شد و چنانچه تعیین شخص ثالث به نحو فاحشی غیرمعقول باشد، مبلغ متعارف جایگزین خواهد شد

1. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles> (2016)

2. Report of the United Nations Commission on International Trade Law in its 54th session, p. 9

حال خود رها کرده‌اند. استفاده از شروط باز در قرارداد، شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات ناشی از این خلاء قراردادی است و قرارداد را منعطف و با شرایط جدید منطبق می‌کند. در حقوق آمریکا و انگلستان تحت تاثیر رویکردهای اقتصادی به حقوق، نقص قراردادی رسمیت دارد و در عین حفظ ماهیت قراردادی و آثار قرارداد لازم الاجرا، برای اجرای کارآمد و مطلوب آنها قواعدی پیش‌بینی شده است.

در حقوق فرانسه نیز پس از اصلاحات چشمگیر ۲۰۱۷ در حقوق تعهدات آن کشور در راستای جهانیسازی، مدرن کردن و ساده‌سازی مقررات حقوق قراردادها، با تفکیک نقص و عدم تعادل ناشی از خود قرارداد یا عوامل بیرونی، راه‌کارهایی برای ترمیم و حفظ قرارداد ناقص پیش‌بینی شد. در این اصلاحیه رعایت اصل حسن نیت نه فقط در انعقاد قرارداد، بلکه در طول اجرای آن الزامیست. تعهد به ارائه اطلاعات، پیش‌بینی ضمانت اجرا برای پایان دادن نادرست به مذاکرات اولیه، تعهد به حفظ محرمانگی اطلاعات در مرحله مذاکره پیش از انعقاد قرارداد، ضروریات مرحله پیش قراردادی است که از نوآوری‌های این اصلاحیه محسوب می‌شود.

در حقوق ایران هرچند ممکن است دو اصل «نفی غرر» و «رفع ابهام و لزوم علم تفصیلی به مورد معامله» مانع پذیرش قرارداد ناقص تصور شود. اما در عمل، این اصول نمی‌توانند مانع جدی برای پذیرش این نوع قرارداد به شمار آیند. زیرا در چنین معاملاتی غرر به موجب عرف متنفی و نظریه علم اجمالی نیز اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله را تعدیل کرده که در عقود چون بیع و اجاره نیز مجری است. بنابراین باید گفت انعقاد قرارداد ناقص در حقوق ما با مشکلی مواجه نیست و تنها باید به دنبال رفع نقص‌ها و راه‌های منطقی تشخیص و تعیین مفاد قرارداد بعد از انعقاد آن بود. به عنوان نمونه در ماده ۳۷۵ و ۳۴۴ ق.م، عدم تعیین مکان و زمان ایفای تعهد تصریح، و قواعد تکمیلی تدوین شده است. اما نسبت به مورد معامله و ثمن حرفی به میان نیامده و لازم است مقنن دست به تدوین قواعد تکمیلی زده و نظیر قواعد مقرر در باب شرط مکان و زمان باز، درباره ثمن باز و مبیع باز هم قواعدی تدوین نماید تا صحت معاملات منوط بر تعیین ثمن معلوم و مشخص بودن مقدار مبیع نباشد.

دوم آنکه برای تفسیر واقعی‌تر از قرارداد و تضمین نفع طرفین در قواعد تکمیلی، به قصد مشترک طرفین قرارداد رجوع شود، البته باید تا حد امکان راه را برای تفاسیر قانونی و قضایی (اغلب به نفع خواننده) منطبق با اوضاع و احوال و نوع معاملات هموار کرد تا اینکه خلا موجود

در قراردادها آنگونه که مطابق عرف و منطبق با ضرورت های نظام حقوقی و اقتصادی است، پر شود.

منابع

- افتخاری، جواد. (۱۳۸۲). کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران: میزان.
- انصاری، مهدی. (۱۳۹۳). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران، جاودانه.
- بابایی، ایرج. (۱۳۸۶). مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، فصلنامه پژوهش حقوق، سال نهم، ش. ۲۳.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۶۹). ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- حبیبی، محمود. (۱۳۸۹). تفسیر قراردادهای تجاری بین المللی، تهران، میزان.
- خاندوزی، سیداحسان. (۱۳۸۶). معیارهای اقتصادی در قانونگذاری نوین، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۳، ش. ۵۴.
- داراب پور، مهرباب. (۱۳۷۴). تفسیری بر حقوق بین المللی، تهران، گنج دانش.
- رالز، جان. (۱۳۷۶). «عدالت و تصمیم گیری عقلانی»، مصطفی ملکیان، فصلنامه نقد و نظر، سال سوم، ش. ۱۰.
- زمانیان، معصومه. (۱۴۰۰). ارزیابی و جبران خسارت در قراردادهای تجاری بین المللی، پایان نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، رشته حقوق بین الملل.
- شارل، استیون. (۱۳۸۸). مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، ترجمه محسن اسماعیلی، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۹). حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)، تهران، عصر حقوق.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۳). آثار قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
- صادقی مقدم، محمدحسن. (۱۳۷۹). مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ش. ۲۵.
- فرهنگ، منوچهر. (۱۳۷۲). فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی (مدخل نت بک)، تهران، البرز.
- قشقایی، حسین. (۱۳۷۸). شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در نظام حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر، قم، حوزه علمیه قم.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران، میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). عقود معین، معاملات معوض تملیکی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- هیجده تن از دانشمندان دانشگاه های معتبر جهان. (۱۳۹۵). تفسیری بر بیع بین المللی، ترجمه مهرباب

- داراب پور، چ ۳، کتابخانه گنج دانش.
- اصفهانى، محمد حسين (بى تا)، تعليقه على المكاسب، بيجا: بى نا.
- انصارى، مرتضى. (۱۳۷۵). المكاسب، تبريز: بى نا.
- بجنوردى، سيد حسن. (۱۴۱۳ق). القواعد الفقهيہ، قم: موسسه اسماعيليان.
- توحيدى، محمد على. (۱۳۷۱). مصباح الفقاهه (تقريرات درس آيه الله خوئى)، قم: وجدانى.
- حلى (علامه)، حسن بن يوسف. (۱۳۲۳). مختلف الشيعه فى احكام الشريعه، چاپ سنگى.
- طباطبائى يزدى، سيد محمد كاظم. (۱۳۷۸). حاشيه المكاسب، قم: موسسه دارالعلم.
- موسوى بجنوردى، حسن. (۱۳۵۸ق). القواعد الفقهيہ، قم، دارالكتاب العلميه.
- نايينى، محمد حسين. (۱۴۱۸ق). منيه الطلب فى شرح المكاسب، قم، نشر اسلامى.
- نجفى، محمد حسن. (بى تا)، جواهر الكلام فى شرح الشرايع الاسلام، بيروت: داراحياء التراث العربى.
- Antonmattei, Paul Henry (2001). Retour sur les clauses de variabilité, *Jurisprudence Sociale Lamy*, n0 85
- Atiyah, Patriks (1979). *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, U.K: Oxford University Press.
- Aubert De Vincelles, Carole (2014). *Droit Des Obligations*, T. I, Paris: Dalloz.
- Aynès, Laurent (1997). La Question de la Determination du prix, dans *JCP E*, no 31.
- Ayres, Ian; Genrtner, Robert (1989). Filling Gap in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 *Yale LJ*. <https://ianayres.yale.edu/sites/default/files/files/Filling%20Gaps.pdf>
- Baffi, Enrico (2006). Ayres and Gertner Versus Posner - a Re-Examination of the Theory of 'Penalty Default Rules'. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=948916> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.948916>
- Ben-Shahar, Omri (2004). Agreeing to Disagree: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts, *Law & Economics Working Papers*, University of Michigan Law School. Available at: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=law_econ_archive
- Ben-Shahar, Omri, A Bargaining Power Theory of Gap-Filling (2008). *U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, No. 416, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1162378> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1162378>
- Ben-Shahar, O. (2004). Agreeing to Disagree: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts, *University of Michigan Law School, Law & Economics Working Papers Archive 2003-2009*.
- Brousseau, Eric (2001). Did the Common Law Biased the Economics of Contract and May it Change?, in B Deffains et Th Kirat (dir), *Law and Economics in Civil Law Countries*, Amsterdam, JAI Press -Elsevier, pp. 84-86.

- Brousseau, Eric; Glachant, Jean Michel (2001), *Contracts economics and renewal of economics*.
- Brousseau, E. (2001), *Did the common law bias the economics of contract and may it change?*, *Law and Economics in Civil Law Countries*, vol. 6, Jai press.
- Carbonnier, J. (1998), *Droit civil- Tome 4. Les obligations*, 21st ed., Paris, Presses Universitaire de France.
- Carter, James; Allin, Charles; Howell, Rachel (2020), *COVID-19, force majeure and frustration: An in-depth analysis*, DLA PIPER. Available at: <https://www.dlapiper.com/it/italy/insights/publications/2020/06/covid-19-force-majeure-and-frustration/>
- Craswell, Richard (1992), *Efficiency and Rational Bargaining in Contractual Settings*, 15 *HARV. J.L. & PUS. POL'Y* 805 (1992).
- Craswell, Richard (2000), *Contract Law: General Theories*, in B. Boukaert, G. De Geest (Eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar.
- Craswell, Richard (2004), *Contract Law: General Theories in III Encyclopedia of Law and Economics*.
- Craswell, Richard (2005), *The Incomplete Contracts Literature and Efficient Precautions*, N. 56, *Case W Res L Rev*.
- De Lamberterie, Isabelle (2001), *Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée*, in D. Tallon and D. Harris, *Le Contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé.
- Delebecq, P.; Pansier, F.J. (1997), *Droit des obligations*, Paris, Lexis Litec.
- Easterbrook, Frank H.; Fischel, Daniel R. (1986), *Close Corporation and Agency Costs*, N. 38, *Stan L Rev*.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte (2017) "The French Contract Law Reform and the Political Process" *European Review of Contract Law*, vol. 13, no. 4, pp. 337-354. <https://doi.org/10.1515/ercl-2017-0018>
- Ghestin j., loiseau g. (2013), *la formation du contrat: le contrat, le consentement - 4ème édition (TRAITÉS)*, LGDJ.
- Ghestin, J. (1981), *E utile et le juste dans les contrats philosophie du Droit*.
- Ghestin, Jacques (1999), *La Notion de contrat - Cadre et les Enjeux Theoriques et Pratiques quis'y Attachent*, Dalloz.
- Goetz, Charles J.; Scott, Robert E. (1977), *Liquidated Damages Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*. 77 *Colum L Rev* 554.
- Hart, Oliver; Moore, John (1988), *Incomplete Contracts and Renegotiation*, 56 *Econometrica*.
- Jolls, Christine (1997), *Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification*, 26 *J Legal Stud*.

- Katz, Avery W. (2005). Contractual incompleteness: a transaction perspective, *The Case Western Reserve Law Review*. <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1633&context=caselrev>
- Kirat, Thierry (2003). L'allocation des risques dans les contrats, De l'économie des contrats «incomplrts» a la Pratique Contrats Administratifs, *Revue Internationale de Droit Économique*.
- Korobkin, Russell (1998). The Status quo bias and Contract Default Rules, 83 *Cornell L. Rev.* 608. Available at: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol83/iss3/2>
- Kostritsky, Juliet P. (2004). Taxonomy for Justifying Legal Intervention in an Imperfect World: What to do When Parties Have Not Achieved Bargains or Have Drafted Incomplete Contracts, *Wis L Rev*, N. 3.
- Landes, William M. & Posner, Richard A. (1979). "Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under Antitrust Law, an Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick", the *University of Chicago Law Review*.
- Lewis Kim, (1997). *The Interpretation of Contracts*, 2nd ed, QC. Sweet & Maxwell.
- Mackaay, Ejan (2000). *L'Analyse Economique du Droit, I -Fondements*, Les Edition Themis.
- Maureira, Ninel Ulloa (2004). Introduction du concept Americain des Contrats Incomplets en droit civil francais.
- Menard, C. (2001). *Imprevision et Contrats de Longue Duree un Economist a l'ecoute du jurist*, *Melanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, Paris LGDJ.
- Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 Health Crisis, *Unidroit 2020, Upicc and Covid-19*, p. 4. Available at: <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>
- Patrick H. Martin; Bruce M. Kramer (2015), *Williams & Meyers, Manual of Oil & Gas Terms*, 16th ed., LexisNexis.
- Picod, Yves (2009), "Les Projets Français sur la Réforme du Droit des Obligations", *Indert*.
- Ponser, Richard (1998), *Economic Analysis of law*, 5eme ed, Aspen Publishers.
- Posner, Richard (1977), *Economic Analysis of Law*, 2eme ed, Little, Brown, Boston.
- Posner, Richard (1986), *Economic analysis of law*, 3rd ed.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: Harvard U Press.
- Report of the United Nations Commission on International Trade Law in its 54th session from 28 June to 16 July 2021, p. 9. Available at: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A/CN.9/1080&Language=E&DeviceType=Mobile>
- Riley, C. A. (2000), *Designing Default Rules in Contract Law: Consent, Conventionalism and Efficiency*, *Oxford law journal*.
- Schwartz, Alan (1992), *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete*

- Agreement and Judicial Strategies, 21 J Legal Stud.
- Scott, R. E. (1990), A relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts, N. 19, J Legal Stud, 602-06.
- Scott, Robert E. (2003), Rethinking the Default Rule Project, 6 VAJ 84, 94, no 4.
- Scott, Robert E.; Triantis, George G (2004), Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law, The John M Olin Program in law and Economics, Working Paper Series.
- Scott, Robert E.; Triantis, George G (2005), Incomplete Contracts and the theory of contracts design, , 56 Case W. Rsrv. L. Rev. 187. Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol56/iss1/9>
- Smith, Stephen A.; Dawson Scholar, William (2004), Contract Theory, Oxford University Press.
- Williamson, Oliver E. (1985), The Economic Institution of Capitalism: Firm Markets, Relational Contracting, The Free Press, New York.
- D) Documents:
- Australia: Sale of Goods Act, 1954
- Australia: Sale of Goods Act, 1994
- Canada: Sale of Goods Act, 1994
- Civ. 1re, 6 mars 1876
- Convention on Contracts for the International Sal of Goods.
- Cour de Cassation, Chambre Commerciale 22 Octobre 1996 N° de pourvoi: 93 -18632
Publié au bulletin Cassation.
- <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>
- Malaysia: Sale of goods Act, 1957
- Market mimicking default rules
- Sale of goods Act, 1979
- The Uniforme Commercial Code (UCC)
- www.Lexintery.net
- <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-mars-1916-Compagnie-generale-d-eclairage-de-Bordeaux>