

ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک

حبیب‌اله رحیمی^۱ - سعیده علیزاده^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۲۲

چکیده

نوسان‌های شدید قیمت‌ها که می‌تواند موجب مخدوش شدن تعادل عوضین قرارداد، به‌خصوص در قراردادهای با اجرای طولانی‌مدت، نظیر قراردادهای پیمانکاری شود. یکی از روش‌های به حد معقول رساندن خطر ناشی از هزینه‌های پیش‌بینی نشده نشأت گرفته از نوسان قیمت در مواد اولیه و نیروی انسانی، طراحی نظام تعدیل قیمت قرارداد است. در حقوق ایران، در پیمان‌های عمومی شرایط عمومی پیمان مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری دولتی قرار گرفته است که نمونه خارجی آن، قراردادهای نمونه صادره از فیدیک است. با توجه به این‌که در پیمان‌های عمومی در ایران، دولت به‌عنوان رکن نظارتی، دخالت مستقیمی بر روند اجرای این دسته از قراردادها دارد، تحلیل ماهیت و مبنای تعدیل در شرایط عمومی پیمان، محل اختلاف است و ما در این تحقیق بر آنیم تا ماهیت و مبنای شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان (اگر منظور از پیمان همان قرارداد است از نویسنده اجازه بگیرید که پیمان را همان قرارداد بیاوریم چون از هر دو عبارت در مقاله استفاده کرده و ظاهراً در یک معنی که در ادبیات حقوقی ایران عبارت قرارداد بیشتر مورد استفاده می‌باشد) شرایط عمومی پیمان یک جمله خاص و یک نمونه قرارداد است و نمی‌توان عنوان قرارداد را بر آن اطلاق نمود. را بررسی کرده و آن را با قراردادهای نمونه (فیدیک)، مورد مقایسه تطبیقی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: تعدیل قیمت قرارداد، پیمان‌های عمومی، شرایط عمومی پیمان، قراردادهای

rahimi@atu.ac.ir
saedealizade1368@gmail.com

۱. دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)
۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

در خصوص قراردادهای مستمر و مدت‌دار نظیر قراردادهای پیمانکاری، هرگاه شرایط و اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد قرارداد به‌طور اساسی متحول گردد و در نتیجه‌ی این تحول، ادامه‌ی اجرای تعهد برای متعهد فوق‌العاده سنگین و دشوار گردد و مستلزم صرف هزینه گزاف و نامتعارف شود و تعادل قراردادی و موازنه تعهدات دو طرف را شدیداً بر هم زند، تعدیل قرارداد به‌عنوان راهکاری برای حفظ و برقراری تعادل از دست‌رفته نخستین قرارداد پذیرفته‌شده است.

از آنجایی که توافق طرفین مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری خصوصی قرار می‌گیرد، بحثی از این دسته از قراردادها وجود ندارد و محل بحث ما پیمان‌های عمومی است که شرایط عمومی پیمان (که نمونه‌ی خارجی آن، قراردادهای نمونه منتشرشده از سوی سازمان فیدیک^۱)، به‌عنوان فرم و الگوی استاندارد و مبنای تنظیم قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی و خصوصی قرار می‌گیرد)، مبنای تنظیم این دسته از قراردادها قرار گرفته است.^۲

با توجه به این که پیش‌بینی شرط تعدیل قیمت در شرایط عمومی پیمان به شرایط اختصاصی آن و توافق و اراده‌ی مشترک طرفین واگذار شده است و از طرف دیگر، چگونگی و کم و کیف آن به این خاطر که دولت به‌عنوان کارفرما بر تمام روند اجرای قرارداد نظارت دارد و وظیفه‌ی حمایت از منافع و مصالح عمومی را بر عهده دارد، تابع بخشنامه‌های صادره از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی است، تشخیص ماهیت تعدیل و اینکه از چه نوعی است، محل بحث و بررسی در این تحقیق قرار گرفته است اما این در حالی است که شرط تعدیل قیمت در قراردادهای نمونه‌ی فیدیک کلاً تابع توافق و خواست مشترک طرفین است.

از آنچه گفته شد، اهمیت شرط تعدیل در قراردادهای پیمانکاری به‌خوبی درک می‌شود. به همین دلیل در این پژوهش بر آنیم، ماهیت و مبنای تعدیل در شرایط عمومی پیمان را با فیدیک مورد بررسی تطبیقی قرار دهیم، تا از این طریق بتوانیم به تحلیل جامع از ماهیت و مبنای

۱. Federation internationale des ingenieurs _ conseils: <http://www.fidic.org>, <http://fidic.org/bookshop/> / http://fidic.org/bookshop/about_bookshop/which_fidic_contract_should_I_use.

۲. آخرین ابلاغ این مجموعه بر اساس بخش نامه‌ی ۱۰۲/۱۰۸۸۵۴/۸۴۲ و در تاریخ ۱۳۷۸/۳/۳ به دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمانکاران ابلاغ گردید.

تعدیل قراردادی در قراردادهای پیمانکاری دست یابیم.

گفتار اول: ماهیت تعدیل در قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران و فیدیک

در این گفتار ماهیت شرط تعدیل در قراردادهای پیمانکاری در شرایط عمومی پیمان را به عنوان جزء جدایی ناپذیر قراردادهای پیمانکاری دولتی که نقش انکارناپذیری در تدوین این نوع از قراردادها دارد، مورد بررسی قرار می دهیم و آن را با قراردادهای نمونه فیدیک به عنوان نمونه و الگوی استاندارد قراردادهای بین المللی مورد مطالعه تطبیقی قرار می دهیم.

مبحث اول: ماهیت شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان

قبل از بررسی ماهیت شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان به عنوان مقدمه لازم است که ابتدا تعدیل را از حیث لغوی و اصطلاحی تعریف کنیم و در وهله ی بعد ماهیت شرط تعدیل و تمایز آن از برخی مفاهیم مشابه را مورد مطالعه قرار می دهیم.

۱-۱- تعریف لغوی و اصطلاحی تعدیل

تعدیل در لغت به معنای برابر کردن، هم وزن کردن، دو چیز را باهم مساوی کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، راستکار خواندن، پارسا داشتن^۱، اصلاح یا بهبود می باشد.^۲ از طرف دیگر تعدیل چون از ریشه ی عدل (باب تفعیل) گرفته شده، به معنای راست کردن یا اقامه کردن است.^۳ تعدیل در معنای اصطلاحی، تقریباً در همان معنی لغوی به کار رفته و از معنای لغوی اش به دور نمانده است. پس در تعریف آن می توان چنین گفت که علیرغم این که از نتایج اصل حاکمیت اراده، پایبندی و احترام به مفاد قرارداد است و نه طرفین قرارداد و نه قانون گذار و دادرس نیز، نمی توانند آنچه را که طرفین قرارداد به اشتراک گذاشته اند، تغییر دهند، اما

۱. حسن، عمید، (۱۳۶۳)، فرهنگ فارسی، چاپ اول، انتشارات امیر کبیر، تهران، ص ۴۰۳ و محمد، معین، (۱۳۶۳)، فرهنگ فارسی، جلد اول، چاپ ششم، انتشارات امیر کبیر، تهران، صص ۱۰۹۹-۱۰۹۸.

۲. آذرنوش، آیت الله زاده، عادل، آذرتاش و دیگران، (۱۳۶۳)، مجمع اللغات، چاپ اول، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، ص ۲۶۸.

۳. تعدیل به این معنا در مقابل جرح است که در ماده ۱۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعریف آن، آمده است. به موجب ماده ۱۹۱ ق. م. ا: (جرح شاهد عبارت از شهادت بر فقدان یکی از شرایطی که قانون برای شاهد شرعی مقرر کرده است و تعدیل عبارت از شهادت بر وجود شرایط مذکور برای شاهد شرعی است) یا به عبارتی شهادت بر عدالت کسی را گویند که شاهد را گاه شاهد تعدیل و شاهد تزکیه هم گویند: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۴۶)، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، تهران، ص ۱۶۳.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که تحت هیچ شرایطی مفاد عقد تغییر نمی‌کند، بلکه عوامل گوناگونی از جمله: لزوم اجرای عدالت، لزوم رعایت حسن نیت، پرهیز از فریب اعتقاد دیگران و ایجاد تعادل اقتصادی میان عوضین، ایجاب می‌کند تا مفاد عقد را متناسب با ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی و خواست مشترک طرفین تغییر یابد و در این راستا روش تعدیل قرارداد به‌عنوان ابزاری در جهت اصلاح و یا تجدیدنظر در مفاد قراردادی که توازن مالی آن برهم خورده، عمل می‌کند و از این طریق وضعیت طرفین را به شرایط قبل از وقوع حادثه برمی‌گرداند.^۱

۱-۲- ماهیت شرط تعدیل قیمت در شرایط عمومی پیمان

در این قسمت سعی ما بر آن است که ابتدا نوع شرط تعدیل قیمت در شرایط عمومی پیمان را بررسی کنیم و صحت و سقم آن را از نظر فقهی مورد مطالعه قرار دهیم و در آخر تعریف تعدیل مثبت و منفی را بیان کنیم.

۱-۲-۱ تمییز نوع تعدیل قیمت در شرایط عمومی پیمان از سایر انواع تعدیل قرارداد

از آنجایی که بنده از ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان تعدیل نرخ پیمان را به شرایط اختصاصی واگذار کرده است، این به آن معناست که پیش‌بینی این شرط به توافق و اراده طرفین قرارداد واگذار شده است و خاستگاه تعدیل در قراردادهای پیمانکاری توافق و خواست و اراده مشترک طرفین (تعدیل قراردادی) است. به عبارت دیگر، همان اراده‌هایی که می‌توانند قراردادی را منعقد کنند، می‌توانند در همان زمان انعقاد قرارداد با پیش‌بینی تغییرات احتمالی مثل نوسانات در قیمت‌ها که عمدتاً به صورت کاهش ارزش پول یا تورم خود را نشان می‌دهد، شروط موردنظر خود از جمله شرط تعدیل را ضمن قرارداد تنظیم می‌کنند تا در صورت چنین مشکلاتی هم تعادل اقتصادی در قرارداد و هم وضعیت زیان‌دیده تأمین گردد.^۲

هرچند رعایت ضوابط و شرایط عمومی پیمان به موجب ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه برای گروه اول (لازم‌الاجرا) از قراردادهای پیمانکاری نظیر پیمانهای سرجمع^۳، الزامی است و شرایط

۱. ناصر، کاتوزیان، (۱۳۶۸)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، جلد سوم، انتشارات بهنشر، تهران، صص ۷۳-۷۲-۷۱.

۲. سعید، بیگدلی، (۱۳۸۶)، تعدیل قرارداد، چاپ اول، نشر میزان، تهران، صص ۲۶۰-۲۵۹.

۳. از این روش که مندرج در بخشنامه پیمان اجرای کارهای ساختمانی به صورت سرجمع، ش ۱۰۰/۶۴۰۵، تاریخ: ۱۳۸۹/۲/۴ است و از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی اعلام شده، مربوط به آن دسته از کارهای ساختمانی است که سطح زیربنای آنها، تا ده هزار متر مربع است و حتی ساختمان‌های با سطح زیر بنای بیش تر از ده هزار متر مربع نیز، می‌توانند از این روش، استفاده کنند.

اختصاصی نمی تواند ناقض شرایط عمومی پیمان باشد، با وجود این امر، این الزام نمی تواند شرایط عمومی پیمان را به قانون موضوعه تبدیل کند، چراکه قانون گذاری در ایران تنها در صلاحیت قوهی مقننه است و دستگاه های دولتی به تنهایی فاقد چنین شرطی هستند. مضافاً به این که حتی اگر شرایط عمومی پیمان را همانند سایر بخشنامه های دولتی که در حکم قانون لازم الاجرا هستند، قانون موضوعه تلقی نماییم، این شرایط می بایست فی نفسه و بدون هیچ پشتوانه دیگری الزام آور باشند، در حالی که مبنای الزام آور بودن شرایط عمومی پیمان از جمله ماده ۲۹، قانون برنامه و بودجه و ماده ۲۳ این قانون است. حتی اگر شرایط عمومی پیمان را قانون موضوعه تلقی کنیم، باز هم خدشه ای به قراردادی بودن تعدیل وارد نمی شود، زیرا بنده ماده ۲۹ از شرایط عمومی پیمان که در سال ۱۳۷۸ به دستگاه های اجرایی ابلاغ شد و از آن سال تاکنون هیچ تغییری نکرده است، پیش بینی اصل تعدیل را تابع شرایط خصوصی مقرر بین طرفین قرار داده است و این امر نظریه ای قراردادی بودن تعدیل در شرایط عمومی پیمان را تقویت می نماید^۱، اگرچه در پیمان های عمومی چگونگی و نحوه محاسبه تعدیل تابع بخشنامه های صادره از سوی دولت است و این امر موجب محدود شدن قلمرو اراده های طرفین قرارداد می گردد، اما این به معنای مخدوش شدن چهره انشایی اراده ی طرفین و قانونی تلقی کردن تعدیل قیمت قراردادهای پیمانکاری که مبنای تنظیم آنها شرایط عمومی پیمان است، نمی باشد.

۲-۲-۱ - بررسی فقهی شرط تعدیل قیمت در شرایط عمومی پیمان

در فقه امامیه اگرچه مسئله نوسان شدید قیمت ها در هیچ زمانی این چنین مطرح نبوده است و عملکرد اقتصادی کشورهای جهان بر مسائل داخلی دیگر کشورها تأثیر نمی گذاشته و به این دلیل فقها کمتر به این موضوع پرداخته اند، اما با این وجود با توجه به احکام و قواعد فقه امامیه، به نظر می رسد که مشکلی در پذیرش این شرط وجود نداشته باشد.

فقها شروط را مشخصاً ناظر به تعهداتی می دانند که ضمن عقد می باشد، همان تعریفی که صاحب قاموس از شرط ارائه کردند: «الزام الشی و التزامه فی البیع و غیره»، و منصرف از آنچه در قالب الزامات ابتدایی قرار می گیرد و نیز تعریفی که اصولیین از شرط دارند: «ما یلزم من عدمه».

۱. محمد، ایزانلو، ماهیت و مسوولیت پیمانکار در قراردادهای پیمانکاری. پایان نامه برای دریافت کارشناسی ارشد. دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، صص ۱۲۱-۱۲۰.

العدم و لا یلزم من وجوده الوجود» که شرط در این عبارت، در معنای اسم جامد است و نه مصدر، که ایجاد التزام نمی‌کند^۱ بلکه شروط ضمن عقد در معنای مصدری و حدیثیاند و این مصدر در معنای خویش به کاررفته است و شرط ضمن عقد در معنای مصدری است که به معنی التزام و یا سپردن تعهد می‌باشد و مراد از شرط در عبارت: المومنون عند شروطهم نیز، همان معنای مصدری است تا تعلق و جوب به آن صحیح گردد و از طرف دیگر چون این عبارت، در حقیقت انشاء بوده و در مقام بیان جمله خبری نیست، ظهور در جوب تکلیفی دارد.

پس در نتیجه با استناد به کبرای مسلم کلی «المومنون عند شروطهم» که ظهور در جوب تکلیفی دارد و عموم آیه «اوفوا بالعقود» که دلالت بر لازم الوفا بودن عقود دارد^۲ و شرط تعدیل قیمت نیز که خود قرارداد و عقد تلقی می‌شود و همچنین فحوای ماده ۱۰ قانون مدنی که حاوی اصل آزادی قراردادهاست که بیان‌کننده این نکته است که شرط، فارغ از اینکه در ضمن عقد واقع شده باشد، الزام‌آور است، شروط ضمن عقد لازم‌الاجرا و لازمالاتباع هستند^۳

به عبارت دیگر مبنای فقهی الزام‌آور بودن و صحت این شروط، روایت المومنون عند شروطهم و آیه‌ی اوفوا بالعقود و اخبار و روایات موجود در تأیید صحت این شروط^۴ و ماده ۱۰ قانون مدنی که متضمن این اصل است که تمام قراردادهای خصوصی فی مابین اشخاص در صورتی که خلاف قواعد آمره و اخلاق حسنه نباشند، صحیح و نافذ است را می‌توان نام برد، در نتیجه به نظر می‌رسد که شرط تعدیل قیمت مستثنی از سایر شروط ضمن عقد نباشد و مانند همه شروط و تعهداتی که ضمن قرارداد منعقد می‌شوند، در صورتی که خلاف قواعد آمره و اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد، صحیح و لازم‌الاجراست.

شروط، اگرچه ماهیت اعتباری مستقلی ندارند و از لحاظ حقوقی اساساً وابسته به عقد مشروط‌اند ولی بایستی شرایط لازم برای صحت و اعتبار حقوقی را افزون بر عقد مشروط داشته باشند،

۱. مایلزم من عدمه العدم، من دون ملاحظه انه یلزم من وجوده الوجود، اولاً، و هو بهذالمعنی اسم جامد لا مصدر فلیس فعلاً... انصاری، مرتضی، (۱۳۷۵)، کتاب المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، تبریز، ص ۲۷۵.

۲. سید محمد کاظم، طباطبایی یزدی، (۱۴۲۳ ه. ق)، حاشیه کتاب المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات دارالمصطفی للاحیاء التراث، دمشق، ص ۳۷۸.

۳. محمد ابن مهدی، حسینی شیرازی، (۱۳۶۵)، ایصال الطالب الی المکاسب: (قسمت چهارم از کتاب خیرات)، جلد چهاردهم، چاپ اول، انتشارات علمی، تهران، ص ۱۳۶

۴. احمد ابن، قدامه، (۱۴۰۵ ه. ق)، المغنی، جلد چهارم، چاپ اول، انتشارات دارالفکر، بیروت، ص ۱۵۶.

به عبارت دیگر وجود و یا عدم شرایط صحت و اعتبار عقد مشروط تأثیری در خود شرط ندارد^۱. همچنین لازمه صحیح بودن این دسته از شروط این است که، میزان تعدیل و کیفیت آن در عقد حاصله معلوم باشد تا باعث مجهول شدن عوضین نگردد^۲. بنابراین متعاقدین، با پیش‌بینی شرایط و اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی در آینده، مبادرت به درج شرط تعدیل می‌کنند که این شروط به شروط تعدیل‌کننده^۳ یا شروط پولی^۴ در حقوق فرانسه شهرت دارند.

۳-۲-۱ - تعریف تعدیل مثبت و منفی

طبق تعریفی که پیش‌نویس شرایط عمومی پیمان از تعدیل نرخ پیمان ارائه داده است - که به دلیل نواقصی که دارد، به تصویب سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی نرسیده است - تعدیل عبارت است از: «به‌روزرسانی قیمت‌های اولیه‌ی پیمان برای انجام کار از طریق شاخص‌های تورم منتشرشده از سوی بانک مرکزی یا شاخص‌های تعدیل منتشره از سوی معاونت». به عبارت دیگر، تعدیل به معنای به‌روزرسانی قیمت اولیه پیمان به علت افزایش یا کاهش هزینه‌های نیروی انسانی و یا کالا و خدمات است. در نتیجه، تعدیل طبق این تعریف، تغییر در کمیت نیست، بلکه تغییر در قیمت اقلام و اجناس و نیروی انسانی مورد استفاده جهت اجرای موضوع قرارداد است. به عبارت دیگر، هرگاه در پیمان، نرخ تعدیل آحاد بها پیش‌بینی شده باشد یا پیمان مشمول تعدیل آحاد بها باشد، ناگزیر پس از سپری شدن مدت مقرر، به دلیل افزایش یا کاهش قیمت مواد اولیه و نیروی انسانی، نرخ پیمان نیز دست‌خوش تغییر می‌شود و قیمت پیش‌بینی شده در قرارداد، به‌روزرسانی می‌شود و این امر باعث می‌شود که پیمانکار در اثر تورم قیمت‌ها از مقدار اجرت خود متضرر نشود^۵ و ریسک ناشی از انعقاد قرارداد با اجرای طولانی مدت، بین پیمانکار و کارفرما به اشتراک گذاشته شود.

شایان ذکر است که معمولاً نوسانات قیمت‌ها، آهنگ مثبت دارد و افزایش قیمت مواد اولیه

۱. مهدی، شهیدی، (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد، چاپ اول، جلد چهارم، انتشارات مجد، تهران، ص ۲۳.

۲. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص ۷۴.

۳. غفور، خوئینی و دیگران، "تعدیل قضایی در اثر کاهش ارزش پول"، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم، پاییز، ۱۳۸۸، ص ۳۹۲.

۴. Clause monétaire

۵. ابراهیم، اسماعیلی هریسی، حقوق مهندسی، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران، صص ۲۱۷-۲۱۶.

در طول جریان اجرای قرارداد، روند صعودی به خود می‌گیرد که در این مورد به شاخص‌های اعلام شده از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، اصطلاحاً ضریب تعدیل مثبت می‌گویند. اما به طور مثال در خصوص مصالحی نظیر آهن آلات، در سه ماهه‌ی سوم و چهارم سال چون شاهد ساخت و ساز کمتری هستیم، احتمالاً خرید و فروش آهن کمتر می‌شود و ما شاهد کاهش قیمت این اقلام در طول اجرای روند پروژه باشیم که در مواجهه با این حالت، قیمتی را که معاونت برنامه‌ریزی در یک سه ماهه یا در یک نیمه از سال به نسبت سه ماهه‌ی قبل، اعلام می‌کند، دارای ضریب پایین‌تری است که اصطلاحاً به آن ضریب تعدیل منفی می‌گویند. به عنوان مثال، نسبت تعدیل سه ماهه چهارم سال ۹۲ به سه ماهه چهارم سال ۹۱ مربوط به تهیه و بریدن و خم کردن و کارگذاری آرماتور به قطر ۱۲ تا ۱۸ میلیمتر، عدد ۰/۹۳ را نشان می‌دهد که این امر نشانگر پایین آمدن سطح تورم و به همین نسبت، پایین آمدن یا منفی شدن ضرایب اعلام شده از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی است!

۴-۲-۱ - تمییز شرط تعدیل/ از تغییر مقادیر کار

«مقادیر» جمع مقدار است. مقدار در لغت به معنای: ۱- اندازه ۲- آنچه به وسیله آن اندازه چیزی به دست آید. مانند شماره، پیمانانه (ذراع، کیل)، وزن ۳- کمیت^۱. تغییر مقادیر کار در شرایط عمومی پیمان، ناظر به افزایش یا کاهش مقادیر کاری است که در فهرست بها و یا در شرایط اختصاصی پیمان درج شده است و پیمانکار بر اساس آن، اجرت یا مبلغ پیمان را دریافت می‌کند. لذا هرگونه تغییر در مقادیر کار قطعاً در مبلغ پیمان نیز مؤثر است و سبب تغییر قیمت مقطوع در قرارداد می‌شود. با استناد به بند الف ماده ۲۹ از شرایط عمومی پیمان، پس از محاسبه‌ی تغییر مقادیر به وسیله مهندس مشاور و تصویب کارفرما، پیمانکار موظف است که با دریافت ابلاغ تغییر مقادیر کار، عملیات مربوط به پروژه را انجام دهد و نمی‌تواند با این استدلال که قبلاً مقدار کارها مشخص شده و بر اساس آن مبلغ پیمان، محاسبه شده است از انجام کار اضافی خودداری نموده یا از کاهش مقدار کار امتناع ورزد و این درحالی که است که اگرچه شرط تعدیل قیمت نیز موجب تغییر در قیمت مقطوع قرارداد می‌شود، اما روش هریک در ایجاد تغییر

۱. ایرج، گلابتون چی، عضو هیئت مدیره و رئیس کمیسیون فنی سندیکای شرکت‌های ساختمانی ایران، ۱/۲۴/۱۳۹۴.

۲. محمد، معین، پیشین، ص ۴۲۹۰.

در مبلغ اولیه پیمان متفاوت است. چراکه تعدیل قیمت فقط منصرف می‌شود به، به‌روزرسانی قیمت اولیه پیمان، با این دلیل و مبنا که حفظ تعادل اولیه عوضین قرارداد، خواست و اراده مشترک طرفین و به‌نوعی شرط تبانی و بنایی آنان ضمن قرارداد بوده است و با روش تعدیل بر این خواسته مشترک جامه عمل می‌پوشانیم، در صورتی که این امکان برای هر قراردادی وجود دارد که آن مقادیر پیش‌بینی شده در فهرست بها و مقادیر منضم به پیمان، در طول اجرای عملیات مربوط به پیمان، تغییر کند و پیمانکار تحت هیچ شرایطی (به‌جز افزایش یا کاهش بیش از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان) امکان امتناع از دریافت ابلاغیه‌ی مربوط به تغییر مقادیر کار را ندارد.

همان‌طور که می‌دانیم یکی از شرایط اساسی صحت هر قرارداد، معلوم و معین بودن مورد معامله است و کار یا مدت موضوع قرارداد باید معین و معلوم باشد و ملاک در علم به کار یا مدت قرارداد، عرف است^۱، بنابراین این شرط نیز باید در خصوص قراردادهای پیمانکاری رعایت شود تا قرارداد صحیح تلقی گردد.

با این وجود در برخورد با یکی از مفاد شرایط عمومی پیمان (ماده ۲۹) امکان تغییر مقدار کاری که در زمان انعقاد قرارداد برای پیمانکار معین شده، پیش‌بینی شده است و ما را با این سؤال مواجه می‌کند که آیا این به معنای نادیده گرفتن شرط اساسی مربوط به معین و معلوم بودن موضوع هر قرارداد و منجر به جهل پیمانکار به میزان و مقدار کاری (تعهد) که باید انجام دهد و در نهایت غرری شدن قرارداد نیست؟

در پاسخ به این سؤال و برای حل این مشکل می‌توان گفت که اگر چنانچه این تغییرات بدون هیچ قید و شرط و مطلق باشد، یکی از موارد بطلان پیمان است پیمان را غرری می‌کند، اما این در حالی است که در شرایط عمومی پیمان تغییر مقادیر کار، مشروط به شرایطی است و این امر موجب روشن و معین کردن موضوع قرارداد و رفع ابهام و جهل از آن تعهدی می‌شود که متعهد باید انجام دهد.

ماده ۲۹ با تعیین اوصاف و کیفیت مقدار کاری که باید تغییر کند موجب رفع غرر و جهالت از تعهد می‌شود که این شرایط و اوصاف از قرار ذیل است:

۱- با استناد به شماره ۱ از بند الف ماده ۲۹، افزایش مقادیر باید در چارچوب موضوع پیمان

۱. شیخ محمدحسن، نجفی (صاحب جواهر)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، چاپ هفتم، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، صص ۴۱۳-۴۰۷.

باشد.

۲- جمع مبلغ مربوط به افزایش مقادیر و مبلغ کارهای باقیمت جدید و کاهش مقادیر کار نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان تجاوز کند (شماره ۱ و ۲ از بند الف ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان) که اگر کارفرما مقدار کار را از این مقدار بیشتر و کمتر کند، به دلیل تحقق خیار تخلف از شرط وصف، پیمانکار حق فسخ قرارداد را دارد (مستفاد از ماده ۲۳۵ قانون مدنی)^۱، در حالی که این ضمانت اجرا در ماده ۲۹ پیش‌بینی نشده (البته در شرایط عمومی پیمان جدید که هنوز به تصویب نرسیده است، در بند ۲ ماده ۴۶ امکان خاتمه پیمان از سوی پیمانکار در صورت افزایش یا کاهش مبلغ پیمان از حد مجاز ۲۵٪، پیش‌بینی شده است) و فقط زمانی که کاهش مقادیر کار و یا حذف آن‌ها صورت بگیرد و پیمانکار با اتمام کار با این نرخ موافق نباشد، پیمان طبق ماده ۴۸ خاتمه پیدا می‌کند و اگر با اتمام کار با این نرخ موافق باشد، عملیات موضوع پیمان در چارچوب پیمان انجام می‌شود که به نظر می‌رسد این شرط چون خلاف قواعد آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه و عرف قراردادهای پیمانکاری نیست و به دلیل این که هیچ بار مالی در شرایط کاهش مقادیر کار بر کارفرما (دولت) ایجاد نمی‌شود، در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قابل توجیه است، در حالی که در شرایطی که مقادیر کار از حد ۲۵ درصد، تجاوز می‌کند، بار مالی بیشتری را بر دوش دستگاه اجرایی قرار می‌دهد و فراتر از اعتباری است که برای آن طرح عمرانی در بودجه پیش‌بینی شده است، غیر قانونی است و این شرط باطل است و از درجه اعتبار ساقط می‌باشد (مستفاد از بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی)^۲.

در نتیجه اگر در شرایط خصوصی طرفین مقرر کنند که جمع مبلغ مربوط به افزایش مقادیر کار از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود، اولاً به دلیل این که در طرح‌های عمرانی که کارفرمای ما دولت (پیمان‌های عمومی) است، شرایط خصوصی نمی‌تواند ناقض شرایط عمومی پیمان باشد این شرط فاقد وجاهت قانونی است^۳، ثانیاً به دلیل این که فراتر از آن اعتباری است

۱. هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.

۲. شرطی که نامشروع باشد، باطل است، اما مبطل عقد نیست: نامشروع بودن اعم از این است که خلاف قانون باشد یا اخلاق یا نظم عمومی: کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، پیشین، ص ۲۲۶.

۳. ماده ۴ از شرایط عمومی پیمان مقرر می‌دارد: «شرایط خصوصی شرایط خاصی است که به منظور تکمیل شرایط عمومی، برای این پیمان، با توجه به وضعیت و ماهیت آن، تنظیم شده است، موارد درج شده در شرایط خصوصی، هیچگاه نمی‌تواند مواد شرایط عمومی را نقض کند».

که به طرح‌های عمرانی در بودجه پیش‌بینی شده است، غیرقانونی می‌باشد و خلاف قانون و نامشروع، پس باطل و از درجه اعتبار ساقط می‌باشد.

مبحث دوم - ماهیت شرط تعدیل قیمت در قراردادهای نمونه فیدیک

در این قسمت ابتدا شرط تعدیل قیمت در فیدیک را تعریف کرده، سپس تمایز مفهوم تعدیل از تغییرات (variation) را بیان می‌کنیم.

۱-۲- تعریف تعدیل در فیدیک

با استناد به نمونه قراردادهای فیدیک، قیمت قراردادی که توسط کارفرما به پیمانکار پرداخت می‌شود، در زمان اجرای قرارداد ثابت نیست و هر مبلغی که با استناد به بند ۱ از ماده ۱۴ به عنوان مبلغ قرارداد تعیین می‌شود و مورد توافق قرار می‌گیرد، قابل تعدیل است^۱ به موجب کتاب نقره‌ای^۲ طرفین می‌توانند بر قیمت ثابت و مقطوع توافق کنند، اما بازهم این امر موجب نمی‌شود که تعدیل قیمت^۳ در این نوع از قراردادها استثناء شود. در نتیجه همه‌ی کتاب‌های فیدیک تأمین‌کننده‌ی قیمت ثابت نیستند که مقصود این باشد که قرارداد تعدیل نشود و به هر طریقی یا تغییرات و یا ارزیابی دوباره قیمت قرارداد، قیمت قابل تعدیل است. به موجب کتاب قرمز^۴ قیمت قرارداد همان قیمت برآورد شده است که وجود بند ۵ از ماده ۱۳ آن که بیان‌کننده مبالغ مشروط است، (یعنی آن بخش از خدمات یا کارهای اضافی که بخشی از مبلغ قرارداد را به خود اختصاص می‌دهد ولی در قرارداد به آن تصریح نشده است) و نشان‌دهنده‌ی این است که مبلغ پیمان متعاقباً تعدیل خواهد شد^۵.

در بیان مفهوم اصطلاحی تعدیل از منظر فیدیک می‌توان به ماده ۷۰ شرایط عمومی فیدیک اشاره کرد که بیان می‌دارد: «قیمت قرارداد، متناسب با افزایش یا کاهش هزینه‌های نیروی کار، مواد و سایر مواردی که بر هزینه‌های اجرای کار مؤثر است تعدیل پیدا می‌کند»^۶

۱. Axel_ Volkmar, Jaeger, Gotz_ Sebastian, Hok, (2010), Fidic _ a Guide for Practitioners, First Edition. Spring_Verlag Berlin, Heidelberg, p.179.

۲. Condition of Contract for EPC/Turnkey projects (silver book)

۳. Price Adjustment

۴. Geneva, Switzerland, Condition of Contract for Construction (red book), (2006), FIDIC, Multilateral development bank harmonized.

۵. Ibid, p.179_180.

۶. عبدالحسین، شیروی، (۱۳۹۰)، حقوق تجارت بین الملل، چاپ دوم، انتشارات سمت، تهران، ص ۴۷۷.

نوعاً شرط تعدیل قیمت در قراردادهایی به کار می‌رود که مدت آنها بیش از یکسال است و آن هم به خاطر تغییرات عمده‌های که در هزینه‌های مربوط به عرضه مواد و مصالح ایجاد می‌شود قیمت قرارداد نیز تعدیل می‌گردد (Joskow, Paul, 1987, p.9) و در قراردادهای کوتاه‌مدت نظیر قراردادهای خرید کالا و خدمات، شرط تعدیل وجود ندارد و قیمت در آنها ثابت است و نیز برای آن دسته از قراردادهای مالی است که محدوده مالی قیمت قرارداد در آن، از یک‌زمان به زمان دیگر رو به فزونی است پس اگر ارزش اموال در آن قرارداد کم باشد، شرط ثبات قیمت پیش‌بینی می‌شود^۱.

از آنجایی که سازمان فیدیک یک سازمان خصوصی است و مصوبات آن در حکم معاهده نیست و جنبه الزام‌آور ندارد و از طرف دیگر، اصولاً مواد شرایط عمومی فیدیک را می‌توان در شرایط خصوصی بدون هیچ محدودیتی حذف و یا اصلاح کرد، بدون تردید تعدیل قیمت در این نوع از قراردادها چه از نظر پیش‌بینی خود شرط و چه از لحاظ تعیین قلمرو و کیفیت و چگونگی آن، به‌طور کلی تابع توافق و اراده طرفین است و با تعدیل قانونی و قضایی نباید خلط کرد. با استناد به بند ۸ ماده ۱۳ از کتاب قرمز^۲.

همان‌طور که در ابتدای بحث متذکر شدیم، تعدیل موردنظر فیدیک، افزایش یا کاهش در دستمزد نیروی انسانی و قیمت مواد اولیه است و تعدیل به تغییرات^۳ در مقدار کاری که توسط پیمانکار در زمان اجرای قرارداد انجام می‌گیرد و از طرف کارفرما درخواست می‌شود - که در قسمت بعد به توضیح آن می‌پردازیم -، تعلق نمی‌گیرد و این درحالی که است که در سایر نظام‌های حقوقی دنیا و نیز در معنای عام کلمه، تعدیل هم شامل نوسانات در قیمت مواد اولیه و دستمزد نیروی انسانی است و هم شامل تغییراتی که در پروژه اصلی توسط کارفرما ایجاد می‌شود. یعنی آن پرداخت اضافی از مبلغ پایه قرارداد که بابت افزایش در مقادیر کار به پیمانکار تعلق

۱. PEC (Pakistan Engineering Council Islamabad),(2009), Standard Procedure and Formula for Price, First Edition. Pakistan Engineering Council, p.1.

۲. Switzerland, Geneva, Condition of Contract for Construction (Red Book), (2006), FIDIC, Multilateral Development Bank Harmonized, P.43./ Axel_ Volkmar, Jaeger, Gotz_ Sebastian, Hok, Ibid, p.261.

۳. Change order

می‌گیرد را نیز تعدیل قرارداد می‌گویند.^۱

۲-۲- تمییز تعدیل از تغییرات (variation)

در قسمت قبل ذکر کردیم که مفهوم تغییر در فیدیک با تعدیل قیمت در قراردادهای ساخت متفاوت است، بدین صورت که ضمن غالب قراردادهای ساخت و ساز شرط تغییر درج شده است، به طوری که مهندس مشاور می‌تواند قلمرو، محدوده و روش یا طراحی کار را تغییر می‌دهد. به موجب بند ۱ از ماده ۱۳ نمونه قرارداد مربوط به ساخت و ساز (کتاب قرمز): مهندس مشاور می‌تواند در هر زمان قبل از صدور گواهی تحویل کارها، دستور یا تأییدیه تغییر را صادر کند، بدین صورت که تا زمانی که گواهی پایان کار صادر نشده، مهندس مشاور می‌تواند دستور تغییر کارها را صادر کند و یا پیمانکار می‌تواند درخواست تغییر کارها را بنماید و انجام هر گونه کار اضافی منوط به تأیید مهندس مشاور است (برخلاف قراردادهای نمونه فیدیک که دستور تغییر مقادیر یا تأیید نهایی درخواست تغییرات با مهندس مشاور است، در شرایط عمومی پیمان تأیید و تصویب نهایی این تغییرات با کارفرماست و تنها مهندس مشاور وظیفه‌ی محاسبه‌ی این تغییرات را بر عهده دارد).

پیمانکار در قبال هر یک از تغییرها مسئول بوده و باید آن را به مورد اجرا گذارد، مگر این که پیمانکار بلافاصله طی اطلاعیه‌ای (همراه با جزییات توجیهی) به مهندس مشاور اعلام نماید که (۱) پیمانکار به سهولت قادر به تأمین کالا یا اجناس مورد نیاز برای این تغییر نمی‌باشد، یا (۲) چنین تغییری منجر به تغییر اساسی در توالی یا پیشرفت کار گردد. به محض دریافت اطلاعیه مذکور، مهندس مشاور باید اقدام به لغو، تأیید یا تغییر دستور نماید. طبق ماده ۱۳ بند ۱، تغییرات بر هر نوع کار، خدمات و مصالح اضافی اطلاق می‌شود که در روند اجرای پروژه ضروری است. یک نظر بیانگر این نکته است که این بند (تغییرات) به معنی هر نوع دستور العمل مربوط به کار است که به طور مفصل در کیفیت و مشخصات هر یک از اقلام کار نیامده است، در حالی که این نظریه با این دلیل رد می‌شود که تغییرات فقط می‌تواند در قرارداد و آن هم در محدودهای که طرفین خودشان توافق

^۱Robert, Knuston, Wilfred, Abraham,(2005), Fidic_ An Analysis of International Construction Contract. International Bar Association Series, Kluwer law, Netherlands, P.5_6.

کرده‌اند، هم‌چنین تغییر منجر به ادعای پرداخت اضافی و تعدیل قیمت قرارداد به خاطر نوسانات در هزینه‌ها و منافع مورد انتظار نمی‌شود.

در قراردادهای نمونه فیدیک برخلاف شرایط عمومی پیمان که پیمانکار موظف به اجرای دستورات کارفرما مبنی بر تغییرات البته تا سقف ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان است، این مهندس مشاور است که درخواست تغییرات را در هر زمان و البته قبل از صدور گواهی پایان کار می‌دهد و پیمانکار می‌تواند طی اطلاعیه‌ای و با دلایل موجه از انجام این دستورات امتناع کند، هم‌چنین، در قراردادهای نمونه فیدیک یک راهنمایی مؤثر برای این که چگونه باید این کاره‌ای تغییر یافته را ارزیابی کرد یا وجود یک مکانیزم ارزیابی که در کاهش میزان دعاوی می‌تواند مؤثر باشد، وجود ندارد.^۱

گفتار دوم: مبنای شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان و قراردادهای نمونه فیدیک

تعدیل قرارداد نیز مانند هر تأسیس حقوقی و به‌عنوان راهکاری برای جبران خسارت ناشی از برهم خوردن تعادل عوضین قرارداد، نیازمند فلسفه و مبنایی است که وجود آن را به لحاظ منطقی و حقوقی توجیه می‌کند. در این گفتار درصدد بررسی مبنای تعدیل در شرایط عمومی پیمان و مقایسه‌ی آن با قراردادهای نمونه فیدیک هستیم.

این گفتار خود، به سه مبحث تقسیم می‌شود که مبحث اول به اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران و فیدیک می‌پردازد و مبحث دوم به بررسی نظریه عدالت معاوضی در حقوق ایران و فیدیک اختصاص دارد و در مبحث سوم شرط تعدیل را با رویکرد تحلیل اقتصادی بیان می‌کنیم.

مبحث اول: اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران و فیدیک

در این مبحث ابتدا اصل آزادی قراردادی را در حقوق ایران به همراه مبنای فقهی آن توضیح می‌دهیم و در قسمت بعد به تحلیل این اصل، در قراردادهای نمونه فیدیک می‌پردازیم.

^۱ Wolfgang, Breyer, (2013), Fair and Reasonable : The Determination of Prices for Variations in FIDIC Contract, Construction Law Journal, P. 31_32.

۱- اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران

مبانی شرط تعدیل در قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران، صریحاً مورد بررسی قرار نگرفته است. اما از آنجایی که در بنده ماده ۲۹ از شرایط عمومی پیمان، تعدیل نرخ پیمان (شرط تعدیل قیمت)، تابع شرایط اختصاصی پیمان، قرار گرفته است و این امر کاملاً از خواست و اراده‌ی متعاقدین، نشأت می‌گیرد و تماماً تابع توافق متعاقدین است، می‌توان اصل آزادی قراردادی را که در ماده ۱۰ قانون مدنی متبلور شده است، به‌عنوان یکی از مبانی شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمانکاری نام برد. به نظر می‌رسد، ماده ۱۰ قانون مدنی که مؤید اصل آزادی قراردادی است، از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه^۱ گرفته شده و این اصل در نظر قانون‌گذار فرانسه، یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده^۲ است.^۳ به بیان دیگر، اراده مهم‌ترین عامل و یا تنها عامل ایجاد قرارداد به شمار می‌رود و به معنای طلب کردن چیزی است و اصطلاحاً به معنای اختیار کردن یا گزینش یک غایت از میان خواسته‌های متفاوت است.^۴ پس در نتیجه، اراده‌های صحیح و سلیم حق دارند، هر طور که مایلند در زمینه‌ی دیون و تعهدات خود توافق کنند، البته مشروط به این که فراتر از چارچوب ضوابط اساسی و امری شارع نروند. از تأمل در ماده ۱۰ قانون مدنی که می‌گوید: (قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است)، به‌خوبی روشن می‌شود که قانون‌گذار ایران نیز قراردادهای خصوصی بین افراد و توافق اراده طرفین را به رسمیت می‌شناسد و اصل را در قراردادها، حاکمیت اراده طرفین شناخته است. اما بدیهی است قراردادهایی که مخالف قوانین امری و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد به‌موجب این ماده باطل اعلام شده است و اصل آزادی قراردادی، در محدوده مقررات شرعی به رسمیت شناخته شده است.^۵ علیرغم این که ماده ۱۰ قانون مدنی از حقوق فرانسه اخذ شده است، اما نمی‌توان پیشینه و

۱. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه: «قراردادهایی که به طور قانونی تشکیل شده باشند جایگزین قانون نسبت به اشخاصی است که آن‌ها را منعقد کرده‌اند. این قراردادها را نمیتوان فسخ کرد، مگر با اقاله یا به جهاتی که قانون اجازه می‌دهد. این قراردادها را باید با حسن نیت اجرا نمود»: نوری، محمد علی (۱۳۸۰)، عقود و تعهدات قراردادی به‌طور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ص ۱۹.

۲. Principe de la volente

۳. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، پیشین، ش ۸۵.

۴. جمیل، محمد بنی یونس، (۱۴۳۳.ه. ق)، مفهوم الاراده و دورها فی القانون الخاص، چاپ اول، دارالثقافه، عمان، صص ۲۵-۲۲.

۵. ناصر، کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، پیشین، ص ۳۲.

مبنای فقهی آن را انکار نمود.

۱-۱- مبانی فقهی اصل آزادی قراردادی

مبانی فقهی اصل آزادی قراردادی را می‌توان اصاله‌الاباحه، روایت المومنون عند شروطهم و آیه او فوالعقود نام برد که به تفضیل به توضیح هریک خواهیم پرداخت.

۱-۱-۱- اصاله‌الاباحه

زمانی که در مورد افعال عادی انسان از جانب شارع حکمی بیان نشده است، عقل حکم به اباحه می‌کند. بنابراین فقه‌های اصولی ما معتقد به «اصاله‌الاباحه» هستند و می‌توان این اصل را از جمله مستندات اصل آزادی قراردادی در معاملات یاد کرد^۱. البته این مسئله محل اختلاف است، چرا که عده‌ای می‌گویند، حکم عقل، حظر و منع است و علت این ممنوعیت این است که تصرف در ملک خداوند است و تصرف در ملک خدا نیاز به اجازه دارد^۲. برخی دیگر از فقها، به اصاله‌الاحتیاط متوسل شدند، با این استدلال که زمانی که بین اخبار و دلایل ما هیچ مرجعی وجود ندارد، در نتیجه، احتیاط اقتضای توقف از حکم و انجام عمل مورد نظر را دارد^۳. پس اگر چنانچه روایت «حل^۴» با اخبار دال بر وجوب احتیاط تعارض پیدا کند و بینشان هیچ ترجیحی وجود نداشته باشد، در نتیجه، این دودسته روایت باهم تساقط می‌کنند و بازهم عقل حکم به احتیاط می‌کند و اگر حکم به منع و احتیاط نکند، دستور توقف می‌دهد و نتیجه توقف همان احتیاط است^۵.

تمسک به اصاله‌الاحتیاط و اصاله‌الحظر، همان‌طور که از تعریف و توضیح آن برمی‌آید، به معنی محدود کردن قلمرو آزادی اراده در موارد سکوت قانون‌گذار است، و این در حالی است که تحدید اراده افراد توسط شارع به وسیله امر و نهی بیان می‌شود و به عبارت دیگر، وجود

۱. محمد علی، کاظمی، (۱۳۶۸ ه. ق)، تقریرات آیه الله نائینی فی المباحث العقلیه و الاصول العملیه، جلد ۲، چاپ ۲، چاپخانه قم، قم، ص ۱۹۶.

۲. محمد، حسینی قمی، (۱۳۷۴)، ایضاح الکفایه، چاپ دوم، انتشارات امیر، قم، ص ۵۰۴.

۳. یوسف، بحرانی، (۱۱۸۶ ه. ق)، الحدائق الناضره، جلد اول، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، قم، ص ۷۰.

۴. «کل شیء لک حلال...».

۵. محمد، حسینی قمی، پیشین، ص ۵۰۵.

الزامات قانونی (امرونی) نیاز به نص دارد، نه عدم الزامات قانونی^۱. در نتیجه تنها اصل اباحه را مطابق با نظر فقهای اصولی می‌توان از جمله مبانی فقهی اصل آزادی قراردادی نام برد.

۲-۱-۱- آیه « اوفوا بالعقود »

آیه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»^۲ نه فقط عقودی که در زمان شارع متداول بوده، بلکه عقود بینام و عقود نامعین را به شرط آن که مخالفی با شرع نداشته باشد شامل می‌شود. این آیه را می‌توان یکی دیگر از مبانی اصل آزادی قراردادی نام برد، از این جهت که با استناد به این آیه در توجیه اصل آزادی قراردادی، اشخاص در بستن قرارداد و انتخاب طرف قرارداد و در تعیین مفاد آن آزادند و نیز ملزم به رعایت مفاد قرارداد می‌باشند^۳ و حتی دادگاه با استناد به رعایت عدل و انصاف قادر به تغییر مفاد آن نیست^۴.

۳-۱-۱- روایت « المؤمنون عند شروطهم »

در گفتار اول با استناد به روایت « المؤمنون عند شروطهم » معنای التزام و سپردن تعهد (معنای مصدری) شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمانکاری را استنباط کردیم، در این گفتار بر آنیم تا با تمسک به این روایت، اصل آزادی قراردادی را که یکی از مهم‌ترین مبانی در حقوق قراردادهاست و به خصوص شرط تعدیل قیمت که خود نیز، به نوعی قرارداد محسوب می‌شود، توجیه کنیم، بدین صورت که از آنجایی که روایت مزبور که یکی از احادیث معتبر نبوی است و در فقه نیز به عنوان یک قاعده در آمده، مسلمانان را ملزم به تعهدات قراردادی خود نموده است و واجب است که انسان به مضمون عقد ملتزم باشد، به این معنا که نه تنها تعهدات ناشی از قرارداد، با تمسک به این روایت صحیح است، بلکه طرفین را ملتزم و متعهد به الزامات

۱. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، (۱۳۵۴)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، تهران، ص ۶۶.

۲. ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به عقود و پیمانهای خود وفا کنید (سوره مائده، آیه ۱).

۳. آیه اوفوا بالعقود « فدالاتها علی اللزوم فیما عد عقدا لا اشکال فیہ... : نائینی، میرزا محمد حسین، نجفی خوانساری، موسی بن محمد، (۱۴۲۴ ه. ق)، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد دوم، چاپ دوم، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ص ۱۵۵.

۴. محمد علی، اراکی، (۱۴۱۴ ه. ق)، الخیارات، چاپ اول، مؤسسه در راه حق، قم، ص ۴؛ حمید، بهرامی احمدی، (۱۳۸۱)، کلیات عقود و قراردادهای (مدنی ۳)، چاپ اول، نشر میزان، تهران، صص ۴۱-۴۰.

ناشی قرارداد فی مابین خود می‌کند^۱ و به عبارت دیگر تعهدات قراردادی به منزله قانون بر روابط طرفین، حکومت می‌کند.

۱-۲- تلفیق اصل آزادی قراردادی با مصالح و منافع اجتماعی

در قراردادهایی همچون پیمان‌های عمومی که در آن صبغه اجتماعی وجود دارد و حفظ و تأمین منافع اجتماعی از اهداف انعقاد این گونه قراردادهاست به عبارت دیگر این گونه از قراردادها، یک قرارداد کاملاً خصوصی نیستند و در اختیار طرفین نمی‌باشند، به گونه‌ای که طرفین هرگونه که مایل باشند، مبادرت به تنظیم شرایط آن نمایند و قصد مشترک آنان نمی‌تواند و نباید به عنوان عامل انحصاری انعقاد قرارداد و تعیین شرایط آن تلقی شود، پس در نتیجه، در تعیین مفاد این گونه از قراردادها محدودیت‌هایی وجود دارد، زیرا همان‌طور که گفتیم، امروزه قراردادها به‌ویژه قراردادهای پیمانکاری پیش از آنکه یک پدیده خصوصی باشد، یک پدیده اجتماعی بوده و بر روابط اقتصادی اجتماع تأثیر مستقیم و غیرقابل انکار دارد. بنابراین اگرچه تعدیل در شرایط عمومی پیمان، به نوعی تعدیل قراردادی است اما به تعدیل به عنوان یک رویه مشخص در مقررات و بخشنامه‌های مختلف تأکید می‌شود و از آنجایی که قراردادهای پیمانکاری که یک طرف آن دولت است، قراردادی خصوصی محسوب نمی‌شود و دولت به عنوان حافظ حقوق عامه موظف به رعایت مصلحت مردم است و قاضی در مصلحت بین شخص و جامعه طبیعتاً باید مصلحت جامعه را برگزیند^۲، پس در نتیجه تعدیل در شرایط عمومی پیمان اگرچه قراردادی است و مبنای آن اصل حاکمیت اراده است اما از آنجایی که روش و چگونگی محاسبه آن باید طبق بخشنامه‌های مختلف صورت گیرد و شاخص‌های تعدیل مستقیماً از ناحیه دولت اعلام می‌شود، به نوعی آزادی اراده‌ی طرفین با محدودیت رعایت و حفظ منافع اجتماعی مواجه می‌شود و این دولت است که با صدور بخشنامه‌های مختلف برای محاسبه تعدیل، در صدد رعایت و برقراری عدالت اقتصادی برمی‌آید.

۱. محمد مسعود، عباسی، (۱۳۸۸)، ترجمه و توضیح مکاسب (خيارات)، جلد نهم، چاپ اول، نشر دارالعلم، قم، صص ۳۸-۳۷.

۲. مجید، بنایی اسکویی، "تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی"، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره چهارم، شماره ۱، بهار و تابستان، ۱۳۹۲، ص ۵۳.

۲- اصل آزادی قراردادی در فیدیک

اصل آزادی قراردادی فقط در نظام حقوق داخلی نیست که مبنای الزام آور بودن شروط ضمن قرارداد محسوب می شود، بلکه این اصل به عنوان قاعده کلی و جهان شمول و به عنوان مبنای ایجاد و توسعه تعاملات اقتصادی در قریب به اتفاق نظام های حقوقی مورد پذیرش واقع شده است.

مبنای الزام آور بودن شروط و مفاد در قرارداد نظیر شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمانکاری در قراردادهای نمونه فیدیک نیز، در واقع همان اراده و خواست مشترک طرفین است که این اصل با ظهور مکتب لیبرالیزم در غرب پا به عرصه بروز و ظهور گذاشت^۱ بدین صورت که طرفین در تصمیم گیری در خصوص انعقاد و یا عدم انعقاد قرارداد و در صورت انعقاد در تنظیم شرایط آن آزاد باشد و دولت ها به این آزادی باید احترام بگذارند و نظارت آنان به حداقل ممکن کاهش پیدا کند^۲، اما آزادی قراردادی طبیعتاً با یکسری محدودیت هایی مواجه است که یکی از آنها مخالفت قرارداد بانظم عمومی می باشد که با وجود این، در حوزه قراردادهای تجاری بین المللی، باز هم این محدودیت ها در حداقل نگه داشته می شود^۳.

استثنای دیگری که بر این اصل وارد شده است، رعایت اصل حسن نیت و معامله منصفانه می باشد. پس طرفین نمی توانند به استناد اصل آزادی قراردادها، حتی حدود اعمال اصل حسن نیت را محدود نمایند. از دیگر استثنائات کلی وارد بر این اصل، رعایت موازین و قواعد امری نظام اقتصادی هر کشور است. در نتیجه طرفین نمی توانند با توافق خود و با استناد به اصل آزادی قراردادها، شروطی برخلاف قواعد امری حاکم بر قرارداد را زیر پا بگذارند.

به نظر می رسد استثنای پذیر نبودن اصل اجرای با حسن نیت، حمایت از منافع طرف ضعیف تر مثل کارگر، پیمانکار و مشتری است، در غیر این صورت نفع دوجانبه که غایت و هدف از انعقاد هر قراردادی است حاصل نمی شود و طرف دیگر شروط مدنظر خود را به طرف ضعیف تر تحمیل

۱ Curtis, Bridgeman, (2003), *Liberalism and Freedom From The Promise Theory of Contract*, Review article, Blackwell Publishing, Oxford, P.685_686.

۲. ("Liberti homines negotiation licita prohiberi a patronis non debent"): Wacke, Andreas, (1993), *Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law*, Law and History Review, Vol. 11, No. 1, P.9.

۳. ابراهیم، شعاریان، ابراهیم، ترابی، (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، انتشارات فروزش، تبریز، صص ۶۷-۶۸.

مبحث دوم: نظریه عدالت معاوضی در حقوق ایران و فیدیک

در نظر حقوق دانان فردگرا، هرچه دو طرف در اعمال حقوقی اراده کنند عادلانه است و چون همه افراد سود و زیان خود را در روابط معاملاتی شان لحاظ می‌کنند، هیچ‌کس متحمل ضرر نمی‌شود، پس حقوق نباید در مفاد تراضی طرفین دخالت کند و باید آن را به رسمیت بشناسد، با توجه به این دیدگاه، عدالت خودبه‌خود تأمین می‌شود و جایی برای شکایت باقی نمی‌ماند، به این تعبیر از عدالت، عدالت معاوضی می‌گویند.^۲

اما مطابق نظریه مکاتب حقوق اجتماعی، چون فرد داخل گروه و اجتماع است قابل تصور است و معنا پیدا می‌کند، پس حقوق باید تکالیف او را در قبال گروه‌هایی که فرد در آن قرار دارد، معین کند. در نتیجه عدالت در نظر این دسته از مکاتب این‌گونه تعریف می‌شود که، این دولت است که به تقسیم وظایف و تکالیف افراد در اجتماع می‌پردازد و در این راه باید عادلانه رفتار کند. اما در این که این مناصب و ثروت‌ها چگونه بین افراد تقسیم شود، اتفاق نظر وجود ندارد و عده‌ای بر این باورند که باید نیازمندی افراد ملاک عمل قرار گیرد، اما عده‌ای دیگر معتقدند که باید این تقسیم به تساوی صورت گیرد.^۳

۱ - نظریه عدالت معاوضی در خصوص شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران

با توجه به تعاریفی که در ابتدای بحث ذکر کردیم، می‌توانیم بگوییم که مبنای شرط تعدیل قیمت در قراردادهای پیمانکاری به‌عنوان یک راهکار و مکانیزمی برای حفظ تعادل اقتصادی مدنظر طرفین تا پایان اجرای قرارداد، برقراری و حمایت از عدالت در این نوع از قراردادها و ایجاد توازن و تعادل بین عوضین تا پایان اتمام پروژه است. اما سؤالی که مطرح می‌شود این است

۱. Jan, Dalhuisen,(2004), Dalhuisen On International Commercial Financial And Trade Law, Second Edition, Hart Publishing, Oxford And Portland and Oregon, P. 256.

۲. ناصر، کاتوزیان، "حقوق و عدالت"، مجله نقد و نظر، سال سوم، شماره ۱۱ و ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۷۶، ص ۳۸.

۳. ناصر، کاتوزیان، (۱۳۷۹)، گامی به سوی عدالت، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ص ۱۸۴.

که وظیفه حمایت و برقراری این تعادل در قرارداد را تنها طرفین به عهده‌دارند یا قانون‌گذار و دولت نیز در این امر دخالت و نظارت می‌کند؟ با توجه به این که قراردادی بودن و توافق بودن شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان صرفاً به پیش‌بینی یا عدم آن بستگی دارد و چگونگی و قلمرو و محدوده و کیفیت آن به خواست مشترک طرفین بستگی ندارد و دولت در این زمینه با اعلام شاخص‌هایی برای محاسبه تعدیل قیمت قرارداد، نظارت و دخالت خود را اعلان می‌کند، نمی‌توان قائل به نظریه‌ی عدالت معاوضی به‌طور مطلق و بدون قید و شرط شد.

از طرف دیگر، امروزه قراردادها چهره اجتماعی به خود گرفته‌اند و حفظ و تأمین منافع و آزادی‌های فردی تنها ملاک نیست و هیچ دولتی نمی‌تواند وظیفه خود را محدود به منظم ساختن آزادی‌های فردی بکند و اجتماع را به قوانین طبیعی عرضه و تقاضا بسپارد بلکه مصلحت عمومی نیز که نظم عمومی، امنیت ملی، حداقل رفاه، حداقل بهداشت و حداقل آموزش هم مدنظر قرار می‌گیرد^۱، اما باز نه به این معنا که وجود فرد و احترام به شخصیت و خواسته‌های انسان به دست فراموشی سپرده شود، در نتیجه دیگر نمی‌توان نظریه عدالت معاوضی را به‌طور مطلق پذیرفت و باید این نظریه را تعدیل کرد و قائل به تعادل بین نظریه عدالت معاوضی و عدالت توزیعی باشیم^۲، چراکه با توجه به این نظریه، تعادل و توازن مالی در قرارداد صرفاً توسط طرفین قرارداد و بدون هیچ دخالت و نظارتی از جانب دولت برقرار می‌شود و این درحالی که است که در خصوص قراردادهای پیمانکاری دولتی با توجه به این که کارفرما و تأمین‌کننده سرمایه، دولت است، منافع و مصالح اجتماعی ملاک و مدنظر قرار می‌گیرد و دولت با صدور بخشنامه‌های مختلف نظارت و حاکمیت همه‌جانبه خود را اعمال می‌کند.

از طرف دیگر، در حقوق ایران با استناد و اتکا به نظریه‌ی عدالت معاوضی برخی از اصول معتبری نظیر خیارات قانونی و قاعده تلف مبیع قبل از قبض برای جلوگیری از خلل در حقوق متعاملین ایجاد شدند، بدین صورت که زمانی که مبیع، عین معینی باشد و قبل از تسلیم تلف شود، تنها راه حمایت از حقوق متضرر (مشتری) و بازگرداندن توازن از دست‌رفته در زمان انعقاد قرارداد - بدین صورت که مشتری به این قصد و نیت ثمن را می‌پردازد که به مبیع دست یابد و حال آن که

۱. Thomas, J. Miceli, (2004), The Economic Approach to Law, Imprint of Stanford University Press. Stanford. California, P. 3_4.

۲. کاتوزیان، پیشین، صص ۴۷۸-۴۷۹.

بعد از پرداخت ثمن، مبیع قبل از قبض تلف شده است - انفساخ عقد است، یا زمانی که از شرط صفت یا شرط نتیجه تخلف می شود، فسخ عقد تنها راه بازگرداندن تعادل به قرارداد است و یا اگر از شرط فعل تخلف شود، مشروطه مخیر به امساک یا ابقاء قرارداد و گرفتن ارزش است و یا به اختیار خود، قرارداد را فسخ کند^۱

این اصول قانونی، راهکارهایی با توجه به نظریه عدالت معاوضی برای جبران تعادل از دست رفته زمان انعقاد قرارداد هستند. اما برخی از موارد هست که برقراری عدالت معاوضی و جبران موازنه مخدوش با توجه به این که اصل بر ابقاء عقود است، اقتضاء می کند که قرارداد به جای منتهی شدن و انحلال، تعدیل یا اداره گردد. به عنوان نمونه، زمانی که حوادث غیرقابل پیش بینی مثل افزایش ناگهانی نرخ دلار اجرای قرارداد را با دشواری مواجه می کند، این نظریه تعدیل قرارداد است که به برقراری عدالت معاوضی کمک می کند.^۲

۲ - عدالت معاوضی در فیدیک

در مبحث مربوط به بررسی عدالت معاوضی در شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان به این نتیجه رسیدیم که چون دولت در چگونگی و نحوه محاسبه ی تعدیل دخالت و نظارت مستقیم دارد و اینکه طرفین نمی توانند خلاف این شاخص های ارائه شده توسط معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی و یا نرخ تورم صادره از بانک مرکزی توافق کنند و در واقع تنها پیش بینی و یا عدم آن به توافق طرفین و اراده ی مشترک آنان واگذار شده است، به این نتیجه می رسیم که عدالت معاوضی صرف، مبنای شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان نیست و باید قائل به تعادل بین نظریه ی عدالت معاوضی و عدالت توزیعی شد، چراکه دولت نقش مهمی در برقراری و حفظ تعادل اقتصادی عوضین ایفاء می کند.

ولی در مقایسه با قراردادهای نمونه ی فیدیک و بررسی این نظریه در شرط تعدیل قیمت، چون به طور کلی در شرایط اختصاصی پیمان طرفین می توانند مفاد شرایط عمومی را تغییر، اصلاح و یا حذف کنند و به طور خاص و با استناد به بند ۸ ماده ۱۳ شرایط عمومی فیدیک (کتاب قرمز)^۳ که

۱. پدram خندانی و محمد خاکباز، «عدالت معاوضی در قلمرو قراردادهای»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۷۳-۷۱.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، (۱۳۸۱)، تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، صص ۲۶۲-۲۶۱.

۳. Article 13_8 Provides That : (If there is no such table of adjustment data, This sub_

در بردارنده این مضمون است که طرفین می‌توانند خلاف فرمول ارائه شده را توافق کنند، می‌توان به این نتیجه رسید که در برقراری و ایجاد تعادل عوضین در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی و پروژه‌های خصوصی داخلی تنها این طرفین هستند که این وظیفه را ایفاء می‌کنند، بنابراین به نظر می‌رسد که بتوان از نظریه عدالت معاوضی به‌طور مطلق در نمونه قراردادهای فیدیک سخن گفت.

مبحث سوم: تحلیل اقتصادی شرط تعدیل قیمت

از نگاه تحلیل اقتصادی بروز تغییرات نامتعارفی نظیر نوسانات قیمت مواد اولیه و دستمزد نیروی انسانی در واقع ریسک یا مخاطراتی هستند که هم قرارداد را تحت تأثیر قرار می‌دهند و هم یک منطقه خطری^۱ را برای پیمانکار ایجاد می‌کنند که به خاطر افزایش در هزینه مصالح و دستمزد نیروی انسانی کار ساخت‌وساز کاهش یافته و فرایند مناقصه رقابتی تر گشته است و در مورد فقدان شرط تعدیل در مناقصه، مالک قیمت جاری مصالح را پیشنهاد می‌کند، در حالی که پیمانکار به دلیل پیش‌بینی امکان افزایش قیمت، قیمت بالاتری را پیشنهاد می‌کند.^۲ یکی از روش‌های جبران و به حد معقول رساندن این ریسک و کاهش مبلغ پیشنهادی پیمانکار، طراحی مکانیسم تعدیل قیمت قرارداد است.

استفاده از روش شرط تعدیل، سبب هماهنگی قیمت قرارداد با قیمت‌های بازار می‌شود و قیمت حاصل، قیمتی در کوتاه‌مدت درست و صحیح است و دیگر این که، با به‌کارگیری مکانیزم تعدیل، آسیب‌پذیری دوجانبه و نوسانات در قرارداد کاهش می‌یابد و در نهایت منجر به، به حداکثر کردن مطلوبیت و سود دوجانبه در قرارداد می‌گردد.^۳ به عبارت دیگر، اگر بتوان قراردادی را به‌منظور افزایش مطلوبیت مورد انتظار طرفین اصلاح کرد یا تغییر داد، باید این کار انجام بشود و اصلاً قرارداد سودمند قراردادی است که مطلوبیت و منافع مورد انتظار طرفین را افزایش دهد.^۴

clause shall no apply).

۱ . Danger zone

۲ <http://www.construction law monitor.com/2010/03/ who-assumes-the-risk-of-material-cost-increases>.

۳. Golberg and Erickson, 1987, p.387_388.

۴. استیون، شاول، (۱۳۸۸)، مبنای تحلیل اقتصادی حقوق، ترجمه، محسن، اسماعیلی، چاپ اول، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران، صص ۳۴۶-۳۴۵.

حال طرفین می‌توانند ضمن قرارداد به تعدیل تصریح کنند به این صورت که ضمن قرارداد به شرط شاخص یا فرمول تعدیل^۱ قرارداد اشاره کنند یا تعهد به مذاکره مجدد^۲ نمایند و زمان اجرای قرارداد با وقوع تغییرات نامتعارف نسبت به تعدیل قرارداد تصمیم بگیرند. این روش معمول‌ترین روش از روش‌های شرط تعدیل است که اجرایش آسان است^۳ این روش می‌توانیم ضرر و ریسک در قرارداد را تخصیص بزنیم^۴.

از طرف دیگر ممکن است به این دسته از شروط در زمان انعقاد قرارداد تصریح نشود و طرفین صبر کنند تا ضرر محقق شود، بدین صورت که اگر قیمت قرارداد از آن حد محاسبه شده کمتر و بیشتر شود^۵ در این حالت با توافق طرفین، مذاکره مجدد در خصوص تعیین قیمت جدید انجام می‌شود و به اجرای مطلوب دوجانبه منتهی می‌گردد.

مذاکره مجدد برای تعدیل قیمت قرارداد، تحمل خطر که ناشی از تأخیر در اجرای قرارداد به سبب افزایش یا کاهش در هزینه‌های مصالح و نیروی انسانی است را کاهش می‌دهد. اما این به معنی تغییر اساسی و از بین رفتن خطر نیست. این نکته را باید در نظر داشت که قطعاً مذاکره مجدد وقتی مطلوب و مورد انتظار دو طرف باشد، به اجرای قرارداد منتهی می‌شود، اگرچه یک فرایند هزینه‌بر است.

شایان ذکر است، در قراردادهای پیمانکاری دولتی داخلی، از آنجایی که دولت به‌عنوان کارفرما بر قرارداد نظارت دارد و وظیفه برقراری و ایجاد توازن و تعیین چگونگی و کیفیت قلمرو در این گونه از قراردادها را دولت به عهده دارد، عمدتاً قراردادها مبتنی بر فهرست بها هستند و تنها از شیوه شرط شاخص برای تعدیل قیمت قرارداد استفاده می‌شود، پس ممکن است، آن مطلوبیت و منافع مورد انتظار طرفین رخ ندهد و هم‌چنین، هماهنگی و انطباق قیمت جدید با قیمت و شرایط روز بازار اتفاق نیفتد. اما این در حالی است که در نمونه قراردادهای فیدیک چون طرفین هستند که وظیفه برقراری تعادل در قرارداد را ایفا می‌کنند و عدالت از نوع معاوضی است، پس می‌توانند

۱. Escalation Formula

۲. Renegotiation clause

۳. Cento. G. Veljanovski, Economic Principles of Law, First Edition, Cambridge University Press, New York. P.115_116.

۴. رابرت کوتر، تامس، یولن، حقوق و اقتصاد، ترجمه، یداله، دادگر، حامده، اخوان هزاوه، (۱۳۸۸)، چاپ اول، انتشارت پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم، تهران، صص ۲۸۳-۲۸۲-۲۸۱.

۵. Golberg, Ibid, p.391

از بهترین روش تعدیل با توافق یکدیگر برای رسیدن به منافع و سود دوجانبه بیشتر و رسیدن به کارآمدی اقتصادی استفاده کنند.

نتیجه‌گیری

قراردادهای پیمانکاری، قراردادهایی است که اجرای تعهدات آن به نحو مستمر مطلوب طرفین می‌باشد و همین ویژگی است که سبب می‌شود تا طرفین در برخورد با پارهای از مسائل نظیر تغییر در شرایط و اوضاع و احوال قراردادی یا تغییر قیمت مصالح، ماشین‌آلات و نیروی انسانی که منجر به برهم خوردن توازن و تعادل مالی قرارداد و سخت و دشوار نمودن اتمام پروژه یا انجام عملیات پیمانکاری می‌گردد، برای تضمین اجرای منصفانه و عادلانه‌ی تعهدات اقدام به تدوین شیوه‌هایی هم چون شرط تعدیل قیمت نمایند. مکانیسم تعدیل قیمت قرارداد، راهکاری است برای جبران و به حد معقول رساندن ریسک ناشی از هزینه‌های نشأت گرفته از تغییرات نامتعارفی نظیر نوسانات قیمت مواد اولیه و دستمزد نیروی انسانی و به‌طور کلی مخاطراتی که هم قرارداد را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد و هم این که منطقه خطری را برای پیمانکار ایجاد می‌کند که به خاطر افزایش در هزینه مصالح و دستمزد نیروی انسانی کار ساخت و ساز کاهش یافته و فرایند مناقصه رقابتی تر گشته است.

اصل آزادی قراردادی و نظریه عدالت معاوضی را به‌عنوان مهم‌ترین مبانی توجیه‌گر شرط تعدیل قیمت در حقوق ایران و قراردادهای نمونه فیدیک بیان کردیم. در حقوق ایران، اگرچه در پیمانهای عمومی که در آن صبغه اجتماعی وجود دارد و حفظ و تأمین منافع اجتماعی از اهداف انعقاد این گونه قراردادهاست و دولت با صدور بخشنامه‌های مختلف برای محاسبه‌ی تعدیل، درصدد رعایت و برقراری عدالت اقتصادی است، اما این به معنی قانونی تلقی کردن تعدیل در شرایط عمومی پیمان و حذف چهره انشایی اراده و در نظر نگرفتن توافق طرفین در خصوص شرط تعدیل در این گونه از قراردادها نمی‌باشد، بلکه در این دسته از توافقات قلمرو اراده محدود گشته و اصل آزادی قراردادی که مهم‌ترین مبنای این دسته از شروط قراردادی است با مصالح و منافع اجتماعی تلفیق می‌شود و توافق دو اراده منصرف به پیش‌بینی شرط تعدیل در زمان انعقاد قرارداد می‌گردد. به همین دلیل از بین انواع تعدیل قراردادی، تنها روش

شرط شاخص یا فرمول تعدیل در حقوق ایران پذیرفته شده است، در حالی که در قراردادهای نمونه فیدیک با توجه به این که سازمان فیدیک یک سازمان خصوصی است و به طور کلی در شرایط اختصاصی پیمان، طرفین می توانند مفاد شرایط عمومی را تغییر، اصلاح و یا حذف کنند، اصل آزادی قراردادی به شرط رعایت اصل اجرای با حسن نیت در قرارداد پیمانکاری پذیرفته شده است و طرفین می توانند با توافق در شرایط اختصاصی پیمان، در مورد هر یک از انواع تعدیل تراضی کنند.

همچنین در خصوص نظریه عدالت معاوضی به عنوان یکی دیگر از مبانی شرط تعدیل قیمت بیان کردیم که، عدالت معاوضی صرف، مبنای شرط تعدیل در شرایط عمومی پیمان نیست و باید قائل به تعادل بین نظریه عدالت معاوضی و عدالت توزیعی شد، چرا که دولت نقش مهمی در برقراری و حفظ تعادل اقتصادی عوضین ایفاء می کند، ولی در مقایسه با قراردادهای نمونه فیدیک و بررسی این نظریه در شرط تعدیل قیمت، چون به طور کلی در شرایط اختصاصی پیمان طرفین می توانند مفاد شرایط عمومی را تغییر، اصلاح و یا حذف کنند، به نظر می رسد که بتوان از نظریه عدالت معاوضی به طور مطلق در نمونه قراردادهای فیدیک سخن گفت.

منابع

فارسی

- آیت الله زاده، آذرنوش، آذرتاش، عادل و دیگران، (۱۳۶۳)، *مجمع اللغات*، چاپ اول، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران.
- اسماعیلی هریسی، ابراهیم، (۱۳۹۰)، *حقوق مهندسی*، چاپ اول، نشر داد گستر، تهران.
- بیگدلی، سعید، (۱۳۸۶)، *تعدیل قرارداد*، چاپ اول، نشر میزان، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۴۶)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، تهران.
- _____، (۱۳۸۱)، *تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل*، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران.
- _____، (۱۳۵۴)، *مکتب های حقوقی در حقوق اسلام*، چاپ اول، انتشارات ابن سینا، تهران.
- شاول، استیون، (۱۳۸۸)، *مبانی تحلیل اقتصادی حقوق*، ترجمه، محسن، اسماعیلی، چاپ اول،



انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران.

- شعاریان، ابراهیم، ترابی، ابراهیم، (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه‌ی تطبیقی)، چاپ اول، انتشارات فروزش، تبریز.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد، چاپ اول، جلد چهارم، انتشارات مجد، تهران.
- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۰)، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ دوم، انتشارات سمت، تهران.
- عباسی، محمد مسعود، (۱۳۸۸)، ترجمه و توضیح مکاسب (نخیارات)، جلد نهم، چاپ اول، نشر دارالعلم، قم.
- عمید، حسن، (۱۳۶۳)، فرهنگ فارسی، چاپ اول، انتشارات امیرکبیر، تهران.
- فخارطوسی، جواد، (۱۳۸۵)، در محضر شیخ انصاری (شرح خیارات)، جلد هفتم، چاپ اول، نشر مرتضی، قم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات به نشر، تهران.
- _____، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- _____، (۱۳۷۹)، گامی به سوی عدالت، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران.
- _____، (۱۳۸۷)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۶۴، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- کوتر، رابرت، یولن، تامس، حقوق و اقتصاد، ترجمه، یداله، دادگر، حامده، اخوان هزاوه، (۱۳۸۸)، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم، تهران.
- معین، محمد، (۱۳۶۳)، فرهنگ فارسی، جلد اول، چاپ ششم، انتشارات امیرکبیر، تهران.
- امامی، اسدالله، «نقش اراده در قراردادها»، نشریه فصلنامه حقوق (مطالعات حقوقی و قضایی)، شماره ۴، زمستان ۱۳۶۴.
- بنایی اسکویی، مجید، «تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره چهارم، شماره ۱، بهار و تابستان، ۱۳۹۲.
- خندان، پدرام، خاکباز، محمد، «عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲.

- خوئینی، غفور و دیگران، «تعدیل قضایی در اثر کاهش ارزش پول»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم، پاییز ۱۳۹۲.

پایان نامه

- ایزانلو، محمد، ماهیت و مسئولیت بیمانکار در قراردادهای بیمانکاری، پایان نامه برای دریافت کارشناسی ارشد، سال ۷۸-۷۹، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

جزوه

- هداوند، مهدی، جزوه کلاسی درس قراردادهای اداری، دانشکده حقوق تهران مرکز، نیم سال دوم ۹۱-۹۲.

عربی

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۶ ه. ق)، حاشیه‌ی کتاب المکاسب، چاپ اول، وزارت ارشاد اسلامی، تهران.

- _____، (۱۴۱۶ ه. ق)، کفایه الاصول، جلد ۴، چاپ اول، انتشارات امیر، قم.

- احمد ابن قدامه، (۱۴۰۵ ه. ق)، المغنی، جلد چهارم، چاپ اول، انتشارات دارالفکر، بیروت.

- اراکی، محمد علی، (۱۴۱۴ ه. ق)، الخیارات، چاپ اول، مؤسسه در راه حق، قم.

- الجبعی العاملی (شهید ثانی)، زین الدین، (۱۳۸۷)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، چاپ پنجم، انتشارات مجد، تهران.

- انطون الیاس، الیاس و الیاس، ادوار، قاموس العصری، (۱۳۴۰)، چاپ نهم، انتشارات دارالجیل، بیروت.

- انصاری، مرتضی، (۱۳۷۵)، کتاب المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، تبریز.

- بحرانی، یوسف، (۱۱۸۶ ه. ق)، الحدائق الناضره، جلد اول، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، قم.

- حسینی قمی، محمد، (۱۳۷۴)، ایضاح الکفایه، چاپ دوم، انتشارات امیر، قم.

- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۳ ه. ق)، حاشیه کتاب المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات دارالمصطفی لاحیاء التراث، دمشق.

- غروی نائینی، محمد حسین، (۱۳۶۱ ه. ق)، *فوائد الاصول*، جلد سوم، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- کاظمی، محمد علی، (۱۳۶۸ ه. ق)، *تقریرات آیه الله نائینی فی المباحث العقلیه و الاصول العملیه*، جلد ۲، چاپ ۲، چاپخانه قم، قم.
- لوئیس، معلوق، (۱۳۴۱)، *المنجد فی اللغه و الاعلام*، چاپ یازدهم، انتشارات کاتولیک، بیروت.
- محمد بنی یونس، جمیل، (۱۴۳۳ ه. ق)، *مفهوم الاراده و دورها فی القانون الخاص*، چاپ اول، دارالثقافه، عمان.
- نائینی، میرزا محمد حسین، نجفی خوانساری، موسی بن محمد، (۱۴۲۴ ه. ق)، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، جلد دوم، چاپ دوم، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۴۲۳ ه. ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۸، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، قم.

لاتین

- Bridgeman, Curtis, (2003), *Liberalism and Freedom From The Promise Theory of Contract*, Review article, Blackwell Publishing, Oxford.
- Dalhuisen, Jan, (2004), *Dalhuisen On International Commercial Financial And Trade Law*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford And Portland and Oregon.
- Goldberg, Victor.P., Erickson, John. R.,(1987) *Quantity and Price Adjustment in Long Term Contracts, A Case Study of Petroleum Coke*, Chicago Journals, Journal of Law and Economic.
- Geneva, Switzerland, *Condition of Contract for Construction (Red Book)*, (2006), FIDIC, Multilateral Development Bank Harmonized.
- Jaeger, Axel_ Volkmar, Hok, Gotz_ Sebastian,(2010), *Fidic _ a Guide for Practitioners*, First Edition. Spring_Verlag Berlin, Heidelberg.
- Lele Zeng, Liming Xia, Shuping Chen,(2010), *Research on Management of Unit Price Contract Based on the Contractors Perspective*, Conf Journal, Tianjin, China.
- Knuston, Robert, Abraham, Wilfred,(2005), *Fidic_ An Analysis of International Construction Contract*. International Bar Association Series, Kluwer law, Netherlands.
- _Miceli, Thomas, J.,(2004), *The Economic Approach to Law*, Imprint of Stanford University Press. Stanford. California.
- Paul, L.Joskow, (1987), *price Adjustment in Long Term Contract*, First Edition, Boston Library Consortium Member.

- PEC (Pakistan Engineering Council Islamabad),(2009), *Standard Procedure and Formula for Price*, First Edition. Pakistan Engineering Council.
- Veljanovski, Cento. G., *Economic Principles of Law*, First Edition, Cambridge University Press, New York.
- Wacke, Andreas, (1993), *Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law*, Law and History Review, Vol. 11, No. 1.

سایت

- <http://www.fidic.org>, <http://fidic.org/bookshop>. / http://fidic.org/bookshop/about_bookshop/which_fidic_contract_should_I_use.
- <http://www.construction-law-monitor.com/2010/03/who-assumes-the-risk-of-material-cost-increases>.

مصاحبه

- ایرج، گلابتونچی، عضو هیئت مدیره و رئیس کمیسیون فنی سندیکای شرکتهای ساختمانی ایران، ۱۳۹۴/۱/۲۴.