

رویکرد فعال در مقابله با پیامدهای تحریم‌های اقتصادی در قراردادهای تجاری

وحیده غلامی،* الهام امینزاده**

تاریخ دریافت ۱۳۹۲/۲/۱۷ | تاریخ پذیرش ۱۳۹۲/۹/۱۹

اعمال تحریم‌های اقتصادی می‌تواند اجرای تعهدات قراردادی را متأثر کند؛ زیرا این تحریم‌ها معمولاً سیر کالا، خدمات و به‌طور کلی مزایای تجارت بین‌الملل را با محدودیت روبه‌رو می‌سازند. در این میان روشن است که قراردادهای بین‌المللی نیز از اعمال تحریم‌های اقتصادی متأثر خواهند شد. اگر واردکننده کالاهای تجاری از کشوری که هدف تحریم است باشد؛ ممکن است نتواند صادرکننده را که متبوع دولت واضح تحریم است مجبور به ایفای تعهد کند. این وضعیت کارایی اقتصادی را کاهش می‌دهد و هزینه بسیاری بر تجار و اقتصاد کشورها تحمیل می‌سازد؛ زیرا خریدار که هزینه بسیاری صرف انعقاد قرارداد کرده و چه‌بسا بر مبنای اعتماد به اجرای قرارداد برنامه‌ریزی‌هایی نیز داشته است تمام نقشه‌های خود را نقش بر آب می‌بیند. همین وضعیت می‌تواند برای صادرکننده نیز رخ دهد. رویکرد فعال نسبت به تحریم‌های اقتصادی، مشکل این وضعیت را به‌نحوی حل می‌کند که قرارداد اجرا شود و دو طرف آن در وضعیت بهینه قرار گیرند. تئوری بازی‌ها، طرفین را به همکاری سوق می‌دهد و تخصیص خطرپذیری، کسی را که باید خطرپذیری تحریم را تقبل کند مشخص می‌سازد. همچنین شروط قراردادی پیرامون فورس‌ماژور که به‌صراحت تحریم‌های اقتصادی را از شمول خود خارج می‌سازد یا شرط مذاکره مجدد که کمک به برگرداندن قرارداد به تعادل اولیه می‌کند از جمله این راهکارها به‌شمار می‌آیند.

کلیدواژه‌ها: تحریم‌های اقتصادی؛ تئوری بازی‌ها؛ قراردادهای همکاری‌محور؛ تخصیص ریسک قراردادی؛ فورس‌ماژور؛ تعسر اقتصادی؛ مذاکره مجدد

* دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)؛

Email: vahideh@gmail.com

** دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران؛

Email: eaminzadeh@ut.ac.ir

مقدمه

تحریم‌های اقتصادی با توجه به نوع و کارکرد خود موجب محدودیت‌هایی می‌شوند که می‌توانند اجرای تعهدات را در قراردادهای تجاری با مشکل مواجه سازند. برای مثال یک تحریم اقتصادی که واردات کالای خاص را به کشوری که هدف تحریم است ممنوع می‌سازد؛ احتمالاً اجرای تعهدات طرفی را که متعهد به واردات آن کالای خاص از کشور واضح تحریم بوده است دشوار یا غیرممکن می‌سازد. در اینجا ممکن است متعهد تصمیم بگیرد با استناد به تئوری معافیت فورس‌ماژور از اجرای تعهد خود رها شود. اما صرف‌نظر از اینکه این وضعیت بالواقع یک مصداق از فورس‌ماژور قابلیت است یا نه؛ به نظر می‌رسد لازم است در مورد راهکارهایی بیندیشیم که از پایان دادن به قرارداد به دلیل وقوع تحریم جلوگیری می‌کند. اهمیت این موضوع نه تنها از منظر کشور ما که امروز در معرض طیف متنوعی از تحریم‌هاست و بالطبع اجرای قراردادها را با مشکل مواجه می‌سازد قابل توجه است، بلکه از سوی دیگر - همان‌طور که در ادامه بیشتر توضیح داده می‌شود - مرتبط با کارایی اقتصادی است که عدم اجرای تعهدات می‌تواند این کارایی را کاهش و هزینه‌های قراردادی را افزایش دهد. لذا باید پرسید آیا روش‌هایی وجود دارند که در شرایطی همچون تحریم‌های اقتصادی که اجرای تعهدات قراردادی را متأثر کرده است؛ موجب ادامه قرارداد و مانع فسخ آن شود؟ بر فرض وجود، این روش‌ها قراردادی‌اند یا خارج از قرارداد؟

در این مقاله نشان داده شده است که می‌توان با اخذ تدابیری قبل از انعقاد قرارداد و در مرحله مذاکره، خطرپذیری وقایع پیش‌بینی نشده را به‌نحو مطلوبی تخصیص کرد که متعهد در وضعیت تحریم تا جایی که اجرای تعهد کاملاً غیرممکن نشده است؛ تعهد را انجام دهد. همچنین با اختصاص دادن شروطی در قرارداد به وضعیت تحریم و فورس‌ماژور یا در نظر گرفتن تعهد به مذاکره مجدد در چنین شرایطی می‌توان تا حد زیادی اجرای قرارداد را تضمین

کرد. لازم به ذکر است که تحلیل اقتصادی قراردادها و بهینه دوجانبه بودن^۱ قرارداد به اجرای آن بسیار کمک می‌کند. در واقع یک مفروض اساسی این مقاله در ارائه راهکار آن است که قراردادها تا جایی که هزینه آنها کمتر از سودشان باشند اجرا خواهند شد.

لذا در این مقاله به بررسی راهکارهایی می‌پردازیم که سعی دارند مانع عدم اجرای تعهدات در هنگام برخورد با تحریم‌های اقتصادی شوند. دسته‌ای از این راهکارها باید قبل از انعقاد قرارداد عمل شوند و دسته دیگر در دل قرارداد گنجانده شده‌اند. قسمت اول به روش‌هایی اختصاص دارد که در مرحله مذاکره و قبل از انعقاد قرارداد باید به کار گرفته شوند تا قرارداد را بهینه دوجانبه (از منظر اقتصادی) کند و ذیل آن از تئوری بازی‌ها به‌عنوان روشی که طرفین را به‌سوی همکاری در قرارداد و بالا بردن سود دو طرف سوق می‌دهد و مانع رفتارهای ناهمکارانه می‌شود بحث شده است. همچنین تخصیص ریسک قراردادی که در واقع خطر واقعی همچون فورس‌ماژور را بین طرفین تقسیم می‌کند و طرفی که ریسکی را پذیرفته است متعهد می‌شود تعهد مرتبط را به‌جا آورد؛ زیرا او مبلغی اضافی بابت پذیرفتن آن ریسک اخذ کرده است. در قسمت دوم به راهکارهایی پرداخته‌ایم که در خود قرارداد به‌صورت شرط گنجانده می‌شوند. دسته‌ای از این شروط مستقیماً مرتبط با فورس‌ماژور است و دسته‌ای دیگر که شرط مذاکره مجدد و تضمین اجراست به‌طور غیرمستقیم وضعیت تحریم‌های اقتصادی را در قرارداد مدیریت می‌کند و در نهایت به ارائه جمع‌بندی و نتیجه‌گیری از بحث پرداخته شده است.

۱. مقابله با پیامدهای تحریم؛ قبل از قرارداد

دسته‌ای از راهکارها مربوط به قانونگذاری می‌شود تا رفتاری را در متعهد تشویق کند که مانع ادعای فورس‌ماژور در مواردی شود که تحریم قابل پیش‌بینی است. دسته دیگر از روش‌های مقابله مربوط به شیوه لحاظ کردن ریسک قراردادی در مرحله مذاکره است تا

بتواند مانع استناد به تحریم به عنوان فورس ماژور شود.

قسمت اول به همان روش‌هایی مربوط می‌شود که در مرحله قانونگذاری لحاظ می‌شوند. تئوری بازی همان روشی است که اگر در قانونگذاری و وضع قواعد پرداخت خسارت یا پذیرش یک معافیت به کار گرفته شود، می‌تواند موجب تشویق متعهد به ادامه دادن روابط قراردادی حتی در وضعیت تحریم شود. این امر از طریق افزایش سود اجرای قرارداد در برابر سود رهایی از بار تعهد اجرا صورت می‌پذیرد.

۱-۱. تئوری بازی‌ها

تئوری بازی‌ها یک سیستم ریاضی برای بررسی و پیش‌بینی رفتار بشر در موقعیت‌های استراتژیک است (کامرر و همکاران، ۲۰۰۱: ۱). این تئوری بر سه فرض اولیه بنا شده است. اول اینکه تمام بازیکنان بر این مبنا که دیگران چگونه رفتار خواهند کرد اعتقاداتی برای خود می‌سازند (تفکر استراتژیک). دوم، بازیکنان سعی می‌کنند براساس همین اعتقادات بهترین پاسخ را بیابند (بهینه‌سازی) و در آخر بهترین پاسخ‌ها را با بهترین اعتقادات تطبیق می‌دهند تا باهم سازگار شوند (تعادل).^۲

نگاه تئوری بازی‌ها به حقوق قراردادها به نگاه نظریه رفاه‌محور به قراردادها شباهت دارد.^۳ وضعیت اجرای قراردادها نیز در تئوری بازی‌ها معمولاً با تئوری معمای زندانی شرح داده

1. Camerer and etal.

۲. البته این یک واقعیت است که تمام بازیکنان همیشه تفکر استراتژیک و منطقی ندارند و همین امر روی تصمیم‌گیری بازیکنانی که منطقی عمل می‌کنند هم تأثیر می‌گذارد بنابراین وقتی سرنوشت بازیکنان به هم گره خورده است ما تنها از فرضیه اول و سوم استفاده می‌کنیم. به قول مورای ژلمن فیزیک چه قدر دشوار می‌شد اگر ذرات می‌توانستند فکر کنند. حالا نه تنها تمام انسان‌ها فکر می‌کنند بلکه این فیزیک دشوارتر هم شده است چون ما نمی‌دانیم این ذرات وقتی باهم در ارتباط قرار می‌گیرند چگونه فکر خواهند کرد (کامرر و همکاران، ۲۰۰۱).

۳. نظریه رفاه‌محور می‌گوید قراردادها باید الزام شوند چون رفاه و کارآمدی اقتصادی را افزایش می‌دهند.

(See: Zaluski, 2011: 3; Watson, 2006: 2; Rasmusen, 2006: 2-3)

می‌شود.^۱ این تئوری برای تبیین وضعیت‌هایی به کار می‌رود که نفع هر طرف از عدم همکاری با طرف دیگر بیشتر از نفع همکاری با اوست. معمای زندانی این گونه است که دادستان دو نفر را متهم به جرمی کرده است اما شواهد کافی برای اثبات آن ندارد مگر اینکه حداقل یکی از متهمین اعتراف کند، در غیر این صورت تنها به حداقل مجازات محکوم می‌شوند. در این صورت اگر هیچ‌یک به جرمی اعتراف نکنند هر دو آزاد می‌شوند اما اگر یکی اعتراف و دیگری سکوت اختیار کند او که اعتراف کرده است به دو سال حبس (حداقل مجازات) و دیگری به ۶ سال (حداکثر) مجازات محکوم می‌شود و اگر هر دو اعتراف کنند هر یک به چهار سال مجازات محکوم می‌شوند. در این وضعیت چون هر بازیکن از اقدام طرف دیگر مطلع نیست به نفع اوست که اعتراف کند چون به هر حال اگر طرف مقابل اعتراف نکرده است، طرفی که اعتراف به جرم کرده است به دو سال حبس محکوم می‌شود و اگر طرف مقابل اعتراف کند؛ به چهار سال محکوم می‌شود. در هر صورت نتیجه برای او خیلی بهتر از زمانی است که اعتراف نکند زیرا احتمال دارد طرف مقابل ماجرا را فاش کند و او به ۶ سال مجازات محکوم شود. انتخاب بین دو و چهار سال حبس بهتر از انتخاب بین ۶ سال حبس و آزادی است.

حالا در اجرا یا عدم اجرای قرارداد هم از آنجاکه هر طرف فکر می‌کند اگر تعهدش را انجام دهد ممکن است طرف مقابل انجام ندهد و او چیزی نصیبش نشود لذا نفع خود را در عدم اجرا می‌بیند، از این رو لازم است یک الزام قانونی باشد تا طرفین را تشویق به اجرای قرارداد کند (پیکر، ۲۰۰۸: ۲۱).

چنین نتیجه‌ای ناشی از همکارانه نبودن^۳ یک وضعیت است و این برخلاف وضعیتی

۱. تئوری بازی‌ها امروزه خود را محدود به معمای زندانی نمی‌کند بلکه از بازی‌هایی بهره می‌گیرند که بتوان شاخص‌های فرهنگی تاریخی را که می‌تواند در انتخاب بازیکن‌ها مؤثر باشد نیز وارد کند. در مورد اطلاعات بیشتر درباره این تئوری و کاربرد آن:

(See: Baird and et al., 1998; Goetz, 2006; Maxwell, 2006).

2. Picker

۳. Non Cooperative اساساً قواعد حقوقی در جایی لازم است که همکاری جز با الزامی قانونی میسر نشود.

است که تئوری «کشاورز» می‌سازد و معروف به همکارانه بودن است. در مدل کشاورز هر کشاورز برای برداشت محصول خود نیاز به کمک کشاورز دیگر دارد اما کشاورز اول، امروز محصول خود را برداشت می‌کند و کشاورز دوم فردا. لذا کشاورز دوم حتماً به اولی کمک خواهد کرد تا اولی فردا به او کمک کند.^۱

اگر الزام قانونی یا شرط قراردادی بتواند وضعیت را تبدیل به همکاری کند دیگر هر دو طرف تمایل کامل به اجرای قرارداد دارند و در هنگامی که واقعه فورس‌ماژور اجرای تعهدات را ناممکن سازد باز هر دو طرف تلاش می‌کنند تا ضرر به حداقل برسد؛ زیرا همان‌طور که در اجرا هر دو نفع یکسان داشتند در عدم اجرا هم هر دو ضرر می‌کنند پس چه بهتر که این ضرر را به حداقل برسانند.

روش قانونی جلوگیری از استناد به تحریم به‌عنوان فورس‌ماژور می‌تواند مطلق شمردن شاخص غیرقابل پیش‌بینی بودن در فورس‌ماژور باشد؛ زیرا متعهد از زمان انعقاد قرارداد تمام جوانب را می‌سنجد تا اگر یک خطرپذیری قابلیت پیش‌بینی داشته باشد برای آن تدبیری بیندیشد و هنگامی هم که آن خطرپذیری واقعاً غیرقابل پیش‌بینی بوده از اجرا معاف می‌شود (زالسکی، ۲۰۰۱: ۷؛ پیکر، ۲۰۰۸: ۱۹؛ چاترجی و ساملسون، ۲۰۰۲: ۱۳۳). از آنجا که استفاده از تئوری بازی‌ها در قانون‌نویسی یا تهیه پیش‌نویس یک قرارداد منجر به افزایش رفتار اقتصادی در طرفین می‌شود، اگر در فرض تحریم‌های اقتصادی که قابلیت پیش‌بینی دارند یا هر واقعه‌ای که در عین مانع اجرای قرارداد بودن قابلیت پیش‌بینی نیز دارد اجازه دهیم که متعهد از اجرا معاف شود رفتار اقتصادی را کاهش داده‌ایم چون ناقص، هیچ هزینه‌ای نمی‌پردازد و به راحتی از قرارداد کنار می‌رود. می‌گوییم به راحتی چون به‌رحال هزینه تلاش برای اجرای قرارداد در وضعیت به وجود آمده برای او بیشتر از هزینه کنار رفتن از قرارداد است. اما استفاده از تئوری

۱. برای اطلاع از تئوری‌های همکارانه و کاربرد آنها در حقوق: (See for H. Mc Adams, 2008).

2. Zaluski

3. Chatterjee and Samuelson

بازی‌ها و تبدیل بازی به یک نوع بازی همکاری‌محور نه تنها کارایی اقتصادی را افزایش می‌دهد بلکه رفتار اقتصادی را نیز در قرارداد بالا می‌برد و این رفتار در قراردادهای همکاری‌محور مجری است چون هریک می‌دانند که طرف دیگر نیز به اجرای او نیاز دارد. وجود مشوق‌هایی که قرارداد را برای طرفین رضایت‌بخش و سودآور می‌سازد به این وضعیت کمک می‌کند که طرح آنها زیر عنوان تخصیص ریسک قراردادی مطرح شود.

۲-۱. تخصیص خطرپذیری قراردادی

از دید اقتصادی، هدف طرفین یک قرارداد به حداکثر رساندن ارزش یا کارآمدی آنهاست. برای همین آن قاعده حقوقی ارجحیت دارد که منجر به افزایش کارآمدی اقتصادی در کل شود و قواعد حقوقی نیز باید از این نتیجه حمایت کنند (پاسر و اندرو،^۱ ۱۹۷۷: ۸۹؛ هاموند،^۲ ۲۰۰۳: ۱۸۲). تخصیص ریسک قراردادی نیز به دنبال حداکثر کردن همین کارآمدی است. لذا لحاظ کردن خطرپذیری در قرارداد، یک مسئله ریاضی نیست و از مشکل‌ترین موضوعات بین طرفین قرارداد است که در آن باید به این مؤلفه‌ها توجه کرد: ۱. بدانیم اطلاعات کافی در مورد پروژه وجود دارند. ۲. ریسک‌های مرتبط با پروژه شناسایی شوند. ۳. تا جایی که امکان دارد ریسک به کسی محول شود که بهتر می‌تواند از وقوع آن جلوگیری یا آن را اداره کند. ۴. ریسکی که باید به مؤسسات بیمه واگذار شود مشخص باشد (یسکامیل،^۳ ۲۰۰۲: ۱۳۷).

ریسک وقایع فورس‌ماژور نیز معمولاً در دسته ریسک‌های نامعمول قرار می‌گیرد یعنی آنچه به‌طور فوق‌العاده ممکن است رخ دهد (وگادی،^۴ ۲۰۰۷: ۶۵). در تخصیص کارآمد ریسک از نظر اقتصادی به دنبال راه‌حلی می‌گردیم که تنها وقتی اجازه فسخ قرارداد به جهت فورس‌ماژور را بدهد که از نظر اقتصادی بهینه باشد؛ یعنی بیشترین سود در جامعه ایجاد شود. این سود ممکن است برای

1. Posner and Andrew
2. Hammond
3. Yescombe
4. Vegadia

فروشنده (کاهش هزینه‌ها با عدم اجرا به‌خاطر فورس‌ماژور) یا برای خریدار (به‌دست آوردن سود بیشتر با دریافت اجرا پس از وضعیت فورس‌ماژور) باشد.

امروزه برای منظور کردن ریسک‌های قراردادی و تهیه یک نقشه برای قراردادهای بلندمدت که وضعیت تعهدات طرفین در برابر یکدیگر را نشان دهد بررسی و تطبیق قرارداد به شکل دوره‌ای بیشتر پیشنهاد می‌شود تا اینکه در همان ابتدا تکلیف تمامی ریسک‌ها و وقایع پیش‌بینی نشده مشخص شود. انجام این کار نه تنها مشکل است و هزینه بسیار می‌طلبد، بلکه ممکن است عملاً خنثی و عبث باشد؛ زیرا وقتی در طول قرارداد اوضاع و احوال بسیار تغییر کند اجبار متعهد به اینکه به همان وضعیت اولیه پایبند بماند دشوار می‌شود.

عده‌ای معتقدند برای اینکه بینیم ریسک وقوع فورس‌ماژور برعهده کدام یک از طرفین است (یعنی یا ادعای فورس‌ماژور را بپذیریم و ریسک آن را بر ذی‌نفع اجرا بار کنیم یا ادعا را رد کنیم و ریسک واقعه را بر متعهد تحمیل سازیم) باید اول به خود قرارداد رجوع کرد و اگر قرارداد در این مورد ساکت بود، باید ریسک را بر طرفی تحمیل ساخت که برای پذیرفتن ریسک در وضعیت بهتری قرار دارد که به این شخص «بهترین پذیرنده ریسک»^۱ می‌گویند. یکی از شاخص‌هایی که برای تعیین این پذیرنده ریسک به کار می‌رود آن است که کسی ریسک را برعهده گیرد که توانایی بیمه کردن آن را با قیمت پایین‌تر دارد (پاسنر و اندرو، ۱۹۷۷: ۹۰). شاخص دیگر در این زمینه توانایی طرفین در جلوگیری از ریسک با هزینه پایین است (همان: ۹۱). حال برای تشخیص اینکه چه کسی در موقعیت بهتری برای بیمه کردن ریسک قرار داشته است به دو عامل توجه می‌شود. اول اینکه هزینه‌های تخمین ریسک برای چه کسی پایین‌تر است. برای مثال به این سؤال پاسخ دهد که ریسک با چند درصد احتمال ممکن است واقع شود و عمق خسارات آن تا چه حد است. عامل دوم توجه به هزینه تحصیل پوشش بیمه‌ای است یعنی چه کسی توانایی تحصیل

1. Superior Risk Bearer

بیمه به قیمت ارزان‌تر را داشته است (همان). البته در مورد تحصیل پوشش بیمه‌ای باید امکان «خودبیمه‌گری» را هم در نظر آورد و منظور این است که بدون استفاده از یک پوشش بیمه‌نامه‌ای یک طرف بتواند با استفاده از متنوع کردن قراردادها از تجمع ریسک در یک قرارداد جلوگیری کند.^۱

اما ایرادی که به تئوری بهترین پذیرنده ریسک وارد می‌شود این است که تعیین این شخص در قرارداد با توجه به شاخص‌های گفته شده دشوار است مخصوصاً اینکه قاضی اطلاعی از کم و کیف قضیه ندارد و حالا که قرارداد با مانع برخورد کرده است طرفین واقعیت را به گونه دیگری نشان می‌دهند (براس،^۲ ۱۹۸۲: ۲۳۱).

بنابراین برخی بر این باورند که وقتی کسی مسئولیت عدم اجرای قرارداد را برعهده نمی‌گیرد فسخ قرارداد بهترین گزینه است، چون جلو هزینه‌های طرح دعوا را می‌گیرد (همان: ۲۳۰). اما این دیدگاه به نظر صحیح نیست؛ زیرا مسئول عدم اجرا ممکن است با سوءاستفاده از ابهامات قرارداد بتواند به راحتی قرارداد را فسخ کند. در مقابل امری که حتماً باید در اعطا یا عدم اعطای معافیت دخیل شود تلاش متعهد برای کاهش خسارات و جایگزینی اجرای تعهدات دیگر است.

توضیح دیگر در مورد تخصیص قراردادی ریسک که منجر به افزایش کارآمدی اقتصادی شود این است که اگر بپذیریم در یک معامله سی هزینه‌های فروشنده برای تهیه کالای موضوع قرارداد است و پی قیمت و وی ارزش کالا یا ارزش اجرای قرارداد برای خریدار است آنگاه: سی > وی باشد و در طول اجرای قرارداد افزایش هزینه‌ها موجب

۱. برای مثال اگر به دلیل شیوع بیماری مدارس تعطیل شوند نمی‌توان قرارداد معلمان را که به دلیل بیماری نتوانسته‌اند در کلاس حاضر شوند را فسخ کرد چون آنها در موقعیت بهتری برای جلوگیری از مریض شدنشان بوده‌اند بلکه مدیر مدرسه می‌توانست با متنوع کردن قراردادهای خود با معلمان از این ریسک جلوگیری کند.

شود سی به سی* برسد اما همچنان این مقدار از ارزش اجرا برای خریدار کوچک‌تر باشد، فروشنده حتماً قرارداد را اجرا می‌کند و ریسک افزایش قیمت را می‌پذیرد. اما برعکس اگر سی* بزرگ‌تر از وی شود و برای خریدار گزینه اجبار به اجرای عین تعهد وجود نداشته باشد، فروشنده قرارداد را فسخ می‌کند و خسارات خریدار را می‌دهد که شامل وی - پی می‌شود. البته این نظر را در مورد ریسک‌هایی که کل جامعه را متأثر می‌کند مثل بحران‌های اقتصادی یا جنگ نمی‌توان به کار برد؛ زیرا این نوع از ریسک‌ها قابل بیمه نیستند.^۱

اگر فروشنده مسئول پرداخت خسارات مورد انتظار خریدار در فرض نقض قرارداد باشد یعنی با این کار خریدار در وضعیتی قرار گیرد که گویی قرارداد اجرا شده است. در این شرایط اگر «دی» خسارات مورد انتظار باشد: وی* - پی = دی باشد؛ پس فروشنده تنها در صورتی قرارداد را نقض می‌کند که خسارات اجرای قرارداد در شرایط فورس‌ماژور برای او بیشتر از ارزش خالص اجرای قرارداد برای خریدار باشد. یعنی: پی - وی* > پی - سی* چنین رابطه‌ای فروشنده را تا وقتی که هزینه‌های اجرا کمتر از سود خریدار از اجرا باشد تشویق به اجرای قرارداد می‌کند و پرداخت خسارات مورد انتظار تنها زمانی موجب تشویق به اجرای قرارداد می‌شود (یعنی مانند ضمانت اجرای ایفای تعهدات عمل می‌کند) که انجام قرارداد از نظر اقتصادی هنوز کارآمد باشد. در این وضعیت وقتی اجرای قرارداد کارآمد است که: $0 > سی* - وی$ به عبارت دیگر کارآمدی در اینجا زمانی است که با افزایش هزینه اجرا به دلیل فورس‌ماژور سود خریدار هم از اجرا افزایش یابد و تفاضل این دو هنوز از صفر بزرگ‌تر باشد. در واقع میزان افزایش سود خریدار پس از فورس‌ماژور بیش از افزایش هزینه‌ها برای فروشنده باشد (تری مارچی، ۱۹۹۱).^۲

۱. چون فلسفه بیمه این است که مجموعه‌ای از ریسک‌های متنوع را که برای آمار وقوع وقایع کافی است جمع کند، این کار ریسک به وقوع پیوستن هم زمان آنها را کاهش می‌دهد.

2. Trimarchi

ممکن است تصور کنیم که اگر افزایش هزینه‌ها خیلی بیشتر از افزایش قیمت قراردادی باشد، فروشنده ضرر جدی می‌بیند و هیچ‌وقت تن به ایفای تعهد خود نمی‌دهد، اما در عمل این افزایش قیمت با افزایش سود خریدار از اجرا خنثی می‌شود؛ زیرا تخصیص کارآمد ریسک به دنبال حداکثر کردن سود جامعه است. اما به‌نظر عده‌ای، این روش‌ها بیشتر در تئوری جواب داده تا در عمل؛ زیرا در عمل نمی‌توان ضررهای مالی که به فروشنده به‌دلیل اجرا وارد می‌شود را به‌صرف کارآمدی اقتصادی (از طریق افزایش سود خریدار) نادیده گرفت (همان). هرچند ممکن است فروضی غیرواقعی هنوز استفاده از کارآمدی اقتصادی را توجیه کند مثل اینکه بگوییم اگر وضعیت مالی فروشنده مناسب و سازمان‌دهی شده باشد او می‌تواند به‌سرعت با استفاده از تأمین مالی خسارات خود را پوشش دهد و جلو ضرر را بگیرد.

علی‌رغم تمام اینها همان‌طور که گفته شد، ابتدا باید به قرارداد و نوع تخصیص ریسکی که صریحاً یا ضمناً در آن آمده است توجه شود.^۱ همچنین این نکته را باید در نظر داشت طرفی که قیمت یا حق‌الزحمه دلخواه خود را برای خدمتی که ارائه می‌دهد دریافت می‌دارد رغبت بیشتری در پذیرش ریسک دارد و در صورت برخورد قرارداد به مانع، تلاش بیشتری برای رفع آن و ادامه قرارداد می‌کند (تراکمن‌دان،^۲ ۲۰۰۷: ۲۸). از سویی قرارداد بلندمدتی که مزیت زیاد به یک طرف بدهد آسیب‌پذیر می‌شود چون طرف مقابل که احساس می‌کند در قرارداد باخته است، سعی در اجرای قرارداد ندارد و برعکس می‌خواهد با اشکال‌تراشی مانع اجرای قرارداد شود (یسکامبل، ۲۰۰۲: ۱۴۰). پس باید در تخصیص ریسک توجه داشت که نمی‌توان تضمین‌ها یا تعهدات زیادی از متعهد یا سرمایه‌گذار

۱. می‌توان از نوع قرارداد، به یک نوع خاص از تخصیص ریسک پی برد. برای مثال در قراردادهای با قیمت ثابت ریسک نوسانات قیمت تخصیص داده شده است (Brunner, 2009: 124).

خواست مگر اینکه متقابلاً، قرارداد برای او مشوق‌هایی داشته باشد. هرچند ممکن است اجرای قرارداد برای سرمایه‌گذار در وضعیت تحریم از سوی کشور متبوع او با مانع روبه‌رو یا دشوار و پرهزینه شود اما تعهد به پرداخت مبلغی بابت خسارت همیشه می‌تواند عملی باشد. به‌علاوه این امر موجب می‌شود سرمایه‌گذار تلاش خود را برای جلوگیری از عدم اجرای قرارداد انجام دهد نه اینکه به راحتی موافق فسخ قرارداد باشد همچنین تعهد به پرداخت این مبلغ برای متعهد یک الزام روانی ایجاد می‌کند که وضعیت را به‌خوبی بررسی کند و اگر احتمال عدم اجرای قرارداد را بالا تخمین می‌زند ریسک را نپذیرد و هزینه‌های بعدی را برای طرف دیگر هم ایجاد نکند.

دسته‌ای دیگر از راهکارهای مقابله با فورس‌ماژور محسوب شدن تحریم، در خود قرارداد استفاده می‌شوند و به صورت شروط گوناگون قراردادی، وضعیت‌های ناظر به فورس‌ماژور را تدبیر می‌کند. این شروط می‌توانند مستقیماً مربوط به فورس‌ماژور باشند یا شروطی دیگر که غیرمستقیم با استناد به تحریم به‌عنوان فورس‌ماژور اثر می‌گذارند.

۲. مقابله با پیامدهای تحریم در قرارداد

برخی از روش‌های مقابله با استناد به تحریم به‌عنوان فورس‌ماژور مرتبط با خود شرط فورس‌ماژور در قراردادند که سعی می‌کند عرصه این شرط را محدود سازد. برخی دیگر، شروطی است که هرچند ارتباط مستقیم با فورس‌ماژور ندارند اما اگر در صورتی به آن استناد شد موجب کاهش خسارات طرف مقابل می‌شود. این نوع دوم شرط می‌تواند تضمین اجرای قرارداد باشد، خواه به این صورت که متعهد در صورتی که تعهد قراردادی خود را اجرا نکند مبلغی را بابت خسارت به طرف مقابل بپردازد و خواه متعهد بپذیرد هرگاه به دلیل الزامات قانونی کشور خود یا موانعی که مربوط به کشور او می‌شود نتواند تعهد خود را اجرا کند، لوازم اجرا توسط شخص دیگری را فراهم سازد.

لازم به ذکر است که کارایی و امکان استفاده از هر یک از این راهکارها بستگی به عوامل

مختلف دارد. بعضی از این عوامل نوع قرارداد و موضوع آن می‌باشد. برای مثال شرط تضمین از نوع پرداخت خسارت ممکن است مناسب قراردادهای پیچیده و بلندمدت نباشد که هدف ذی‌نفع از این قرارداد بیشتر دریافت کردن اجراست و پرداخت خسارت چندان نمی‌تواند جایگزین این نفع او شود. همچنین مناسب بودن یک راهکار بستگی به قدرت چانه‌زنی طرفین هم دارد تا مشخص شود آیا توانایی متقاعد کردن متعهد به درج شرط خاصی برای طرف دیگر وجود دارد یا خیر. اینجاست که کارایی راه‌حل‌ها قسمت اول یعنی تخصیص ریسک و تئوری بازی‌ها بیشتر می‌شود چون یک طرف می‌تواند با استفاده از این روش‌ها، قرارداد را برای طرف مقابل آن‌قدر مطلوب سازد که او هم ترغیب به پذیرش ریسک بیشتری شود.

۱-۲. شروط مرتبط با فورس‌ماژور

این روش می‌تواند خارج کردن صریح تحریم‌های اقتصادی از مصداق‌های فورس‌ماژور باشد یا با توجه به اینکه تحریم‌ها معمولاً قابل پیش‌بینی‌اند تأکید بیشتری بر شاخص غیرقابل پیش‌بینی بودن فورس‌ماژور شود. همچنین از آنجا که اعمال تحریم‌های اقتصادی می‌تواند منجر به دشوار شدن یا پرهزینه شدن اجرا شود هرچند که هنوز اجرا ناممکن نشده است، ممکن است متعهد با استناد به همین افزایش چشمگیر و خارج از کنترل هزینه‌ها که توازن قراردادی را برهم زده است تقاضای تعدیل قرارداد را داشته باشد.

۱-۱-۲. استثنا کردن صریح تحریم‌های اقتصادی

شرط فورس‌ماژور در قرارداد می‌تواند به این صورت باشد که با ذکر مثال‌هایی از وقایع معمول فورس‌ماژور شاخصی را به‌دست دهد یا تعریفی از فورس‌ماژور به‌طور کلی ارائه دهد که هر واقعه‌ای در محدوده آن قرار گرفت موجب اعمال شرط شود (دی لی، ۲۰۰۶: ۴۰۳). حالا برای کشور یا اتباع کشوری که هدف تحریم قرار گرفته‌اند و احتمال وضع

تحریم‌های جدید را هم می‌دهند شرط فورس‌ماژوری مناسب است که تحریم را در خود نگنجانند و صریحاً تحریم‌های اقتصادی را از محدوده اعمال شرط مزبور خارج کند. در این صورت تحریم‌های اعمالی حتی اگر تمام شاخص‌های فورس‌ماژور را هم داشته باشد نه تحت شرط قراردادی و نه اصل کلی حقوقی بودن فورس‌ماژور موجب اعطای معافیت نمی‌شود چون قرارداد صریحاً آن را خارج کرده است و نمی‌توان خلاف اراده صریح طرفین حکم داد. شرط ذیل می‌تواند نمونه‌ای از این نوع شروط باشد. «متعهد مسئول عدم اجرای تعهدات خود نیست اگر بتواند ثابت کند که ناممکن شدن اجرا منتسب به واقعه‌ای غیرقابل پیش‌بینی بوده که وقوع آن از کنترل او خارج بوده است و نمی‌توانسته به‌طور معقول از تبعات آن جلوگیری کند. تحریم‌های اقتصادی که انجام تعهدات طرفین را تحت تأثیر قرار دهند از شمول این شرط خارجند و نمی‌توانند به‌عنوان فورس‌ماژور یا هر عنوان دیگری موجب برای اعطای معافیت از اجرا باشند».

باید توجه داشت که قدرت چانه‌زنی طرفین در درج چنین شرطی بسیار مؤثر است تا بتواند طرف مقابل را ترغیب به قبول آن کند. همچنین اگر طرف قراردادی که کشور او تحت تحریم است احتمال دهد که انجام تعهدات خودش بیشتر تحت تأثیر قرار می‌گیرد در مورد درج چنین شرطی باید دقت بیشتری اعمال کند.

۲-۱-۲. تأکید بر مطلق بودن عدم قابلیت پیش‌بینی

به‌عنوان یک راهکار می‌توان در شرط فورس‌ماژور ذکر کرد حادثه‌ای که موجب آن می‌شود باید کاملاً غیرقابل پیش‌بینی باشد و اگر آن حادثه احتمال وقوع هم داشته باشد نمی‌توان به آن به‌عنوان فورس‌ماژور استناد کرد. ممکن است این ایراد مطرح شود که بالاخره هر امری در طول مدت یک قرارداد مخصوصاً اگر طولانی باشد احتمال وقوع دارد و نمی‌توان چنین بار سنگینی را بر متعهد تحمیل کرد که هر حادثه احتمالی را لحاظ کند و اگر چنین نکرد دیگر امکان استناد به آن واقعه را به‌عنوان فورس‌ماژور نداشته باشد. این معیار می‌تواند هزینه قرارداد را افزایش دهد و

حتی اعمال آن ناممکن باشد چون اگر قرار باشد طرفین هر حادثه احتمالی را لحاظ کند باید هزینه‌ای صرف شود، مدت مذاکره طولانی شود (که به نوبه خود هزینه‌بردار هم خواهد بود) و هماهنگی میان امتیاز و ریسک یک طرف در قرارداد رعایت شود (پاسنر و اندرو، ۱۹۷۷: ۹۶).

اما اگر مطلق بودن عدم قابلیت پیش‌بینی را این گونه تعبیر کنیم که حادثه با توجه به اوضاع و احوال زمان قرارداد، نوع قرارداد از لحاظ موضوع، مدت و روابط قرارداد قبلی طرفین با درصد معقولی قابلیت وقوع داشته باشد تا آن امر به عنوان فورس‌ماژور محسوب نشود؛ مشکلات فوق‌بروز نمی‌یابند. در این صورت از یک سو، دیگر هر حادثه‌ای قابلیت پیش‌بینی پیدا نمی‌کند و از سوی دیگر هر واقعه‌ای که با درصد معقولی احتمال وقوع داشته باشد فورس‌ماژور محسوب نشود. تأکید در اینجا روی اصطلاح احتمال است چون از نظر طرفداران فورس‌ماژور محسوب شدن تحریم، احتمال را نمی‌توان قابل پیش‌بینی شمرد بلکه حادثه باید در نزد طرفین پیش‌بینی شده باشد یعنی برای آنها در اوضاع قرارداد امری حتمی باشد.

یک نمونه از چنین شرطی می‌تواند این مدل باشد: «هرگاه عدم اجرای تعهدات یا تأخیر در اجرا به دلیل وقوع حادثه‌ای خارج از کنترل متعهد باشد که مانع انجام تعهدات شده است و نمی‌توانسته به نحو معقولی از آن حادثه یا تبعاتش جلوگیری کند و همچنین به نحو معقولی احتمال وقوع آن را با توجه به اوضاع و احوال پیرامون قرارداد پیش‌بینی کند؛ متعهد، مسئول خسارات حاصل از عدم اجرا یا تأخیر در اجرا نخواهد بود».

۳-۱-۲. خروج تعسر اقتصادی^۱

تأثیر تحریم بر قرارداد می‌تواند ناممکن ساختن اجرا را آنچنان که در فورس‌ماژور لازم است نباشد بلکه تنها هزینه اجرای قرارداد افزایش یابد و آن توازنی را که در ابتدای قرارداد موجود بوده برهم زند. برای مثال اگر تحریم‌های اقتصادی علیه دولت یکی از

1. Hardship

طرفین موجب شود که طرف مقابل نتواند مواد اولیه را از کشور خود (که اعمال کننده تحریم است) وارد کند و مجبور شود این مواد را از کشور دیگر با هزینه‌ای که به‌طور قابل توجهی بالاتر است وارد سازد، ممکن است ادعا کند که تحریم‌های اقتصادی موجب از بین رفتن تعادل ابتدایی قرارداد شده است یا اینکه بنای آنها از ابتدا این بوده که مواد اولیه از کشور متعهد وارد شود و حالا که او به دلیل تحریم‌ها نمی‌تواند این کار را انجام دهد باید با وجود سایر شرایط واقعه را فورس‌ماژور و موجب معافیت دانست (چون شرط قرارداد یا بنای ثابت شده طرفین منبع تهیه مواد لازم را محدود کرده است و متعهد به بیش از آن مسئولیتی ندارد) یا اگر تمایل به ادامه قرارداد دارد هزینه اضافی ناشی از تحریم را بپردازد. در این شرایط یک شرط قراردادی که صریحاً ذکر کند «وقایعی که صرفاً اجرای تعهدات را دشوار می‌سازد و از حیث امکان ایفای تعهدات تأثیری ندارد یا صرفاً هزینه اجرای تعهدات را افزایش می‌دهد نمی‌تواند موجبی برای معافیت یا تأخیر در اجرا باشد». هرچند با سکوت قرارداد در مورد وقایعی که اجرای قرارداد را بسیار دشوار یا پرهزینه‌تر از آنچه در ابتدا تصور می‌شد می‌کند موجب می‌شود که تئوری تعسر اقتصادی قابل اعمال نباشد.^۱ اما تصریح به این امر جای تردید باقی نمی‌گذارد چون ممکن است در نظر داور خاصی تعسر اقتصادی هم یک اصل کلی حقوقی باشد (برانر،^۲ ۲۰۰۹: ۷).

در کنار این شروط که مستقیماً ناظر به فورس‌ماژورند، شروط دیگر قرارداد هم می‌تواند بر استناد به تحریم به‌عنوان فورس‌ماژور تأثیرگذار باشد. این شروط ممکن است نتوانند مانع استناد به تحریم شوند اما خسارات حاصل از عدم اجرای قرارداد را کاهش می‌دهند.

۱. چون برخلاف فورس‌ماژور یک اصل کلی حقوقی نیست و دادگاه‌ها معمولاً نمی‌توانند بدون تصریح طرفین، قراردادها را تعدیل کنند.

2. Brunner

۲-۲. سایر شروط

آن دسته از شروط که ارتباط مستقیم با شرط فورس‌ماژور یا سایر شروط معافیت ندارند اما می‌توانند در قرارداد تدبیری کنند که جلو انحلال قرارداد یا افزایش خسارات ناشی از عدم اجرا را بگیرند. تضمین اجرای قرارداد یکی از همین شروط است که می‌تواند متعهد را ملزم به اجرای قرارداد توسط شخص دیگری سازد که با مانع تحریم روبه‌رو نیست یا بابت عدم اجرای تعهد حتی وقتی که ناشی از فورس‌ماژور بوده است، طلب خسارت کند. مذاکره مجدد نیز به طرفین این امکان را می‌دهد که به‌جای انحلال قرارداد، تلاش کنند تا به نتیجه‌ای برای ادامه قرارداد برسند.

۱-۲-۲. تضمین اجرای قرارداد

تضمین اجرای قرارداد می‌تواند به این صورت باشد که صرف‌نظر از اجرا یا عدم اجرای تعهد، متعهد باید مبلغ مشخصی را بپردازد. شرطی که تشابه با این نمونه دارد شروط موسوم به جزر و مد آب است^۱ و منظور از آن این است که صرف‌نظر از کاهش یا افزایش میزان خروجی پروژه که به هر علت ممکن است اتفاق افتاده باشد، طرف مقابل باید مبلغ ثابتی را پرداخت کند (همان: ۱۱۹).

تضمین اجرا می‌تواند برای متعهد این تعهد را ایجاد کند که اگر به‌علت ممانعت کشور متبوعش نتوانست تعهد خود را انجام دهد حتی‌الامکان باید این تعهد را در کشور دیگر که چنین محدودیتی ندارد به انجام برساند (همان: ۲۴۸) یا شخص دیگری آن را اجرا کند. برای مثال، تعهد می‌تواند توسط شرکت فرعی متعهد اجرا شود؛ زیرا معمولاً تحریم‌هایی که روابط تجاری اتباع دولت اعمال‌کننده تحریم را با دولت هدف محدود می‌کند بر روابط شرکت‌های فرعی آنها به لحاظ تبعه محسوب نشدن آنها تأثیر ندارد و به‌علاوه روابط نزدیک شرکت مادر با شرکت فرعی می‌تواند به‌راحتی ترتیب جایگزینی اجرا را بدهد.^۲

1. Hell or High Water Clause

2. Halliburton and U.S. Business Ties to Iran Hearing before the Subcommittee on Interstate, Trade and Tourism, 110 Congress, April 30, 2007, P. 31.

حتی در مواردی که امکان ادامه اجرا از سوی شرکت فرعی هم وجود ندارد متعهد می‌تواند ملزم باشد که ترتیب جایگزین شدن یک شخص دیگری را بدهد. می‌توان از ابتدای قرارداد شخص ثالثی را برای این موارد در نظر گرفت که با هزینه متعهد ملزم باشد پس از اینکه امکان ادامه تعهدات توسط متعهد اول نبود، متعهد دوم جایگزین او شود. در این صورت متعهد دوم از ابتدا می‌تواند در جریان امور قرارداد قرار گیرد تا هنگام جایگزینی مشکلی وجود نداشته باشد.

۲-۲-۲. مذاکره مجدد

مذاکره مجدد روشی است که در آن طرفین قرارداد متعهد می‌شوند هرگاه تغییرات اوضاع و احوال توازن قرارداد آنها را از بین برد، باهم مذاکره کنند تا دوباره به آن توازن اولیه بازگردند. این روش می‌تواند برای هر هدف دیگری نیز در قرارداد درج شود. مثلاً ممکن است طرفین بخواهند هرگاه تغییر قوانین یا اعمال تحریم‌های اقتصادی انجام تعهدات یک طرف را دشوار یا پرهزینه کرد باهم مذاکره کنند تا تعدیلی در تعهدات صورت دهند.

اما استفاده از این روش با محدودیتی هم روبه‌روست که منجر می‌شود طرفین، خود در قرارداد تمام جوانب آن را در نظر بگیرند در غیر این صورت نظر محاکم نسبت به اعمال این روش متفاوت است. برای مثال در ایالات متحده دادگاه‌ها معمولاً تمایل ندارند که بدون وجود شرط قراردادی الزام به مذاکره کنند. هرچند که محاکم نیز بر ناعادلانه بودن چنین نتیجه‌ای از این حیث که موجب معافیت‌های ناروا از اجرای تعهدات می‌شود واقفند (زاکاریا، ۲۰۰۵: ۱۱۴۶).

مشکل دیگر در عدم دستیابی نتیجه در مذاکره مجدد است. در این صورت ممکن است یک طرف بخواهد قرارداد را فسخ کند. هرچند در یکی از آرای دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی گفته شده است که وقتی در قراردادی شرط مذاکره مجدد وجود دارد یک طرف

نمی‌تواند به بهانه اینکه مذاکره به نتیجه نرسیده است قرارداد را فسخ کند، بلکه حق فسخ، تنها زمانی وجود دارد که طرف مقابل پیشنهاد معقول او را رد کند.^۱ ازسویی اعطای قدرت تطبیق قرارداد به یک دیوان داوری ممکن است صحیح قلمداد نشود؛ زیرا طبق بسیاری از قوانین داوری شرط اولیه ارجاع به داوری، وجود یک اختلاف است و در اینکه صرف تطبیق قرارداد یک اختلاف شمرده شود؛ تردید بسیاری وجود دارد (هورن،^۲ ۱۹۸۵: ۲۰۶؛ وولفگانگ،^۳ ۱۹۹۵: ۲۷۲). لذا بین داوری قراردادی و قضایی یک فاصله می‌افتد و این سؤال مطرح می‌شود که آیا فاصله را باید این گونه از بین برد که بگوییم وقتی طرفین خودشان چنین قدرتی به یک فرد در قراردادشان می‌دهند یعنی تصمیم او را مثل تصمیم داور پذیرفته‌اند. اما اگر صرف رضایت قراردادی کافی نباشد؛ تصمیم شخص ثالث مثل تصمیم داور نیست (هورن، ۱۹۸۵: ۲۳۷). بنابراین نمی‌توان اجرای این تصمیم را طبق کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک^۴ راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی است؛ درخواست کرد و شخصی که نسبت به تصمیم اعتراض دارد ممکن است اختلاف را به مرجع دیگری مثل داوری ارجاع دهد.^۵

برای حل این مشکل به نظر می‌رسد باید به تعریف داوری و اختلاف رجوع کرد. گفته می‌شود داوری حل اختلاف بین طرفین توسط شخص ثالثی است که قدرتش را از قرارداد طرفین اخذ می‌کند و متعاقباً تصمیم این شخص برای طرفین الزام آور شناخته شده است. لذا می‌توان این گونه فرض کرد که وقتی طرفین به عنوان یک شرط قراردادی توافق می‌کنند که به تطبیق و تعدیل قرارداد در شرایط تغییر اوضاع و احوال به دلیل وقوع فورس ماژور به یک داوری ارجاع شود؛ (پس از آنکه خود به نتیجه‌ای در مذاکره نرسیدند) یعنی چنین

1. ICC Court of Arbitration Award No. 2478, 1974.; Hans, Van Houtt (1993), Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, ICC Pub No.480.4, P. 121.

2. Horn

3. Wolfgang

4. Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958.

۵. کنوانسیون نیویورک درباره شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸ ماده (۵) بند «پ».

تصمیم گرفته‌اند که در آن مورد بین آنها اختلاف وجود دارد. در این صورت دیگر نمی‌توان رأی صادره را به این دلیل که ناشی از یک اختلاف نبوده رد کرد.

در یک نگاه وسیع‌تر، وقتی طرفین خود با مذاکره نتوانسته‌اند به نتیجه برسند یعنی بر سر نحوه تعدیل قرارداد و یافتن راه‌حل برای ادامه اجرا اختلاف دارند؛ به این اختلاف یک دیوان داوری رسیدگی می‌کند. نمی‌توان این موضوع را که تعهد به مذاکره، تعهد به اخذ نتیجه نیست را دستاویزی قرار داد تا ارجاع این امر به داوری با مشکل روبه‌رو شود؛ زیرا وقتی طرفین تعهد می‌کنند مذاکره کنند تا برای ادامه قرارداد راه‌حلی بیابند به‌طور ضمنی تعهد رسیدن به نتیجه را نیز درج کرده‌اند، به‌علاوه همین طرفین برای جلوگیری از رسیدن به بن‌بست در هنگامی که نمی‌توانند به نتیجه مشخصی برسند گفته‌اند که یک دیوان داوری به این اختلاف رسیدگی کند. پس اولاً، تردیدی نیست که با چنین تدبیری آنها خود را متعهد به رسیدن به نتیجه خواه به‌طور مستقیم (در جریان مذاکره خودشان به نتیجه برسند) و خواه غیرمستقیم (از طریق دخالت دیوان داوری) کرده‌اند و ثانیاً، برای دیوان داوری رسیدگی به این امر یک اختلاف محسوب می‌شود.

عده‌ای معایب دیگری به استفاده از روش مذاکره مجدد نسبت داده‌اند از جمله: ۱. این شرط روابط قراردادی را غیرقابل پیش‌بینی می‌کند؛ ۲. هزینه قرارداد را بالا می‌برد؛ ۳. غیرقابل الزام است؛ یعنی اگر از مذاکره نتیجه‌ای حاصل نشود یک دیوان داوری یا شخص ثالث قرارداد را تطبیق می‌دهد و این ممکن است نتیجه‌ای را به بار آورد که هیچ‌یک از طرفین نپذیرند (گوتاندا، ۲۰۰۳: ۱۴۶۴).

ادعای غیرقابل پیش‌بینی کردن قرارداد به سبب درج شرط مذاکره مجدد امری است که می‌توان آن را کنترل کرد. برای مثال مذاکره مجدد تنها در موردی صورت می‌گیرد که اجرای قرارداد به دلیل وقوع مانعی که همان شاخص‌های فورس‌ماژور یا تعسر اقتصادی را دارد دشوار یا ناممکن کرده است با این هدف که راه‌حلی برای ادامه قرارداد پیدا کنند. در غیر این موارد هیچ‌یک

از طرفین حق درخواست مذاکره مجدد و متعاقباً اجبار طرف مقابل به مذاکره را ندارند. راه‌حلی که در مذاکره ممکن است حاصل شود می‌تواند افزایش مهلت قرارداد باشد به‌نحوی که امکان اجرا فراهم شود یا در موردی که متعهد خودش به دلیل وضع تحریم نمی‌تواند قرارداد را انجام دهد اما شرکت فرعی او مشمول تحریم نمی‌شود از این شرکت برای انجام تعهدش استفاده کند.^۱

افزایش هزینه قرارداد به سبب درج شرط مذاکره مجدد در مواردی رخ می‌دهد که متعهد، وضعیت خود را با درج این شرط نامطمئن می‌بیند و احساس می‌کند که طرف دیگر قرارداد به بهانه هر تغییری در اوضاع و احوال قرارداد درخواست مذاکره مجدد می‌کند برای همین متعهد مبلغ قرارداد را بالا می‌برد تا ریسک او را در این شرایط کاهش دهد (همان: ۱۴۶۵-۱۴۶۴). در صورتی که اگر طبق آنچه در بالا آمد استفاده از مذاکره مجدد محدود به موردی خاص شود ریسک متعهد بالا نمی‌رود.

۳. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

اتخاذ رویکردی فعال در مقابله با تحریم‌های اقتصادی موجب می‌شود که نه تنها تحریم‌های اقتصادی در اکثر موارد مانعی برای اجرای قرارداد نباشند بلکه هزینه‌های طرفین قرارداد را نیز کاهش می‌دهند. در واقع برخلاف آنچه تصور می‌شود که متعهد همواره به دنبال این است که در وضعیت تحریم‌های اقتصادی از اجرای قرارداد فرار کند؛ راهکارهای ارائه شده نفع متعهد را نیز در نظر می‌گیرد و با تدابیر قبل و در حین قرارداد طرفین را به سمتی سوق می‌دهد که سودشان را در اجرای قرارداد جست‌وجو کنند. از سوی دیگر، امروزه ادعای فورس‌ماژور در روابط قراردادی صرفاً برای رهایی از بار اجرای قرارداد در وضعیت‌هایی که اجرا ناممکن یا بسیار دشوار شده است نیست، بلکه در بیشتر موارد اعلام فورس‌ماژور، یک اغراق و تظاهر است برای مقاصد دیگر تا یک واقعیت خارجی (تراکم‌دان، ۲۰۰۷: ۶) برای همین

1. Halliburton and U.S. Business Ties to Iran, above note 34, P. 31.

اختلافات درباره فورس ماژور در بیشتر موارد در دادگاه حل نمی‌شوند بلکه طرفین خودشان با بررسی وضعیت قرارداد و توانایی‌هایی که دارند به یک مصالحه می‌رسند. اینکه مشتری منبع دیگری برای تهیه کالا دارد یا نه، پیمانکار سرمایه‌گذاری‌ای مناسب‌تر می‌تواند بیابد یا نه، فسخ قرارداد جوابگوی هزینه‌های ازدست‌رفته آنها می‌شود، از سرگیری یک رابطه قراردادی با شخصی ثالث چه قدر هزینه برمی‌دارد و مسائلی از این دست مشخص می‌کند که یک طرف ادعای فورس ماژور طرف مقابل را بپذیرد یا رد کند (همان).

در این میان تحریم‌های اقتصادی نیز به دلیل محدودیت‌هایی که ایجاد می‌کنند اجرای تعهدات قراردادی را دشوار ساخته و موجب می‌شوند که متعهد با استناد به فورس ماژور ناشی از وضع تحریم بخواهد از اجرای تعهداتش سرباز زند. بدیهی است وقوع این وضعیت یک موقعیت مطلوب نیست که طرفین قرارداد خواستار آن باشند. صرف نظر از اینکه چه واقعه‌ای موجب فورس ماژور شده است؛ عدم اجرای تعهدات موجب ناکارآمدی اقتصادی و افزایش هزینه برای طرفین می‌شود. اما تحریم‌های اقتصادی از آنجا که امروزه شایع‌اند و طیف وسیعی از تعهدات را تحت تأثیر قرار می‌دهند از اهمیت بیشتری برخوردارند. توسل به راهکارهایی که مانع استناد به تحریم به‌عنوان یک فورس ماژور شود فقط به سود ذی‌نفع اجرای تعهد نیست بلکه سود متعهد نیز در اجرای قرارداد است زیرا همان‌طور که اشاره شد عدم اجرای قرارداد برای هر دو طرف هزینه‌هایی را ایجاد می‌کند که حداقل آن هزینه ایجاد دوباره یک رابطه قراردادی است. لذا در این مقاله سعی شده تا با اشاره به تئوری بازی‌ها به‌عنوان یک روش، قبل از انعقاد قرارداد طرفین را به سمت همکاری در اجرای قرارداد سوق دهد. همچنین تخصیص ریسک وقایع پیش‌بینی نشده و ارتباط آن با افزایش هزینه اجرای قرارداد در همین راستا صورت گرفت. از این رو با ارجاع به شروطی که صراحتاً به فورس ماژور می‌پردازند و تحریم‌های اقتصادی را از دایره شمول خود خارج می‌کنند یا تعسر اقتصادی را مستثنی می‌سازند و همچنین مذاکره مجدد که قرارداد را به تعادل اولیه بازمی‌گرداند و تضمین اجرای قرارداد؛ روش‌هایی بررسی شدند که در خود قرارداد وضعیت تحریم‌های اقتصادی را پوشش می‌دهند.

هرچند ممکن است به نظر درخواست اجرای قرارداد در وضعیت تحریم‌های اقتصادی موجب افزایش نا عادلانه هزینه‌های متعهد در اجرای قرارداد می‌شود، اما توزیع کارآمد ریسک و توجه به بهینه بودن قرارداد در کل برای اقتصاد موجب می‌شود که با توسل به تئوری بازی‌ها هزینه عدم اجرای قرارداد بیشتر از اجرای آن در شرایط فورس‌ماژور باشد به صورتی که نفع دو طرف در همکاری با یکدیگر برای اجراست. امروزه بلندمدت بودن روابط قراردادی و به نوعی شریک تجاری یکدیگر بودن طرفین این همکاری را ارتقا می‌دهد. همچنین توجه به عواملی همچون نحوه توزیع ریسک قراردادی در افزایش رفتار عقلانی در طرفین مؤثر است؛ به این معنا که طرفین قبل از انعقاد قرارداد شرایط را پیش‌بینی می‌کنند و بعد ریسکی را می‌پذیرند، لذا هنگام وقوع آن ریسک نمی‌تواند برخلاف آنچه پذیرفته است عمل کند. در آخر نیز در صورت بروز اختلاف، راهبرد مذاکره مجدد به آنها اجازه می‌دهد تا با در نظر گرفتن وضعیت جدید دوباره به رابطه قراردادی ادامه دهند.

لازم به ذکر است که این روش‌ها نافی و مانع یکدیگر نیستند بلکه می‌توان مجموع آنها را به کار برد و گاه این روش‌ها به یک نتیجه می‌رسند. برای مثال تئوری بازی‌ها در واقع با استفاده از ضمانت اجرای قانونی یا شروط قراردادی قرارداد را تبدیل به بهینه دوجانبه می‌کند و سود طرفین از اجرای قرارداد را بیش از فسخ آن می‌سازد. لذا در واقع شروط مرتبط با فورس‌ماژور یا تعسر اقتصادی می‌تواند زمینه تخصیص بهینه ریسک یا همکاریانه بودن قرارداد را فراهم سازد.

منابع و مآخذ

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.
2. Baird, Douglas, Robert H. Gertner and Randal C. Picker (1998). *Game Theory and The Law, Ready for Prime Time?* Harvard University Press.
3. Bruce, Christopher (1982). "An Economic Analysis of the Impossibility Doctrines", *The Journal of Legal Studies*, Vol. Xi.
4. Brunner, Christopher (2009). *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non Performance in International Arbitration*, London, Kluwer.
5. C. Picker, Randal (2008). "An Introduction to Game Theory and Law", Chicago Working Paper in Law and Economics.
6. Chatterjee, Kaylan, William F. Samuelson (2002). *Game Theory and Business Application*, Kluwer International Series.
7. Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958.
8. De Ly, Fontain (2006). *Drafting International Contract*, Publication of Martinus Nijhof.
9. E Goetz, Charles (2006). *Law and Economic Cases and Materials*, University of Virginia.
10. F.Camerer, Colin, Teck Hua Ho and Juin Kuan Chong (2001). *Behavioral Games Theory: Thinking, Learning and Teaching*, National University of Singapore.
11. Gotanda, John (2003). "Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts", Revisited, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36.
12. H. Mc Adams, Richard (2008). "Beyond the Prisoners' Dilemma: Coordination, Game Theory and the Law", the Law School University of Chicago.
13. Halliburton and U.S. Business Ties to Iran Hearing Before the Subcommittee on Interstate, Trade and Tourism, 110 Congress, April 30, 2007.
14. Hammond, Peter J. (2003). *Equal Right to Trade and Mediate, Social Choice and Welfare*, Springer-Verlag.
15. Hans, Van Houtt (1993). "Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda", ICC Pub, No. 480.4.
16. Horn, Norbern (1985). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance Law*, Kluwer.
17. ICC Court of Arbitration Award No. 2478.
18. ICSID Convention on Settlement of Investment Dispute Between States and National of Another States.
19. Posner, Richard and Andrew M. Rosenfield (1977). "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis", The University of Chicago Press, *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1.
20. Rasmusen, Eric (2006). "Law and Game Theory", Introduction and Contents List for the Forthcoming Book, Law and Game Theory, in the Series Economic Approaches to Law edited by Richard A.Posner and Francesco Parisi, Edward

- Elgar Publishing, Forthcoming.
21. Stearns, Maxwell L. (2006). "The New Commerce Clause Doctrine in Game Theoretical Perspective", *Vanderbilt Law review*, Vol. 60, No. 1.
 22. Trackman Dean, Leon E. (2007). "Declaring Force Majeure: Veracity or Sham", *Selected Works*, Bepress.
 23. Trimarchi, Pierto (1991). "Commercial Imperacticability in Contract: An Economic Analysis", *International Review of Law and Economic*, No. 11.
 24. Watson, Joel (2006). "Contract and Game Theory: Basic Concepts for Settings with Finite Horizons", Department of Economics, UCSD, UC San Diego.
 25. Wolfgang, Peter (1995). *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer law International.
 26. Yescombe, E. R. (2002). *Principles of Project Financing*, Academic Press.
 27. Zaccaria, Elena Christine (2005). "The Effect of Changed Circumstances in International Commercial Trade", *International Trade and Business Law*.
 28. Zaluski, Wojciech (2011). "On the Application of Game Theory in Contract Law", Academia.edu.

Archive of SID