

## تعدیل قرارداد توسط داور

ممیدرضا علمی یزدی<sup>۱</sup>

چکیده:

تعدیل قرارداد در صورت تغییر بنیادین در شرایط حاکم که موجب دشواری در اجرای قرارداد، از جمله دشواری‌های اقتصادی شود در اکثر نظام‌های حقوقی معتبر دنیا و در رویه بین‌المللی پذیرفته شده است، با این وجود اعمال این تعدیل و تغییر در شروط قراردادی توسط داوران هنوز از موضوعات چالش بر انگیز می‌باشد. داور اختیار خود را از طرفین می‌گیرد تا به اختلاف آنان در چارچوب قرارداد و با رعایت قواعد حقوقی رسیدگی کند. صلاحیت داور برای تعدیل قرارداد و تغییر در مفاد آن، به‌ویژه در حالت سکوت قرارداد از امکان تعدیل توسط داور، باید با توجه به اوضاع و احوال خاص هر مورد از جمله تفسیر شروط قرارداد و توجه به قانون حاکم احراز گردد. این مقاله مدعی است که تعدیل قرارداد در صورت تغییر اساسی در شرایط اقتصادی قرارداد در واقع باز بیان مفاد توافق طرفین برای حفظ تعادل اقتصادی قرارداد است و از این رو تعدیل، متفاوت از تفسیر قرارداد و کشف مفاد تراضی در شرایط تغییر یافته نیست تا از محدوده صلاحیت داوران خارج باشد. با کمک گرفتن از اصل وحدت داوری و اصول حقوقی دیگری چون اصل حاکمیت اراده، قاعده صلاحیت در صلاحیت و اصل تشابه بین اختیارات دادگاه و داوری، امکان تعدیل قرارداد توسط داوری حتی در موارد سکوت قرارداد و قانون حاکم در این خصوص به اثبات می‌رسد.

کلیدواژه: تعدیل قرارداد، دشواری در اجرا، دشواری اقتصادی، داوری

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اقتصادی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی

## ۱- طرح مسئله:

تعدیل قرارداد به معنای عدول از مفاد مصرح قرارداد به منظور عادلانه ساختن شرایط حاکم بین اطراف قرارداد است. اطراف قرارداد به طور معمول حالات و مخاطرات احتمالی را پیش‌بینی و برای آن راه حل‌هایی را منظور می‌کنند. اما بعضی از مخاطرات و ریسک‌ها غیر قابل پیش‌بینی هستند. حوادث غیر قابل پیش‌بینی در مواردی مانع ایفای تعهد یکی از طرفین قرارداد می‌شود و در مواردی موجب دشواری غیرمتعارف<sup>۱</sup> در اجرای قرارداد خواهد شد. چنانچه حادثه اتفاق افتاده با تحقق شروط مقرر در قانون و قرارداد قوه قاهره یا فورس ماژور تلقی شود، متعهد را از ایفای تعهد معاف می‌کنند ولی در صورتی که حادثه پیش‌بینی نشده مانعیت در اجرای قرارداد ایجاد نکند اما اجرای قرارداد در شرایط جدید موجب دشواری زیاد و غیر قابل تحملی بشود، تعدیل قرارداد می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. تعدیل می‌تواند نتیجه فرایند مذاکره مجدد اطراف قرارداد و اصلاح مفاد قرارداد با تراضی باشد، یا نتیجه فرایند مداخله و ورود مرجع یا شخص ثالثی مانند دادگاه داور، میانجیگری و یا کارشناس مستقل.

از طرف دیگر، امروزه پیش‌بینی شیوه حل و فصل اختلافات در قراردادهای و به‌طور خاص انتخاب روش‌های جایگزین دادگاه، به‌ویژه در قراردادهای بلند مدت و بین‌المللی امری کاملاً رایج و معمول است. در این نوع قراردادهای چه بسا تعدیل قرارداد می‌تواند راهکار مناسبی برای استمرار حیات قرارداد، حتی در موارد منازعه و اختلاف بین طرفین تلقی شود. این نوشتار در پی یافتن پاسخ به سؤال از امکان تعدیل قرارداد توسط داور، به ویژه در مقام فصل خصومت است و تلاش می‌کند با تحلیل حقوقی و اقتصادی و غیر مقید به نظام حقوقی خاصی پاسخ مناسبی را به سؤال مطروحه بیابد.

## ۲- فروض محتمل:

داوری روشی شبه قضایی و قراردادی برای حل و فصل اختلافات بین اطراف یک رابطه حقوقی، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی است. توجه به ماهیت توافقی داوری در حل و فصل اختلافات و استثنایی بودن صلاحیت آن در مقابل صلاحیت عام محاکم دادگستری، حدود صلاحیت و اختیار داور را به موافقت‌نامه داوری محدود می‌کند. به‌علاوه آنگاه که ماهیت اختلاف برخاسته از قرارداد باشد داوران برای حل و فصل اختلافات ناشی یا مربوط به همان قرارداد (مفاد تراضی به نحو منعکس در قرارداد) صلاحیت

۱. Excessive Hardship

خواهند داشت. لذا این سوالات مطرح می‌شود که آیا اصولاً داور دارای اختیار تعدیل هست یا نه و به‌طور خاص آیا پیش‌بینی شرط داوری به نحو مطلق، یعنی بدون اشاره به اختیار تعدیل برای داوران، باعث ایجاد صلاحیت و اختیار برای داور در تعدیل قرارداد که در واقع تغییر مفاد ترازی طرفین است، خواهد شد یا نه؟ مخصوصاً آنگاه که در شروط ماهوی قرارداد نیز سخنی از امکان تعدیل قرارداد به میان نیامده باشد و به تعبیر دیگر قرارداد از حیث امکان تعدیل نیز مطلق یا ساکت باشد.

اگر در قرارداد، تعدیل در شرایط خاصی پیش‌بینی شده باشد و موافقت‌نامه داوری یا شرط داوری نیز امکان و اختیار تعدیل را برای داوران لحاظ کرده باشد، امکان تعدیل قرارداد در صورت احراز تحقق شرایط توسط داوری وجود خواهد داشت. به‌نظر می‌رسد در این صورت تفاوتی نمی‌کند که طرفین یا اطراف قرارداد مستقیماً تقاضای تعدیل را به مرجع داوری ارایه کنند یا حل و فصل اختلافی را از داور یا داوران بخواهند و داوران به تشخیص خود فصل خصومت را ملازم با تعدیل تشخیص دهند، مگر آنکه در قرارداد صراحتاً به نحو دیگری مقرر شده باشد مثل اینکه تعدیل توسط داوری را منوط به درخواست همه اطراف قرارداد کرده باشد. اما در سایر موارد، مانند حالت سکوت قرارداد در خصوص امکان تعدیل قرارداد و یا سکوت یا اطلاق شرط داوری در قرارداد در مورد اختیار داور یا داوران به تعدیل، ارایه پاسخ نیازمند مذاقه و بررسی حقوقی بیشتری است که در این نوشتار به آن پرداخته خواهد شد.

تعدیل قرارداد توسط دادگاه موضوع مباحث مستقلی تحت عنوان تعدیل قضایی است و علی‌الاصول باید چنین اختیاری توسط قانون به قاضی اعطا شود. از سوی دیگر باید توجه کرد که در صورت پیش‌بینی تعدیل قرارداد در قانون، آنچه به تعدیل قانونی شهرت دارد می‌تواند حسب مورد توسط دادگاه یا داور بر اساس معیارهای مقرر در قانون، مثل افزایش بها بر اساس نرخ تورم رسمی، محقق شود. لذا موضوع بحث ما بیشتر بر تعدیل توسط داوری متمرکز است و اگر از نقش قانون در این فرایند بحثی خواهد شد، به بررسی نقش قانون مقرر داوری و قانون حاکم بر قرارداد و روند داوری در تجویز این تعدیل بسنده خواهد شد.

تعدیل قرارداد در میانجیگری و یا سازش به دلیل ضرورت رضایت طرفین نسبت به راه حل ارایه شده توسط این فرایند بی‌تردید به منزله اصلاح و تکمیل قرارداد توسط اطراف قرارداد تلقی می‌شود و لذا از قلمرو این بحث فی‌الجمله خارج است. هرچند در روش‌های ترکیبی حل و فصل اختلاف مانند روش میانجیگری-داوری ممکن است این سؤال که تعدیل در کدام مرحله انجام شده است و با توسل به کدام یک از دو ظرفیت داوری یا میانجیگری تعدیل پیش‌بینی شده است چالش برانگیز باشد، اما در این نوشتار تمرکز بر تعدیل در فرایند داوری ساده خواهد بود. شبه قضایی بودن داوری و ضرورت تبعیت رای

داور از قواعد حقوقی نیز تعدیل توسط داور را از راهکارهای تعدیلی لایه شده در روش‌های کدخدانمشانه و مبتنی بر انصاف در مقام حل و فصل اختلاف تا حدود زیادی متمایز می‌کند و بر همین مبنا در مواردی که داور از سوی اصحاب دعوا مجاز به استفاده از قواعد انصاف و روش‌های کدخدانمشانه شده باشد صدور رای در این قالب به تعدیل قابل قبول خواهد بود. بر همین مبنا رای به تعدیل در مواردی که داوری بر اساس شرایط مورد توافق طرفین رای خود را تنظیم می‌کند، به دلیل استظهار رای به تراضی طرفین با چالش کمتری روبرو خواهد بود.

### الف: مبانی نظری بحث

موضوع تعدیل قرارداد توسط داور از جهت مبانی حقوقی با چالشی دوگانه روبرو است. از یک سو داوری امری است شکلی و روندی برای تمیز حق است، در حالی که تعدیل قرارداد که در واقع مستلزم تغییر مفاد تراضی است امری ماهوی و ثبوتی است. تعیین شرایط قرارداد و تنظیم مفاد آن کار طرفین است، اما فصل خصومت و فیصله دادن به اختلاف بر مبنای قرارداد و تراضی انجام شده که ممکن است در مواردی ملازمه با تلاش برای درک منظور واقعی طرفین یعنی تفسیر قرارداد نیز داشته باشد بر عهده داور است. به این ترتیب چالش نخست این خواهد بود که آیا در یک امر شکلی و آیینی می‌توان به مرحله ماهوی نیز ورود کرد؟ آیا داوری که ماموریتش حل و فصل اختلاف در چارچوب قرارداد است می‌تواند جانشین طرفین قرارداد شده و محتوای قرارداد آنها را تغییر دهد؟

چالش دوم به بحث اصل حاکمیت اراده و احترام به قراردادهای بر می‌گردد.<sup>۱</sup> این اصل حافظ اراده طرفین است و قرارداد را قانون طرفین می‌داند و پایبندی به پیمانها را اکیدا توصیه می‌کند. در نتیجه تغییر مفاد قرارداد توسط داور یا داور را بر نمی‌تابد. طرفین قرارداد مطابق این اصل آنچه را که مناسب و محتمل دیده‌اند در توافق خود پیش‌بینی کرده‌اند و برای احتمالات و حوادث پیش رو راهکارهای مناسب را در قرارداد گنجانده‌اند، پس آنچه در قرارداد نیامده و یا اتفاقاتی که پایبندی به قرارداد مصرح را بر نمی‌تابد نمی‌تواند راهکاری خارج از تراضی و توافق طرفین را به آنها تحمیل کند. با این معیار ورود داور به مرحله تعدیل بدون تجویز خالقین قرارداد نقض اصل تقدس قراردادهای و در تضاد با اصل حاکمیت اراده خواهد بود.

۱. Award on Agreed Terms

۲. Pacta Sunt Servanda; Principle of Sanctity of Contracts;

در کنار این دو چالش برخاسته از نظریات کلاسیک حقوق، بروز نظریه دشواری و تعسر در اجرای قرارداد<sup>۱</sup> که در صورت تغییر بنیادین در شرایط و اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد، پایبندی و اجرای تعهد را ضروری نمی‌داند<sup>۲</sup> و لذا ضرورت انعطاف‌پذیری در قراردادها بر اساس تغییر اوضاع و احوال را تجویز می‌کند، پیامدهای خاص خود را بر این حوزه از حقوق تحمیل کرده است. تعدیل قرارداد پاسخی است که در نظام‌های حقوقی مختلف به میزان و گونه‌های متفاوتی به عنوان راه حل مسئله مطروحه مورد توجه واقع شده است.

### ب: بررسی ماهیت حقوقی تعدیل قرارداد

تعدیل قرارداد به معنی تغییر شروط مقرر در قرارداد به منظور حفظ تعادل اقتصادی آن است. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که توسط موسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم تنظیم شده است، در تعریف دشواری در اجرای قرارداد به معیار ایجاد تغییرات اساسی در تعادل قراردادی که در نتیجه افزایش هزینه‌های متعهد و یا کاهش ارزش آنچه که متعهد له در نتیجه اجرای قرارداد دریافت می‌کند اشاره شده است.<sup>۳</sup> قراردادهای عمدتاً بر مبنای یک منطق حقوقی و محاسبات اقتصادی و بر اساس تراضی طرفین منعقد می‌شوند اما در بسیاری از موارد شرایط موجود در زمان انعقاد قرارداد در حین اجرا تغییر می‌کند و تغییر شرایط تعادل اقتصادی قرارداد را مختل می‌کند. این امر در قراردادهای آنی که معمولاً بین زمان انعقاد عقد و تحقق مفاد و اجرای آن فاصله‌ای وجود ندارد اتفاق نمی‌افتد، بلکه بیشتر در قراردادهای مستمر و دراز مدت پیش می‌آید. برای مثال اگر شخصی خانه‌اش را به قیمت معینی به دیگری بفروشد و مقرر شده باشد که یک ماه بعد خانه را به خریدار تحویل دهد و در این فاصله قیمت مسکن به‌طور قابل توجهی افزایش یابد جایی برای توسل به تعدیل وجود ندارد چون بیع عین معین عقدی تملیکی است و مبیع در همان لحظه وقوع عقد به ملکیت خریدار در آمده است و نوسانات بعدی بازار بر این قرارداد اثری نخواهد داشت. اما اگر شخصی تعهد کند که مواد اولیه مورد نیاز یک کارخانه را برای مدت ۲۵ سال تأمین کند و در این قرارداد قیمت تعیین شده باشد، در صورت تغییر اساسی شرایط حاکم مثل چند برابر شدن نرخ ارز که موجب افزایش قیمت ماده اولیه موضوع قرارداد می‌شود فروشنده مجاز به تقاضای تعدیل است.

۱. Doctrines of Hardship

۲. Rebus Sic Stantibus (Unenforceability of a contract due to fundamentally changed circumstances)

۳. Article ۶. ۲. ۲: There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, ... (Unidroit Principles of International Commercial Contracts ۲۰۱۰, [www.unidroit.org/instruments](http://www.unidroit.org/instruments))



به نظر می‌رسد باید بین تعدیل قرارداد و تکمیل آن تفاوت قایل شد. اطراف قرارداد بعضاً در مورد برخی از مفاد قرارداد سکوت می‌کنند و در خصوص موضوعاتی توافق انجام نمی‌دهند. در این موارد قرارداد از ابتدا با خلأ روبرو است. تکمیل خلأهای قراردادی که ابتدا و چه بسا عامدانه در قرارداد وجود داشته تعدیل تلقی نمی‌شود. برای مثال در ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی سازمان ملل متحد امکان عدم توافق طرفین بر ثمن در زمان انعقاد قرارداد و یا پیش از آن و محول کردن تعیین آن به شخص ثالث یا مکانیزم خاص پذیرفته شده است.<sup>۱</sup> این فرایند را نمی‌توان تعدیل نامید و تکمیل خلأهای اولیه و عمدی قراردادی که برای طرفین قابل پیش‌بینی و توافق بوده است، در قلمرو تعدیل قرار نمی‌گیرد. اما تکمیل خلأهای حادث که در فرایند اجرا و در نتیجه تغییر در شرایط پیش می‌آید می‌تواند به نوعی در قلمرو تعدیل قرار گیرد. برای مثال در زمان انعقاد قرارداد اخذ مجوز برای انتقال ارز حاصله از سرمایه‌گذاری ضرورت نداشته ولی سپس دولت میزبان اخذ مجوز را لازم دانسته است. هم‌اکنون قرارداد با این خلأ و سکوت روبرو است که وظیفه تحصیل مجوز بر عهده کدامیک از طرفین است؟ در این موارد مرجع حل و فصل اختلاف می‌تواند بر اساس اصول و ضوابط کلی و نیز روح قرارداد این خلأ را تکمیل و متعهد به اخذ مجوز را معین کند. این فرایند نوعی تعدیل یعنی افزودن بر تعهدات مصرح طرف است که به نظر می‌رسد در داورۃ‌پذیری آن تردیدی نمی‌توان داشت. در حالی که داورۃ‌پذیری پر کردن خلأهای اولیه که عمداً سکوت گذاشته شده محل تردیدهای قابل تاملی است.<sup>۲</sup>

### ج: مرجع تعدیل قرارداد

گاه طرفین در قرارداد خود به صراحت موارد و شرایط تعدیل قرارداد را پیش‌بینی می‌کنند و تحقق آن را خود بر عهده می‌گیرند، مثلاً در موارد تعذر و دشواری در اجرا، طرفین متعهد می‌شوند تا با مذاکرات مجدد و همراه با حسن نیت راهکار تسهیل اجرا و تعدیل قرارداد را بررسی و نسبت به آن اقدام کنند و ممکن است در ادامه در صورت عدم حصول توافق همانند سایر اختلافات قراردادی حل و فصل آن را به نهاد حل و فصل اختلافات مقرر در قرارداد محول نمایند. در مواردی ممکن است طرفین مستقیماً اختیار تعدیل را به مرجع دیگر و یا شخص ثالثی مانند کارشناسان مستقل، حکم و یا نهاد حل و فصل اختلاف در قرارداد واگذار کنند. در این موارد اصل حاکمیت اراده موید و هم‌جهت با فرایند تعدیل است و در واقع مرجع تعدیل برای تحقق اراده اطراف قرارداد به تعدیل قرارداد مبادرت می‌کند. از این رو، در مواردی که

۱. [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu)

۲. Berger, Klaus Peter, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, *Arbitration International*, Vol. ۱۷, No. ۱, ۱۷, at p. ۳.

در قرارداد طرفین امکان تعدیل را پیش‌بینی و اختیار آن را به داور یا داوران داده باشند، به‌نظر نمی‌رسد اعمال این اختیار توسط داور یا داوران با مانع جدی روبرو باشد، یا کسی در صلاحیت داوری برای تعدیل تردید کند. البته قواعد امره مقرر داوری، همانند سایر موارد، باید مورد توجه داور قرار گیرد. بدین ترتیب اگر در قواعد امره مقرر داوری، تعدیل توسط داور منع شده باشد تعدیل توسط داور امکان‌پذیر نخواهد بود اما صرف سکوت و یا عدم پیش‌بینی تعدیل و یا تجویز شیوه‌های تعدیل قانونی و قضایی بدون ذکر از امکان تعدیل توسط داور به خودی خود منعی برای تعدیل توسط داور تلقی نمی‌شود.

البته در مواردی که قرارداد صراحتاً مرجع تعدیل را مشخص کرده است این سؤال که فرایند تعدیل تابع چه ضوابط و مقرراتی است، همچنان موضوعیت خواهد داشت. برای مثال واگذاری وظیفه تعدیل به حکمیت شخص یا اشخاص و یا نهاد معینی این سؤال را به ذهن متبادر می‌کند که آیا این فرایند از نظر ماهوی و شکلی باید از قانون خاص و یا اصول حقوقی تبعیت کند و یا خیر؟ همچنین در مواردی که تعدیل به نهاد حل و فصل اختلافات مقرر در قرارداد، یعنی میانجیگری یا داوری، واگذار شده باشد آیا در فرایند تعدیل نیز قواعد شکلی و ماهوی مربوط به حل و فصل اختلافات لازم‌الرعایه خواهد بود یا خیر؟ پاسخ به این سوالات در بخش‌های آتی این مقاله که ماهیت تعدیل را بحث می‌کند، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. سؤال دیگری که در این خصوص به ذهن متبادر می‌شود، امکان تعدیل قرارداد بر اساس استنباط اختیار یا صلاحیت ضمنی مرجع داوری است. در مواردی که در قرارداد صراحتاً اختیار تعدیل به مرجع داوری داده نشده است، اما ضرورت تکمیل خلأ یا تعدیل قرارداد در فرایند اجرا ضرورت می‌یابد آیا می‌توان به کمک تفسیر قرارداد و تفسیر شرط داوری چنین اختیاری را برای داوری احراز نمود؟ همان‌گونه که قبلاً اشاره شد تعدیل قضایی اختیاری است که قانون‌گذار به قاضی می‌دهد تا شرایط قرارداد را با ملاحظاتی تعدیل کند.<sup>۱</sup> علی‌الاصول تعدیل قضایی در پی اختلافات حقوقی موضوعیت پیدا می‌کند که اگر مانعی برای ارجاع این اختلافات به داوری و داوری‌پذیری این‌گونه دعاوی وجود نداشته باشد اعمال تعدیل قضایی توسط داور مرضی‌الطرفین هم امکان‌پذیر خواهد بود. اما چنانچه موضوع داوری‌پذیر نباشد و قابلیت ارجاع به داوری را نداشته باشد همانند دعاوی قراردادی مربوط به تاجر ورشکسته، تعدیل توسط داور ممکن نیست. آیا امکان اعمال اختیاری که ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایران به قاضی در تعیین مهلت عادلانه و یا قرار اقساط برای پرداخت دینی که سررسید آن فرا رسیده است اعطا نموده قابل اعمال توسط داور هم هست؟ یعنی آیا داوری که صلاحیت رسیدگی به اختلافات قرارداد

۱. حسین آبادی، امیر، تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۶، صص ۱۵۳-۱۲۱.

منشا دین را دارد می‌تواند در صورت تحقق و اثبات دین حال برای پرداخت آن مهلت عادلانه یا قرار اقساط معین کند؟ به‌نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال منفی باشد. وظیفه داور تمیز حق و تعیین تکلیف در اصل دعوا است اما تصمیم‌گیری در مورد چگونگی پرداخت دین بر عهده داور نیست مگر اینکه طرفین یا اطراف قرارداد صراحتاً چنین اختیاری را به داور داده باشند. هرچند نویسندگان و شارحین حقوق مدنی ما از ملاک ماده ۲۷۷ برای اثبات امکان تعدیل قرارداد توسط قاضی استفاده کرده‌اند اما مفاد این ماده بسیار محدودتر از مقوله تعدیل است و در واقع اشاره به آنچه که امروزه تغییر شرایط پرداخت دین<sup>۱</sup> شهرت یافته اشاره دارد.

در تعدیل قانونی، قانون‌گذار علل و زمینه‌های تعدیل را مشخصاً بیان می‌کند مثلاً در بسیاری از کشورها اجاره بهای محل‌های مسکونی سالانه به نرخ معینی افزایش می‌یابد یا قانون‌گذار اجازه تعدیل قراردادهای خاصی مانند پیمان‌های دولتی را بر اساس نرخ تورم سالانه تجویز می‌کند. معمولاً اعمال این تعدیل‌ها نیازمند مداخله دادگاه یا داوری نمی‌باشد اما اگر در این میان اختلافی در مورد نحوه اعمال یا تحقق شرایط تعدیل پیش آید دادگاه و در صورت تراضی طرفین به داوری، مرجع داوری صلاحیت رسیدگی به این اختلاف را خواهد داشت.

در صورتی که در قانون حاکم بر قرارداد، تعدیل تجویز شده باشد و یا قرارداد امکان تعدیل را پیش‌بینی نماید اما مرجعی برای آن معین نکند این سؤال پیش می‌آید که در فرض حدوث اختلاف و ارجاع آن به داوری آیا مرجع داوری مجاز است تا در مقام فصل خصومت به تعدیل قرارداد حکم دهد؟ باید در نظر داشت که در این حالت طرفین فقط از داور تقاضای حل اختلاف را داشته‌اند و نه تعدیل قرارداد را و داور به تشخیص خود تعدیل قرارداد را شیوه مناسب برای فصل خصومت دانسته است.

### د: تعدیل در مقام حل و فصل اختلافات قراردادی

فصل خصومت یا حل و فصل اختلافات قراردادی یعنی یافتن راهکار مناسب برای پایان دادن به اختلاف طرفین بر اساس قرارداد و در چارچوب اصول حقوقی و قانونی معتبر. به تعبیر دیگر، دادرسی یا داور برای حل و فصل اختلاف و پایان دادن به منازعه‌ای که در دستور کار او قرار دارد باید به دو منبع رجوع کند و در محدوده آن دو و با استناد به آنان رای خود را صادر کند: یکی قانون و اصول حقوقی و دوم قرارداد و توافق طرفین. همان‌گونه که دادرسی و داور نمی‌توانند بر خلاف قانون و اصول حقوقی رای خود را صادر کنند، قرارداد معتبر طرفین را نیز نمی‌توانند نادیده انگارند و مفاد تراضی را که از نظر قانون محترم و

۱. Debt Rescheduling



معتبر است مورد توجه قرار ندهند. رای دادرس و داور باید بر مبنای قانون و در چارچوب قرارداد صادر شود. بر این مبنا هرگاه داور بخواهد قرارداد را تعدیل کند باید با رعایت و لحاظ این دو مبنا به تعدیل بپردازد.

از لحاظ قانونی باید قانون حاکم بر قرارداد و اصول حقوقی مرتبط با آن تعدیل را تجویز کنند یا حداقل مانع آمرهای برای آن ایجاد نکرده باشند. در اینجا ملاک قانون حاکم بر قرارداد است، سکوت قانون حاکم بر قرارداد در خصوص تعدیل به معنی عدم تجویز آن نیست. مضافاً اینکه تعدیل قرارداد در بسیاری از نظام‌های حقوقی در شرایط خاصی و بر اساس اصول کلی حقوقی امری مقبول است.

از لحاظ انطباق تعدیل با قرارداد، ممکن است این ایراد به ذهن برسد که دادرس یا داور باید اختلاف موجود را در چارچوب قرارداد و با ارجاع به آن حل و فصل کنند، پس چگونه ممکن است چنین روندی منجر به تعدیل و اصلاح قرارداد شود. یعنی کسی که ماموریت داشته اختلاف را بر مبنای قرارداد و تراضی طرفین حل و فصل کند، مجاز شود تا مفاد قرارداد را تغییر دهد یا خلأهای آن را تکمیل کند. این تردید در مورد تعدیل توسط داورانی که خود صلاحیتشان را از تراضی و توافق طرفین به دست آورده‌اند قوی‌تر است. ماموریت داوران حل و فصل اختلافات ناشی از یا مربوط به قرارداد است، حال آیا این داوران می‌توانند به تعدیل مفاد تراضی رای دهند؟ البته باید به خاطر داشت مواردی که صراحتاً در قرارداد داوران مجاز به تعدیل شده‌اند از این بحث خارج خواهد بود.

پاسخ به این سؤال بیش از هر چیز در گروی برداشت ما از تعدیل است. اگر تعدیل را امری همانند تفسیر قرارداد و یا در راستای کشف اراده واقعی طرفین بدانیم، دادرس یا داور همان‌گونه که به تفسیر قرارداد می‌پردازد و از بین احتمالات متعدد در مورد معنا و مفهوم یک عبارت یکی را بر می‌گزیند و طرفین را به آن ملزم می‌کند، یا اینکه از نصوص قراردادی به تعهدات بنایی طرفین پی می‌برد و یا از قرارداد، تعهداتی را به عنوان تعهدات ضمنی احراز و بر عهده طرفین مستقر می‌سازد، می‌تواند با تعدیل قرارداد تعادل از دست رفته آن را احیا و قرارداد را به‌نجوی که در ابتدا مورد نظر طرفین بوده است بازنمایی کند. بسیاری از حقوق‌دانان بر این باورند که تعدیل قراردادی امری علیحده از تفسیر قرارداد نیست. در تفسیر ابزار کشف اصول لفظی و اماراتی چون عرف و عادت، دلالات التزامی و تضمینی، توجه به هدف و غایات طرفین است و در تعدیل نیز منطق اقتصادی و حفظ موازنه قراردادی مبنای برداشت دادرس یا داور از قرارداد خواهد بود. عرف و عادت مسلم حتی در مواردی در صورت عدم اطلاع طرفین از آن به آنها و روابط قراردادی شان تحمیل می‌شود در حالی که کسی جاری کردن عرف بر قرارداد را خلاف مفاد تراضی آنها نمی‌داند و آن را خارج از قلمرو اختیار داوران تلقی نمی‌کند، حال چگونه ممکن است تصمیمات داور برای

حفظ و استمرار موازنه قرارداد بر خلاف تراضی تلقی شود. بسیاری از اختلافات قراردادی ناشی از عدم پیش‌بینی ریسک‌ها و تغییرات اقتصادی است، حال اگر یافتن راهکار و حل و فصل اختلافات در این قبیل موارد خارج از حیطه اختیار دادرس و داور باشد نوعی نقض غرض خواهد بود و منجر به عدم کارآمدی نظام حل و فصل اختلافات خواهد شد. باید به خاطر داشت که حفظ قرارداد و تلاش برای زنده نگه داشتن آن از اصول مسلم حاکم بر قراردادهای تجاری است زیرا پایداری روابط اقتصادی به ثبات و کاهش هزینه‌های مبادلاتی منجر می‌شود.

در مورد تکمیل خلأهای قراردادی توسط داوران، همان‌گونه که قبلاً اشاره شد باید بین خلأهای عمدی و ابتدایی یعنی مولردی که طرفین عامدانه آنها را در قرارداد از ابتدا مسکوت گذاشته‌اند با خلأهای حادث قایل به تفکیک شد. به‌نظر نمی‌رسد که بتوان تکمیل خلأهای اولیه را داخل در قلمرو صلاحیت داوران کرد در حالی که تکمیل خلأهای حادث که با حل و فصل اختلافات قراردادی ملازمه پیدا می‌کند می‌تواند توسط داوران تکمیل شود.<sup>۱</sup>

#### ه: تعدیل و تکمیل قرارداد توسط میانجی و سازش‌گر

میانجیگری و سازش از شیوه‌های مرسوم حل و فصل اختلافات است. شیوع و مقبولیت این شیوه‌ها برای حل و فصل اختلافات قراردادی نه تنها به عنوان پیش شرط ارجاع اختلاف به داوری یا دادگاه بلکه به عنوان شیوه‌ای مستقل و خود بسنده در روابط تجاری موضوعیت یافته است. در خصوص سؤال از امکان تعدیل قرارداد توسط میانجی و سازش‌گر به‌نظر می‌رسد بسیاری از تردیدها و موانع حقوقی موجود بر سر راه تعدیل قرارداد توسط داور در خصوص تعدیل قرارداد در فرایند میانجیگری و سازش منتفی باشد. از آن جهت که نتیجه فرایند سازش و مصالحه فقط در صورت کسب تایید اطراف اختلاف اعتبار خواهد داشت، تضادی بین اعطای ماموریت به سازشگر و میانجی برای تعدیل و تکمیل قرارداد با اصل حاکمیت اراده، تقدس قرارداد و وفای به عهد وجود نخواهد داشت. در واقع در مرحله میانجیگری و سازش، فرایند منتهی به ارایه پیشنهادی برای تکمیل یا تعدیل به اطراف قرارداد خواهد شد و در نهایت پذیرش این راه حل توسط اطراف قرارداد به منزله تعدیل یا تکمیل قرارداد توسط خود آنان است. از اینرو برخی از حقوق‌دانان بهره‌گیری از ظرفیت میانجیگری و سازش در موارد یکه تعدیل و یا تکمیل قرارداد ضرورت می‌یابد را توصیه می‌کنند.

۱. Berger, Klaus P., op. cit., p. ۳, and ۴.

بدیهی است الزام آور نبودن تصمیم میانجی و سازش‌گر نقیصه مهمی بر این فرایند است که در صورت قابل قبول نبودن فرمول تعدیل یا تکمیل برای یکی از اطراف قرارداد به بقای اختلاف و در معرض خطر قرار گرفتن حیات قرارداد منتهی می‌شود.

### و: تعدیل قرارداد توسط داور

همان‌گونه که اشاره شد، داور برای تعدیل قرارداد باید به‌طور هم‌زمان از سه مرجع مجوز لازم را دریافت کرده باشد: قانون شکلی حاکم بر داوری، قانون ماهوی حاکم بر قرارداد و موافقتنامه داوری. لازم به ذکر است که در مذاکرات منتهی به تدوین قانون نمونه داوری آنسترال، علیرغم مذاکرات طولانی و مباحث گسترده‌ای که در این خصوص بین نمایندگان کشورهای مختلف انجام شد، با تصریح به اختیار داور برای تعدیل قرارداد به این دلیل که تعدیل قرارداد موضوعی ماهوی است و قانون نمونه به عنوان یک قانون شکلی نمی‌تواند متضمن چنین حکمی باشد، مخالفت شد. حقوق‌دانان آلمانی به دلیل وجود اختیارات مشابهی برای داوران در حقوق داخلی آلمان پیشنهاد دهنده این موضوع بودند اما حقوق‌دانان انگلیسی چون مداخله داور در مفاد قرارداد را تجویز نمی‌کنند با این پیشنهاد مخالفت کردند.

موافقتنامه داوری سند اصلی تعیین کننده حدود اختیارات داوران است، در دست داشتن موافقتنامه داوری که صراحتاً به امکان تعدیل توسط داور تصریح کرده باشد تردیدی برای وجود این اختیار و صلاحیت باقی نمی‌گذارد... همچنین چنانچه در قرارداد در بندهای دیگری مانند بند مربوط به دشواری در اجرا به موجبات و شرایط تعدیل و امکان مداخله داوران و نیز ضوابط آن تصریح شده باشد، وجود این اختیار محل تردید نخواهد بود. بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند که عبارات رایج بندهای مربوط به ارجاع اختلاف به داوری، نظیر عبارت ارجاع تمامی اختلاف ناشی و مربوط به قرارداد به داوری، به تنهایی و در شرایط متعارف اختیار تعدیل قرارداد به داور را اعطا نمی‌کند. از این رو بندهای رایج و متداول در قراردادهای برای داوری را کافی برای تعدیل و تکمیل قرارداد توسط داوران ندانسته‌اند. به همین دلیل تفسیر شروط مربوط به حل و فصل اختلافات، در مواردی که تصریح به اختیار داور برای تعدیل ندارد، از اهمیت خاصی برخوردار خواهد بود.<sup>۱</sup>

در صورت فقدان نص برای تعدیل توسط داور باید وجود اختیار را از موارد صلاحیت ضمنی داوران دانست و تجویز چنین تعدیلی را از خلال شروط مصرح و مفاد قرارداد با کمک تفسیر قرارداد احراز نمود. هرچند قاعده صلاحیت در صلاحیت، تشخیص و تعیین محدوده صلاحیت داوران را به خود آنها واگذار کرده

۱. Ibid, p. ۸



است، اما داوران در تصمیم‌گیری خود تابع قواعد و اصول حقوقی بوده و رای داورى که خارج از محدوده صلاحیت او صادر شده باشد باطل و یا قابل ابطال خواهد بود. به‌علاوه استثنایی بودن داورى نسبت به رسیدگی قضایی و نیز قاعده مسلم وفای به عهد و اصل حاکمیت اراده همگی تفسیر مضیق شرط داورى در مواردی که در خصوص صلاحیت داور در تعدیل و تغییر قرارداد تردید وجود دارد را اقتضا می‌کنند. در سال ۱۹۸۸ میلادی دیوان داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی، رای داد که شرط استاندارد داورى این نهاد در شرایط خاصی که در قراردادی دراز مدت درج شده باشد و بندهای متعددی از قرارداد تعدیل آن را در طول زمان اقتضا کند می‌توان به نحوی تفسیر شود که صلاحیت تعدیل را به داوران اعطا کند. در همان رای دیوان داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی تصریح نمود که در شرایط متفاوتی، همین بند ممکن است به نحو مضیق‌تری تفسیر شود. (رای شماره ۵۷۵۴، مرکز داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی) این تفسیر موسع از شرط داورى با توجه به هدف قرارداد و شروط متعددی از قرارداد که باز گذاشته شده بود ناشی شده است. در صورت فقدان چنین شرایطی که احراز صلاحیت ضمنی برای داوران را غیر ممکن کند، داوران از ورود در مقوله تعدیل پرهیز دارند و پیش‌بینی حالات و احتمالات متصور و پیش‌بینی راهکارهای مناسب را بر عهده طرفین قرارداد می‌دانند. حتی راهکار برون‌رفت از دشواری‌های اجرایی که به عنوان دشواری و تعذر در اجرا شناخته می‌شود باید توسط طرفین در قرار داد پیش‌بینی و ذکر شود و داوران بر خلاف خواسته و اراده طرفین وارد مقوله اصلاح و تکمیل قرارداد نشوند.

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد برای اینکه رای داور مبنی بر تعدیل قرارداد یا تکمیل خلاءهای قراردادی بر اساس کنوانسیون نیویورک قابلیت اجرایی و اعتبار داشته باشد باید نه تنها با معیارهای قانون محل اجرا بلکه با معیارهای قانون محل صدور رای نیز مطابقت داشته باشد. از این رو لازم است که مطابق با قانون محل صدور رای، داور اختیار تعدیل و تکمیل قرارداد را داشته باشد. تعداد کشورهایی که در آنها قانون به صراحت برای داور صلاحیت مزبور را پیش‌بینی کرده است بسیار محدود است. در قانون داورى هلند و قانون داورى سوئد طرفین می‌توانند داوران را به تکمیل یا تعدیل قرارداد در محدوده‌ای فراتر از تفسیر مجاز کنند. (ماده ۴-۱۰۲۰ قانون داورى هلند و بند ۲-۱ قانون داورى ۱۹۹۹ سوئد) قانون داورى تجاری بین‌المللی بلغارستان اصلاح شده در سال ۱۹۹۳ چنین اختیاری را حتی بدون توافق طرفین به داوران داده است. در چنین مواردی، بی‌تردید اصل تشابه و همسانی اختیارات داوران و قضات به کمک گرفته می‌شود تا در فرض وجود اختیار تعدیل برای قضات و دادگاههای محل داورى، وجود این اختیار برای داوران نیز مفروض تلقی شود. در فرض سکوت قانون در خصوص امکان تعدیل قضایی، به‌نظر نمی‌رسد تا راه تعدیل توسط داوران را مسدود تلقی کرد زیرا در این موارد می‌توان با مراجعه به قانون

ماهوی محل داوری امکان تعدیل قرارداد توسط دادگاه یا داوری را بررسی کرد. برای مثال در قوانین شکلی ناظر بر داوری یا رسیدگی‌های قضایی آلمان اختیار تعدیل برای قاضی یا داور پیش‌بینی نشده است اما در قانون مدنی آلمان در ماده ۳۱۷ به عنوان یک قاعده ماهوی، به دادگاه اجازه داده شده است تا در صورت عدم تراضی طرفین به تعدیل، دادگاه قرارداد را تعدیل کند. حقوق‌دانان آلمانی از اختیار دادگاه، امکان تعدیل توسط داور را نیز استنباط کرده‌اند.<sup>۱</sup>

آقای کالاس پیتر برگر معتقد است: در صورتی که نه در قوانین شکلی مربوط به صلاحیت دادگاهها و داوری و نه در قانون ماهوی مقرر داوری تعدیل پیش‌بینی نشده باشد، مداخله داوران یا هیئت داوری در تعدیل علیرغم تجویز و اعطای اختیار تعدیل توسط اطراف قرارداد به آنها در محدوده داوری قرار نمی‌گیرد و از قواعد مربوط به داوری تبعیت نمی‌کند، بلکه مداخله شخص ثالثی است متفاوت از نوع مداخله داور یا هیئت داوری که باید بر اساس کلیات حقوق تعهدات نظام حقوقی حاکم بر ماهیت قرارداد مورد تفسیر و تحلیل قرار گیرد. عملکرد داوران یا هیئت داوری خارج از محدوده قانون قابل اعمال بر داوری قرار خواهد گرفت و امکان بازنگری و تجدیدنظر از این تصمیم هم تابع قانون ماهوی حاکم خواهد بود.<sup>۲</sup>

باید توجه داشت که برای اعتبار تصمیم داوری به تعدیل، علاوه بر اعطای این اختیار به داوران توسط اطراف قرارداد و تایید آن توسط قانون شکلی، به رسمیت شناختن و تایید نتیجه این فرایند توسط قانون ماهوی حاکم بر قرارداد نیز ضرورت دارد. اینکه آیا اصولاً شرط تعدیل شرط معتبری هست یا نه، اینکه آیا ضوابط و معیارهای مقرر در این شرط اعتبار دارند یا خیر و نهایتاً اینکه آیا تعدیل از نظر ماهیت همان داوری است یا امر دیگری، باید با رجوع به قانون ماهوی تعیین شود. شروط قراردادی که تعدیل، ضوابط و مرجع آن را تعیین کرده نمی‌تواند با قواعد آمره قانون ماهوی حاکم بر قرارداد در تضاد باشد. رویه داوری بین‌المللی نیز به توجیه پذیر بودن تعدیل بر اساس قانون ماهوی حاکم بر قرارداد بیشتر از تجویز تعدیل در قانون شکلی حاکم بر فرایند داوری توجه کرده است و بر این اساس اگر نفس تعدیل با مانع ماهوی روبرو نباشد، با کمک قرآینی چون اختیار و صلاحیت ذاتی داوری و اصل همانندی اختیارات داور و قاضی می‌توان بر مانع سکوت قانون شکلی فائق آمد.

آنچه گفته شد مانع از آن نخواهد بود که اطراف یک قرارداد از داوران برای تعدیل و تکمیل قرارداد خود نظر مشورتی درخواست کنند، که در این صورت ماهیت امر به موضوع میانجیگری و سازش نزدیک

۱. Ibid, p. ۱۱.

۲. Ibid, p. ۱۱, and ۱۲.

### ز: نظریه وحدت داوری و تاثیر آن بر تعدیل قرارداد توسط داور

استاد معروف حقوق تطبیقی فرانسه پروفیسور رنه داوید که در ایران او را به واسطه اثر معروفش در زمینه حقوق تطبیقی تحت عنوان نظامهای بزرگ حقوقی معاصر می‌شناسند، به نظریه وحدت داوری<sup>۲</sup> معتقد است. پروفیسور داوید هم در کتاب خود با عنوان داوری در تجارت بین‌الملل و هم در گزارشی که به دهمین کنگره حقوق تطبیقی ارایه کرد به وحدت داوری تاکید می‌کند. به نظر ایشان داوری چه در مقام حل اختلاف و فصل خصومت و چه در جایگاه تکمیل خالهای قراردادی و تعدیل آن دارای ماهیت یکسانی است و مرزبندی بین این دو مفهوم باید از میان برداشته شود. وی معتقد است علی‌رغم تلاشی که برای تفکیک این دو انجام شده و فرایند داوری در مقام حل اختلاف را امری قضایی و شکلی تلقی کرده و داوری در مقام تکمیل و یا اصلاح قرارداد را امری قراردادی و ماهوی می‌دانند، در واقع هیچ معیار و ملاکی برای این تفکیک و بازشناسی یکی از دیگری وجود ندارد. این جدا سازی، ریشه در کارکردهای متفاوت نهادهای مشابه در نظامهای حقوقی مختلف دارد، در حالی که با ارایه تعریف موسعی از داوری هر دو این مفاهیم در آن جا دارد.<sup>۳</sup> در ماهیت، داوری تصمیمی است که منافع بیش از یک نفر را که توسط اشخاص خصوصی اتخاذ شده متاثر می‌کند، در حالی که داور یا داوران نماینده هیچ‌کدام از اطراف اختلاف نیستند و از آنان خواسته شده تا بر اساس اصول و ضوابط معینی و به‌طور مستقل در خصوص موضوع در فرایندی شبه قضایی تصمیم‌گیری نمایند.

شباهت بین داوری مشمول مقررات شکلی با داوری مشمول حقوق قراردادهای با عملکرد امروز دادگاهها افزایش یافته است. هیچگاه اختیار دادگاهها محدود به اعمال قواعد حقوقی موجود نسبت به واقعیات خارجی نبوده است، همیشه از دادگاه انتظار می‌رود تا وضعیت موجود را در شرایط خاصی تغییر دهند. تفکیک سنتی بین آرای موجد حق و آرای اعلامی دادگاهها مویذ وجود هر دو صلاحیت برای دادگاه است. هرچند مداخله دادگاه در تنظیم روابط قراردادی با تفکر لیبرالی رایج در قرن نوزدهم تا حدود زیادی

۱. Ibid, p. ۱۳, and ۱۴.

۲. Oneness of Arbitration.

۳. Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more persons - the arbitrator or arbitrators - who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement. (David Rene, Arbitration in International Trade, ۱۹۸۵ Kluwer Law and Taxation Publishers, p. ۵).

محدود شده است، اما این نوع مداخله قطعاً انجام شده است اما تحت لوای تفسیر قرارداد و با مفروض دانستن برخی از مفاد در قرارداد تحت عنوان شروط ضمنی و با هدف ادعایی کشف اراده واقعی اطراف قرارداد. دوران شیفتگی و حاکمیت مطلق اصل آزادی اراده حتی در کشورهایی با نظام اقتصاد آزاد نیز سپری شده است. در حالی که همچنان اعتقاد بر این اصل که قضات قرارداد را تنظیم نمی‌کنند وجود دارد، اما مداخله دادگاهها در حقوق قراردادها امری رایج شده است.

از این رو بحث و کنکاش بر سر این سؤال که آیا داوری صرفاً یک امر شکلی و فرایند تمیز حق است که جنبه اعلامی دارد یا امری قراردادی و موجد حق است، چندان در سرنوشت بحث تأثیرگذار نخواهد بود. به نظر پروفیسور داوید اطراف قرارداد می‌توانند به داوران ماموریت دهند تا اختلافات حقوقی را حل و فصل کنند یا در تنظیم روابط قراردادی بین آنها مداخله نمایند. در هر دو حالت وضعیت یکسان است. تفکیک بین داوری در این دو حالت مصنوعی و غیر قابل قبول است: در یک حالت داوری قصد دارد تا اختلافات حقوقی را حل و فصل نماید و در حالت دیگری هدف داوری تنظیم روابط قراردادی است. در هر دو حالت از شیوه‌ها و مهارت‌های مشابهی استفاده می‌شود، هدف مشابهی دنبال می‌شود و قواعد همانندی به کار گرفته می‌شوند. رواج قراردادهای دراز مدت که اقتضای فناوری‌های جدید است، توجه به این موضوع را ضروری‌تر می‌کند.

ضرورت امکان تعدیل قرارداد توسط نهاد داوری پیش‌بینی شده در قرارداد به‌خصوص در فرض حدوث دشواری و تعسر<sup>۱</sup> در اجرای قرارداد مورد توجه حقوق‌دان معروف انگلیسی پروفیسور اشمیتف نیز قرار گرفته است. وی در مقاله معروف خود در خصوص دشواری در اجرا و شروط مداخله‌گر در قرارداد<sup>۲</sup> ضمن بحث در مورد حدوث دشواری در اجرای قرارداد به ضرورت پیش‌بینی ضمانت اجرا برای شرط مزبور تأکید دارد و ضمانت اجرای مناسب و معمول را ارجاع موضوع به داوری می‌داند. ایشان تصریح می‌کند که شرط داوری مکمل مناسبی برای شرط حدوث دشواری در اجرای قرارداد است. به این بیان که اگر طرفین پس از بروز دشواری در اجرا به تکلیف به مذاکره مجدد برای یافتن راه حل مناسب عمل نکردند یا مذاکره در ظرف زمانی مقرر به نتیجه نرسید، هریک از طرفین می‌تواند به داوری مراجعه کند. سپس وی به مانع موجود در حقوق انگلستان بر سر راه رسیدگی داوری به درخواست تعدیل اشاره می‌کند و با توجه به اینکه دادگاههای انگلستان اجازه تعدیل قرارداد و تکمیل خلأهای آن را ندارند و قانون داوری انگلستان نیز در این زمینه فاقد تصریح و تجویز لازم است و داور باید دقیقاً بر اساس قواعد حقوقی رای

۱. Hardship

۲. Schmitthoff Clive M., Hardship and Intervener Clause, Journal of Business Law ۱۹۸۰, (pp ۸۲ ۹۱)



خود را صادر کند از اصل همسانی اختیارات دادگاه و داور عدم امکان تعدیل قرارداد توسط داور را نتیجه می‌گیرد. در حالی که در حقوق انگلستان مداخله اشخاص ثالثی غیر از داور در تنظیم روابط قراردادی با تراضی اطراف قرارداد تجویز شده است. به همین دلیل اگر طرفین اختیار حل و فصل اختلاف بر اساس اصول کدخدانمشی یا انصاف را به شخص یا اشخاصی داده باشند این مداخله در تنظیم روابط قراردادی با مانعی روبرو نخواهد بود. کما اینکه در ماده ۹ قانون بیع کا لا انگلستان مصوب ۱۹۷۹، امکان واگذاری اختیار تعیین ثمن به ثالث به رسمیت شناخته شده است.<sup>۱</sup> پروفیسور اشمیتوف وضعیت موجود در حقوق انگلستان که به داور اجازه تعدیل و تکمیل قرارداد را نمی‌دهد یک نقیصه خوانده است و اظهار امیدواری می‌کند که تحولات بعدی قانون داوری انگلستان، همسو با ضرورت‌های فضای قراردادهای مدرن و طولانی مدت تجارت بین‌المللی و برای تداوم قابلیت اجرای قرارداد پس از تحولات اساسی اقتصادی، سیاسی و اجتماعی این ظرفیت را در خود ایجاد کند.<sup>۲</sup> اما باید گفت تحولی که موردنظر وی بوده در اصلاحات قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان نیز متأسفانه رخ نداده است. اصلاح اخیر قانون مننی فرانسه که از ماه اکتبر ۲۰۱۶ قابلیت اجرایی یافته است، به ملاحظه ضرورت تعدیل قرارداد توسط قاضی و دادگاه در صورت تغییر در شرایط و اوضاع و احوال پاسخ مثبت داده است. ماده ۱۱۹۵ اصلاحی علاوه بر به رسمیت شناختن مفهوم دشواری و تعسر در اجرای قرارداد تکلیف به مذاکره مجدد را برای طرفین قرارداد در شرایط خاص ایجاد کرده است. این اصلاحیه همچنین اطراف قرارداد را مجاز کرده تا مشترکاً از قاضی درخواست تعدیل قرارداد کنند.<sup>۳</sup> رهیافت جدید قانون مننی فرانسه مورد استقبال جامعه حقوقی قرار گرفته و از اینکه قانون‌گذار فرانسوی به دنبال شناسایی نظریه تغییر اوضاع و احوال و ضرورت تعدیل در قراردادهای عمومی و اداری، به راهیابی تعدیل به فضای حقوق خصوصی تن داده است حقوق‌دانان و نهادهای بین‌المللی اظهار رضایت کرده‌اند.<sup>۴</sup> بی‌تردید این تحول در نظام حقوقی فرانسه و اعطای اختیار تعدیل به قاضی می‌تواند در کشورهای تابع یا همسو با این نظام تحول ایجاد کند. با این تغییر و با کمک

۱. Ibid, at pp. ۸۸, and ۸۹

۲. Ibid, at p. ۹۱

۳. "Where a change of circumstances that was unforeseeable at the time of the contract's conclusion renders performance exceedingly onerous for a party that had not accepted to assume such risk, the party may ask the other party to renegotiate the contract. It shall continue to perform its obligations during renegotiation. In the event of refusal or failure of the renegotiation, the parties may agree to terminate the contract, on a date and on terms determined by them, or jointly apply to a judge to proceed with its adaptation. Failing agreement within a reasonable period of time, the judge may, upon a party's request, revise the contract or terminate it, on the date and terms he decides."

۴. See, e. g. A French revolution: Hardship finds its way into the Civil Code, ICC Belgium (iccwbo. be); Hardship Under French Law, University of Oxford, Faculty of Law, (law. ox. ac. uk)



اصل همانندی اختیار دادرس و داور برای داوران نیز اختیار و امکان تعدیل با درخواست اطراف قرارداد وجود خواهد داشت. شاید رویه قضایی در تبیین معنای درخواست اطراف قرارداد گشاده دستی و فراخ نظری پیشه کند و از عمومات شرط‌های متعارف داوری درخواست ضمنی را برای تعدیل توسط داوران در مواردی که حل و فصل اختلاف جز با تعدیل امکان‌پذیر نیست استنباط کند. هرچند مصلحت‌اندیشی و مشکل‌گشایی، بسیاری از حقوق‌دانان را متقاعد کرده است که ضرورتی به نام همانندی و تشابه بین اختیارات داور و دادرس وجود ندارد و استثنایی بودن داوری نسبت به رسیدگی‌های قضایی موجب تضییق اختیارات داوری و تقلیل آن به اختیاراتی کمتر یا همانند اختیار داوران نمی‌شود.<sup>۱</sup>

### ح: تعدیل در صورت به هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد

تعدیل قرارداد در واقع باز خوانی توافق طرفین در شرایط جدید است، زیرا هدف آن بازگرداندن تعادل اقتصادی مورد توافق طرفین به رابطه قراردادی در شرایطی تغییر یافته است. باید به خاطر داشت که در مواردی پایبندی مضیق به اصل وفای به عهد می‌تواند به نتیجه‌ای متضاد با هدف اصلی آن منتهی شود. متعهد نباید در حالتی که شرایط حاکم در زمان انعقاد قرارداد به نحو اساسی تغییر یافته است، مانند فورس مازور و دشواری در اجرا<sup>۲</sup>، به ایفای تعهدات مصرح در قرارداد ملزم گردد. شرایط موجود در زمان قرارداد ممکن است آن‌چنان دچار تغییر و تحول شود که فردی متعارف در صورت وجود چنین شرایطی اصولاً آن قرارداد را به نحو پیشین یا منعقد نمی‌کرد و یا آن را در صورت محتمل دانستن وقوع شرایط جدید به نحو دیگری منعقد می‌کرد.<sup>۳</sup> تردیدی نیست که تغییر در شرایط اقتصادی که اجرای قرارداد را غیر منطقی یا غیر ممکن سازد مانعی تلقی می‌شود که می‌تواند به رخدادهایی مانند فورس مازور و یا دشواری در قرارداد منتهی شود. تفاسیر و رویه ایجاد شده ذیل ماده ۷۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی سازمان ملل متحد به نحو فزاینده‌ای عدم امکان اجرای قرارداد به دلایل اقتصادی<sup>۴</sup> را از معاذیر و موانع موضوع این ماده تلقی کرده است. در هر حال، هرگاه مانع اقتصادی به حدی نباشد که منتهی به حالت فورس مازور شود که در نتیجه آن ایفای تعهدات قراردادی به حالت تعلیق در می‌آید یا قرارداد خاتمه می‌یابد، یعنی در حدی باشد که صرفاً موجب ایجاد دشواری و صعوبت اقتصادی در وفای به عهد شود و در نتیجه

۱. Berger, Klaus Peter, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, *Arbitration International*, Vol. ۱۷, No. ۱ (pp. ۱-۱۷), p. ۱۶

۲. Hardship

۳. Pirozzi, Roberto, Developments In The Change Of Economic Circumstances Debate?, ۱۶ VJ ۹۵-۱۱۲, ۲۰۱۲, p. ۹۹

۴. Economic Unaffordability

مطلوب‌تر برای طرفین بقای التزام به قرارداد با ایجاد تغییراتی در شرایط آن باشد باید به راهکار تعدیل خوش آمد گفت. هدف اصلی قرارداد در تجارت تامین اصل قابل پیش‌بینی بودن و تضمین تحقق منافع و انتظارات قراردادی طرفین در معاملات تجاری است، لذا توسعه مواردی که موجب توقف یا خاتمه روابط قراردادی می‌شود به مصلحت نبوده و بقای قرارداد و یافتن راهکار مناسب در چارچوب قرارداد از مطلوبیت بیشتری برخوردار خواهد بود. با این رویکرد، مرجح است تا هر گاه امکان‌پذیر باشد موانع اقتصادی را به جای اینکه فورس مازور تلقی کرد، از مصادیق دشواری دانست و راهکار تعدیل را به کار بست. اما از سوی دیگر هر گونه تغییر در شرایط اقتصادی نباید معادل تغییر در تعادل اقتصادی قرارداد تلقی شود. همچنین نباید محدوده تغییر در تعادل اقتصادی قرارداد و تعدیل را آن‌چنان موسع تفسیر نمود که مفهوم فورس مازور و مانعیت آن در اجرای قرارداد محو شود، زیرا در این صورت قضات ملی به بهانه سکوت کنوانسیون بیع بین‌المللی در مورد مانع تحقق حادث در راه اجرا (فورس مازور) به قوانین ملی خود رجوع خواهند کرد.<sup>۱</sup>

برای دریافت اهمیت کاربردی تعدیل، توجه به یک مثال راهگشا است: در یک قرارداد سرمایه‌گذاری طرفین به نرخ معینی برای بازگشت سرمایه توافق کرده‌اند و بر همین اساس دوره بازپرداخت نیز معین شده است، حال اگر بنا به دلایلی همانند افزایش فوق‌العاده مالیات نرخ بازگشت سرمایه به شدت کاهش یابد اتخاذ راهکارهای تعدیلی از قبیل افزایش دوره بازپرداخت در واقع بازگرداندن قرارداد به همان مسیر و مبنای مورد توافق طرفین است. با این تعبیر تعدیل چیزی جز تفسیر و خوانش اراده واقعی طرفین و کشف مدلول ضمنی قرارداد در شرایط جدید نخواهد بود. پاسخ به یک سؤال مقدر از طرفین قرارداد در هنگام انعقاد آن، که اگر دریافتی سالانه سرمایه‌گذار کاهش یابد آیا او باید از بخشی از اصل سرمایه یا سود مورد انتظار خود چشم‌پوشی کند و یا اینکه با تعدیل دوره بازپرداخت یا کاهش هزینه‌های سرمایه‌گذاری او را در همان وضعیت مورد انتظار از قرارداد جانمایی کرد؟ بی‌تردید طرفین در یک قرارداد برد‌برد به ضرورت بازنگری در قرارداد اذعان خواهند کرد. از این رو می‌توان گفت تعدیل قراردادی همان تفسیر قرارداد و کشف اراده باطنی طرفین در بستر تحولات زمان است. بنابراین همان‌گونه که تفسیر قرارداد و تکمیل خلأهای حادث در جریان اجرا امری گریز ناپذیر است، تعدیل نیز در این فرایند نوع خاصی از تفسیر و تکمیل قرارداد تلقی می‌شود که توسل به آن ضروری و غیرقابل اجتناب خواهد بود. نکته قابل تامل در این خصوص معیار و شاخص به هم خوردن تعادل اقتصادی در قرارداد است، زیرا

۱. Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law, ۱۹۸۶, Wien, at p. ۱۹۲.

بی‌تردید هر گونه کاهش در ارزش نتیجه اجرای قرارداد، یا افزایش هزینه‌های اجرای قرارداد، نباید و نمی‌تواند به عنوان موجبات تعدیل تلقی شود و دست داور را به تغییر در شرایط مصرح قرارداد باز نگذارد. هدف انعقاد قراردادها در روابط تجاری و اقتصادی دراز مدت تخصیص بهینه ریسک‌ها و تامین اصل قابل پیش‌بینی بودن تعهدات و تبیین انتظارات مشروع قراردادی طرفین است. لذا همان‌گونه که در رای شماره ۶۲۸۱ داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی آمده است، داوران از ورود و مداخله در روابط قراردادی طرفین در مواردی که به هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد مسلم نیست و یا طرفین چنین حالتی را پیش‌بینی نکرده‌اند امتناع می‌کنند زیرا در غیر این صورت هر معامله تجاری، چنانچه هم زمان با انعقاد قرارداد تعهدات متقابل اطراف قرارداد به اجرا در نیاید، دچار عدم قطعیت خواهد شد یا اصولاً اجرای آن غیر ممکن می‌شود.<sup>۱</sup> اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تدوین شده توسط موسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم از ارایه معیاری برای تحقق دشواری در اجرا و اعمال مقررات مربوط به مذاکره مجدد و تعدیل خودداری کرده است. یادداشت‌های توضیحی و تفسیر رسمی که ذیل ماده ۲-۲-۶ نسخه سال ۲۰۱۰ میلادی منتشر شده است، در خصوص میزان تغییرات اقتصادی منتهی به دشواری و تعسر در اجرا<sup>۲</sup> به ضرورت تغییر در تعادل قرارداد به نحو اساسی تصریح می‌کند اما معیار اساسی تلقی شدن تغییر را ارایه نداده و آن را به بررسی شرایط خاص هر قرارداد و هر مورد واگذار کرده است.<sup>۳</sup> شایان ذکر است که در یادداشت ذیل همین ماده در نسخه سال ۱۹۹۴ به تغییر بیش از ۵۱ درصد در افزایش هزینه‌ها یا کاهش ارزش قرارداد به عنوان شاخصی برای اساسی تلقی شدن تغییر اشاره شده است.<sup>۴</sup> ارایه شاخص عددی برای نشان دادن تغییر در تعادل اقتصادی قرارداد ابزاری متعارف و مفید تلقی می‌شود اما تعریف دامنه قابل قبولی برای این‌گونه تغییرات که در سطح بین‌المللی قابل اعمال باشد به سهولت دست یافتنی نیست. رویه بین‌المللی به ندرت و به‌طور استثنایی تغییرات کمتر از پنجاه درصدی در بهاء ارزش یا عوض قراردادی را به عنوان مصادیق دشواری در اجرا پذیرفته است، هرچند در بسیاری از موارد علی‌الاصول امکان اعمال ضابطه عددی وجود ندارد.<sup>۵</sup>

۱. ICC Award No. ۶۲۸۱ (۱۹۸۹), *Yearbook of Commercial Arbitration*, ۱۹۹۰, at pp.۹۶.

۲. Hardship

۳. Comment No. ۲ on Article ۶. ۲. ۲ of UPICC (۲۰۱۰ edition) available at <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles>

۴. Comment No. ۲ on Article ۶. ۲. ۲ of UPICC (۱۹۹۴ edition)

۵. Girsberger, D. & Zapolskis, P. *Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium Under Hardship Exemption, Jurisprudence*. ۲۰۱۲, ۱۹ (۱): ۱۲۱-۱۴۱, at p ۱۳۶.

در صورت تغییر شرایط موجود از شرایط حاکم در زمان انعقاد قرارداد که موجب دشواری‌های غیر متعارف در اجرا شود، به‌ویژه در صورت بر هم خوردن تعادل اقتصادی و بروز دشواری اقتصادی در اجرای قراردادهای دراز مدت، تعدیل به عنوان راهکاری برای حفظ حیات و استمرار قرارداد امری ضروری و بایسته است. تعدیل قرارداد می‌تواند بسیاری از اختلافات حادث در چنین مولدیی را حل و فصل کند. اعمال تعدیل توسط داوران که مرجع حل و فصل اختلاف در بسیاری از قراردادهای درازمدت هستند هرچند از جهات نظری مورد چالش‌هایی قرار گرفته، اما این شبهات قابل پاسخ‌گویی است و کارکردها و مزایای عملی، دادن اختیار تعدیل به داوران موجب پذیرش آن در بسیاری از نظام‌های حقوقی و مراجع بین‌المللی شده است. در قراردادهایی که طرفین تعدیل را پیش‌بینی کرده‌اند و به اختیار داور برای تعدیل تصریح کرده‌اند، تعدیل قرارداد توسط داور در مقام حل و فصل اختلاف امکان‌پذیر است. اما در اینکه ماهیت این امر داورى است و این فرایند تابع قواعد و ضوابط داورى است یا نه اتفاق نظر وجود ندارد. تبعیت از نظریه وحدت داورى، راه را برای تلقی تکمیل و تعدیل قرارداد به عنوان یکی از کارکردهای داورى هموار می‌کند و در نتیجه فرایند تعدیل و تکمیل را تابع قواعد مربوط به داورى قرار می‌دهد. این رویکرد از آن جهت که فرایند تعدیل را تابع اصول و ضوابط شناخته شده داورى قرار می‌دهد و در مراحل مختلف رسیدگی، صدور حکم و شناسایی و اجرای آن از قواعد شناخته شده داورى تبعیت می‌شود قابل قبول‌تر از نظریه دیگری است که تعدیل و تکمیل قرارداد توسط داور را فرایندی مستقل می‌داند و آن را داورى و تابع قواعد داورى تلقی نمی‌کند، بلکه صرفاً تابع قانون حاکم بر ماهیت قرارداد قرار می‌دهد.

در موارد سکوت قرارداد از امکان تعدیل، تعدیل‌پذیری قرارداد تابع قانون ماهوی حاکم بر قرارداد خواهد بود. البته تجویز تعدیل توسط طرفین قرارداد هم در صورت عدم مغایرت آن با قواعد آمره قانون حاکم اعتبار خواهد داشت. عدم تصریح و یا تجویز صریح قانون بر امکان تعدیل به منزله مغایرت تعدیل با قواعد آمره تلقی نمی‌شود زیرا تعدیل امری علی‌حده از تفسیر و متمایز و متفاوت از سایر مداخلاتی که قانون‌گذار در قراردادها تجویز کرده است مانند احراز تعهدات ضمنی و مبنایی و اعمال عرف‌های رایج و مقبول بر قرارداد نمی‌باشد.

در صورت پیش‌بینی شرط داورى در قرارداد و سکوت طرفین از امکان تعدیل توسط داور، اصول حقوقی متعددی از جمله قاعده تشابه و همانندی بین اختیارات داور و دادگاه، قاعده وحدت داورى و نیز قاعده

صلاحیت در صلاحیت و اختیار ذاتی داوران<sup>۱</sup> راه را برای تعدیل توسط داور هموار می‌کند. در پرتوی این ملاحظات است که تعدیل قرارداد توسط داور مطلوبیت یافته و مناسب است تا جهت‌گیری‌های قانونی و قضایی در مسیر هموار شدن این مسیر هدایت شوند. لازم به ذکر است در این رویکرد تعدیل امری همسو و هم جهت با اراده طرفین و اقدامی در مسیر بازخوانی و دریافت قصد مشترک و انتظارات مشروع قراردادی تلقی می‌شود و داوران باید با این رویکرد اختیار تعدیل را اعمال کنند. در مقام پیشنهاد، یکی از شیوه‌های ایجاد همزیستی بین اختیار داور برای تعدیل و وفاداری به توافق طرفین و کاستن ایرادات و ملاحظات احتمالی نسبت به چنین تصمیمی، صدور رأی داوری در موارد تعدیل به صورت آرای توافقی و یا سازشی<sup>۲</sup> است. در آرای توافقی یا سازشی طرفین با هدایت داوران در خصوص موضوعات مورد اختلاف مذاکره و توافق می‌کنند و نتیجه را به داوران اطلاع می‌دهند و نتیجه مذکور به صورت رأی نهایی و الزام آور<sup>۳</sup> توسط داوری صادر می‌گردد. علاوه بر آن، تصریح به اختیار داور به تعدیل در داوری نامه<sup>۴</sup> در داوری‌های موضوع داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که تنظیم داوری‌نامه ضرورت دارد و ذکر از امکان تعدیل و تعیین معیارهایی برای آن در جلسات برنامه ریزی قبل از استماع<sup>۵</sup> در داوری‌های مشمول مقررات داوری آنسیترال نیز می‌تواند از فاصله محتمل بین راهکارهای تعدیلی و اراده طرفین بکاهد و به برخی از ایرادات پیش گفته نسبت به تعدیل قرارداد توسط داور پاسخ دهد. مراجع داوری منطقیاً باید هر تغییر در شرایطی را موجبی برای تعدیل تلقی نکنند و ضابطه و معیار مناسب برای تعدیل را از قرارداد و شرایط و اوضاع و احوال خاص هر مورد به دقت احراز کنند تا راه را برای شناسایی و اجرای آرای خود هموار سازند.

۱. Inherent power or authority of arbitrators

۲. Award on agreed terms, or Consent award; See: Julian D. M. Lew Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, ۲۰۰۳, at paras ۲۴ ۲۹ - ۲۴ ۳۱

۳. Final and binding award

۴. Terms of reference

۵. Pre hearing conference; See: David D. Caron, Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford University Press, ۲۰۱۳, p. ۵۲ ۵۳

**Bibliography:**

۱. David D. Caron, Lee M. Caplan (۲۰۱۳), The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary, Oxford University Press.
۲. Julian D. (۲۰۰۳) M. Lew Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International.
۳. Girsberger, D. (۱۹۸۶) & Zapolskis, P. Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium Under Hardship Exemption, Jurisprudence
۴. Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law, ۱۹۸۶, Wien
۵. UPICC (۲۰۱۰ edition) available at <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles>.
۶. Berger, Klaus Peter, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, Arbitration International, Vol. ۱۷, No. ۱ (pp. ۱-۱۷).
۷. Pirozzi, (۲۰۱۲) Roberto, Developments In The Change Of Economic Circumstances Debate?, ۱۶ VJ ۹۵-۱۱۲.
۸. Yearbook of Commercial Arbitration, ۱۹۹۰,
۹. Schmitthoff Clive (۱۹۸۰) M. , Hardship and Intervener Clause, Journal of Business Law, (pp ۸۲-۹۱) Hardship Under French Law, University of Oxford, Faculty of Law, (law. ox. ac. Uk)
۱۰. David Rene, (۱۹۸۵) Arbitration in International Trade, ۱۹۸۵ Kluwer Law and Taxation Publishers, Unidroit Principles of International Commercial Contracts ۲۰۱۰, [www.unidroit.org/instruments](http://www.unidroit.org/instruments).
۱۱. حسین آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۶-۱۳۷۷.

## Possibility of Adaption of Contracts by Arbitrators under the Theory of Oneness Arbitration

Hamid Reza Oloumi Yazdi<sup>۱</sup>

### Abstract

Adaption of a contract when its performance leads to an excessive hardship, including an economic hardship, is widely accepted by the world's major legal systems as well as international practices; yet, the adaption of contracts by arbitrators remains a controversial issue. Arbitrators have the authority to resolve the outstanding disputes between the parties based on the terms of the contract and the rule of law. The competence of arbitrators for revision of the parties' agreement and adaption of its terms, in particular when the contract is silent regarding this scenario, could be inferred from the existing circumstances including terms of the contract and mandatory rules of the governing law. This paper claims that the adaption of a contract in a changed circumstance is nothing more than an interpretation of the parties' intent to maintain the contract's economic equilibrium. The adaption results in the restatement of the contractual term in the realm of keeping up economic balance of the contact. The theory of oneness of arbitration, as well as the principles of *pacta sant servanda*, competence in competence, and the similarity between jurisdiction of courts and arbitral tribunals have been employed to prove the legality of adaption of contracts by arbitrators, even when the contract and the governing law are silent on this issue.

**Keywords:** Adaption/revision of contract, arbitration, economic hardship, oneness of arbitration

---

۱. Associate Professor, Department of Private and Economic Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran; Email: holoumiyazdi@yahoo.com