

# قراردادهای دولت با بیگانگان

## مسأله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت

### در حقوق بین‌الملل معاصر\*

ا.ف.م. منیر الزمان  
ترجمه محمد جواد میرفخرایی



#### ۱. مقدمه

مسأله اجرای مطلق و بدون قید و شرط اصل الزام آور بودن قراردادهای نسبت به روابط قراردادی فی‌مابین دولت و سرمایه‌گذار خصوصی خارجی، مباحثاتی جدی را در میان قضات و وکلای دادگستری برانگیخته است. طرفداران مفهوم قداست و حرمت کامل قرارداد، برای تأیید نظر خود به معهود آرای صادر شده از دیوانهای بین‌المللی مبنی بر پذیرش این اصل اشاره کرده و با استناد به نظامهای حقوقی گوناگون و عمده جهان کوشیده‌اند تا آن را به عنوان یک اصل کلی حقوقی توصیف کنند.

\* مقاله حاضر از سری مقالات منتشره در مجله داورى بین‌المللی (جلد ۹، شماره ۴، دسامبر ۱۹۹۲، صفحات ۱۷۱-۱۴۱) انتخاب شده است. نویسنده مقاله ا.ف.م. منیر الزمان دکتر در حقوق از دانشگاه کمبریج انگلیس و استاد حقوق دانشگاه داکا (بنگلادش) و مشاور دیوان عالی این کشور بوده است.

نمایند. برخی دیگر از علمای حقوق نیز کوشش خود را در این جهت به کار برده‌اند تا با تشبیه کردن قرارداد بین دولت و طرف خصوصی خارجی به معاهده‌ای بین الدولی، اجرای قاعده الزام آور بودن تعهدات را که از اصول بنیادین حقوق معاهدات است، به آن نیز تسری دهند.

مقاله حاضر می‌کوشد تا در پرتو نظام‌های حقوقی عمده دنیا، حقوق بین الملل و رویه دولتها این موضوع را بررسی کند که آیا نظریه حرمت کامل قرارداد که میراثی است از قرن نوزدهم و دوران بالندگی و فروغ مکتب فردگرایی و اصل حاکمیت اراده، هنوز به اعتبار خود باقی است یا خیر؟ پاسخ مقاله به پرسش بالا این است که امروزه دیگر اصلی به نام حرمت و لزوم مطلق قرارداد، وجود خارجی نداشته و حقوق داخلی و بین الملل هر دو استثنائات بسیاری را بر آن وارد ساخته‌اند.

سرآغاز مقاله بحثی است کوتاه برای آشنایی با اصل لازم الوفا بودن عهد و قراردادهای و جایگاه آن در نظام‌های حقوقی مختلف که به دنبال آن ماهیت حقوقی قراردادهای دولتی خواهد آمد. سپس جایگاه این اصل را در پرتو اصول کلی حقوقی نشأت یافته از سیستم‌های حقوقی عمده و نمونه جهان مورد بحث قرار می‌دهیم و آنگاه تحلیلی خواهیم داشت در این مورد که آیا دکترین لزوم و حرمت قراردادها در خود حقوق معاهدات از اطلاق و کلیت برخوردار است یا خیر؟ آثار تغییر اوضاع و احوال نسبت به رابطه قراردادی دولت - تبعه خارجی از دیدگاه تحولات اخیر حقوقی و محدودیت‌های حقوق بین الملل از جهت تغییر یکجانبه قراردادهای توسط دولت، بحث بعدی مقاله است که به دنبال آن نتایج و پاره‌ای توصیه‌های عملی ارائه خواهد گردید.

## ۲. لزوم و حرمت قرارداد در برابر قابل تغییر بودن قراردادهای دولتی

مفهوم حرمت و مصونیت کامل و مطلق قرارداد از قاعده لزوم وفای به تعهدات، که از اصول مسلم حقوق بین الملل عام تلقی می‌شود، الهام گرفته است. امروزه پذیرفته شده است که این قاعده بخشی از حقوق بین الملل عرفی و نیز یکی از اصول

کلی حقوقی شناخته شده توسط ملل متمدن جهان به شمار می‌رود. «کلسن» از اصل لازم الاجرا بودن پیمانها به عنوان جوهر و خمیرمایه حقوق بین الملل یاد می‌کند.<sup>۱</sup>

کاربرد اصل لزوم احترام به قراردادهای در روابط قراردادی بین دو طرف برابر، پذیرفته شده است و از این رو این اصل به عنوان یکی از اصول حقوق بین الملل بر روابط ناشی از عهدنامه‌های منعقدہ بین کشورها نظارت دارد. در نظامهای حقوقی داخلی نیز نقش مثبت این اصل در تنظیم پیمانهای خصوصی بین اشخاص محل نزاع و اختلاف نیست. ولی گفتگو در این است که آیا اصل لزوم عقود و تعهدات در روابط قراردادی با همین اطلاق و کلیت بین طرفهای نابرابر، یعنی دولت از یک سو و طرف خصوصی خارجی از سوی دیگر، قابل اجرا می‌باشد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال برخی به کمک استنباط از قواعد حقوق بین الملل و یا اصول کلی حقوقی مصرانه از اجرای این اصل در مورد قراردادهای منعقدہ بین دولت و طرف خصوصی خارجی دفاع کرده‌اند. پروفیسور «وهبرگ» پس از بررسی ریشه و حرمت این اصل نتیجه می‌گیرد که:

«اعتبار اصل لزوم قراردادهای اعتباری مطلق بوده و اینکه طرفین قرارداد دو یا چند دولت و یا دولتها و شرکتهای خصوصی باشند، تفاوتی در آن ایجاد نمی‌کند... اصل لازم الاجرا بودن قراردادهای باید در هر حال محترم شناخته شود»<sup>۲</sup>.

1. Hans Kelsen: Principles of International Law (1967), p. 447; see also Wehberg, 53 A.J.I.L. (1959); B.Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals (London, 1953) p.113; Josef. Kuns: The Meaning and Range of the Norm of pacta sunt servanda, 39 A.J.I.L.(1945) at 180" Kuns op. cit., Footnote; Oppenheim International Law, Vol.I, (Peace) H. Lauterpacht (ed.), 18th edition (1955). pp. 880-881.

2. In his Memorandum to the P.C.I.J. in the Losinger and Company Case, the Contention of the Swiss government, see P.C.I.J. Pleadings, Oral Statements and Documents, Series C.No. 78, p. 32.

3. Wehberg, op. cit., 786. cf. A.A. Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors (New York 1962), pp. 265 - 71.

از سویی، برخی دیگر از حقوقدانان بر این اعتقادند که در اصل لزوم قراردادهای تفاوت عمده بین قراردادهای خصوصی و عمومی (و یا دولتی) نادیده گرفته شده است.<sup>4</sup>

پیش تر گفته شد که دکترین کلاسیک قداست قراردادهای در تفکر فردگرایانه اقتصاد آزاد در قرن نوزدهم ریشه دارد که از دیدگاه آن، قرارداد، داد و ستدی است خصوصی که توسط طرفین دارای قدرت چانه زنی برابر تنظیم شده و مولود اراده آزاد و تراضی آنهاست. در نیمه قرن هجدهم با ظهور جنبش اقتصادی و اجتماعی ناشی از مکاتب اصالت فرد و سرمایه داری، قرارداد به عنوان ابزار اصلی تحقق اهداف منفعت گرایانه فرد شناخته شد و اصل حاکمیت اراده و نظام تصدی آزاد در طول قرن نوزدهم مجال شکوفایی یافت. در این میان دادگاهها بمثابه نهاد اصلی چنین جامعه ای عمل نموده و با قائل شدن اعتباری تام برای اراده طرفین قرارداد، اکراه خود را از هرگونه مداخله قضایی که جانشین اراده آزاد طرفین عقد گردد، به نمایش گذاشتند.

«سر ژرژ سل» در این مورد می گوید:

«نظم عمومی از هیچ مقوله ای به این اندازه حمایت نمی کند که اشخاص بالغ و ممیز از اهلیت کامل تنظیم قرارداد برخوردار بوده و پیمانهایی که مولود اراده آزاد و عاری از عیب ایشان است، محترم شناخته شده و بوسیله محاکم به اجرا درآیند. بنابراین با وجود چنین قاعده بر جسته ای در نظم عمومی، نمی توان به آسانی در اصل آزادی قرارداد مداخله کرد»<sup>5</sup>.

ولی در عمل، حاکمیت مطلق اراده در تنظیم قراردادهای از جانب طرفهای دارای قدرت چانه زنی برتر، مورد سوء استفاده قرار گرفت و همین امر سبب شد تا قانونگذار و دادگاهها برای برقراری توازن بین این دو کفه نابرابر وارد عمل شوند،

4. D.W. Bowett: State Contracts With Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach, LVIX B.Y.B.I.L. (1988) p. 49 AT 55.

5. Printing and Numerical Registration Co. v. Sampson, L.R. (1875) 19 Eq. Cases 462 at p. 465.

بطوری که امروزه طرفداران روش ارشادی و مداخله در قراردادهای دیدگاهی عینی از قرارداد را تبلیغ و سعی کرده اند تا با وارد نمودن مقتضیات عدالت و انصاف در تعدیل و تغییر قرارداد آن را جانشین تئوری حاکمیت اراده سازند.

واقعیت این است که در نظامهای حقوقی داخلی نیز اصل حرمت و لزوم قراردادهای از تحولات ناشی از گذشت زمان مصون نمانده است.<sup>۶</sup> مداخله دولت در تنظیم شرایط قراردادهای رفاهی و عام المنفعه در سالهای اخیر رواج یافته، بطوری که گفته شده است:

دولتها اخیراً از اختیارات خود جهت تنظیم شرایط استخدام، ممنوع ساختن توسل به روشهای تجاری محدود کننده و انحصار طلبانه و حمایت از مصرف کننده بهره گرفته اند؛ حضور روز افزون دولت در تعیین شرایط بازار و اقتصاد به میزان قابل ملاحظه ای از دامنه نفوذ حاکمیت اراده در قراردادها کاسته، بطوری که با تأکیدی که بر نقش دولت در تنظیم و سامان دهی اقتصاد به عمل می آید، دیگر این که اصل آزادی و لزوم قراردادهای بتواند مداخله دولت را به چارچوب معاملات تجاری خود محدود کند، محل بحث و تردید است. بخاطر تمام این تحولات است که امروز باید در ارزش و جایگاه دکتربین حاکمیت اراده در قرارداد بعنوان یک اصل مطلق حقوقی تردید روا داشت.<sup>۷</sup>

قاعده لزوم وفای به عهد و اجرای تعهدات به عنوان یک اصل حقوق بین الملل در طول سالیان گذشته، دستخوش تغییراتی تدریجی گردیده است. از جمله اینکه با بروز تحولات نوین در حقوق بین الملل نسبت به مفهوم حاکمیت دایم بر منابع طبیعی که در لسان پاره ای از نویسندگان متقدم حقوقی به سنگ زیرین بخشی از اصول لازم الرعایه حقوق بین الملل تعبیر شده است، امروزه دیگر مفهوم سنتی اصل

6. For Instance, in English Law until the Second half of the nineteen century the liability of the parties for non-performance was absolute. One of the first Leading cases which deviated from this strict and rather archaic principle was Taylor v. Caldwell (1863) 122, Eng. Rep. 309 (K.B.).

7. M. Somarajah: The pursuit of Nationalized Property (1986) p. 110; see also P.S. Atiyah, Rise and Fall of the Freedom of Contracts (1974) pp. 716 - 778; and in 94 L.Q. Rev (1978) at 193.

لزوم تعهدات ناشی از قراردادهای سرمایه گذاری خارجی مربوط به اکتشاف و بهره برداری از منابع طبیعی، از ارزش و اعتبار پیشین برخوردار نیست. در همین مقاله خواهیم دید که حتی در حقوق معاهدات نیز اصل لزوم و حرمت کامل قرارداد ناگزیر گردیده تا برای جمع شدن و کنار آمدن با قاعده اساسی دیگری بنام اصل تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد،<sup>۸</sup> از اطلاق و کلیت خود افتاده و استثنای مهمی را پذیرا شود.

بی شک طبق یکی از قواعد حقوق بین الملل، دولت مکلف است به قراردادهایی که آزادانه با یک طرف خارجی منعقد کرده، احترام گذارد. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در قطعنامه شماره ۱۸۰۳ خود درباره حاکمیت دائم بر منابع طبیعی مصوب ۱۹۶۲، قاعده یاد شده را با عبارات زیر تأیید نموده است:

«قراردادهای سرمایه گذاری خارجی که آزادانه توسط دولتها و فیما بین آنها انعقاد یافته است، باید با حسن نیت اجرا گردند...»<sup>۹</sup>

مع هذا این قاعده نباید با اصل سنتی الزام آور بودن مطلق تعهدات یکی دانسته شود. شعبه ۳ دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده در دعاوی «آموکو اینترنشنال فینانس کورپوریشن علیه دولت جمهوری اسلامی ایران» اظهار نظر کرده است که:

«مع ذلك قاعدة مورد بحث را نباید با اصل الزام آور بودن قراردادها که غالباً مورد استناد خواهانها در داوربهای بین المللی قرار می گیرد، برابر شمرد. چرا که یکی دانستن آن دو، این شبهه را القاء می کند که دولتهای مستقل، درست همانطور که با عقد معاهدات با سایر دولتهای مستقل متعهد می شوند، بوسیله قراردادهای منعقد شده با اشخاص خصوصی نیز مأخوذ و مقید می گردند. چنین چیزی به هیچ وجه اساس و پایه ای در حقوق یا انصاف نداشته و از چارچوبی که هر دولتی در هر زمان در قوانین

8. Pacta sunt servanda.

9. Paragraph 8 of UN General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 14 December, 1962, reprinted in Basic Documents in International Law 141 (I. Brownlie 2d ed., 1972).

داخلی خود مجاز شمرده است، بسیار فراتر می‌رود. در هیچ نظام حقوقی غلبه منافع خصوصی بر مصالح حقه عمومی که به غیرممکن شدن اقدامات لازم در جهت منافع عامه منجر گردد، مجاز شمرده نمی‌شود؛ بلکه اشخاص خصوصی طرف قرارداد با دولت، فقط زمانی استحقاق دریافت غرامت عادلانه را دارند، که اقدامات انجام شده در جهت منافع عامه، به تضییع حقوق قراردادی آنها منجر شده باشد و دلیلی وجود ندارد که در مورد علایق خصوصی خارجی بگونه‌ای دیگر عمل شود. اصرار بر معافیت کامل از ضرورت‌های سیاست اقتصادی دولت ذی‌ربط، بطور یقین به رد و نفی قاعده فوق خواهد انجامید، (تأکید اضافه شده است).<sup>۱۰</sup>

قبل از سنجیدن اعتبار این نظر، لازم است ماهیت حقوقی قراردادهای دولت - که محور اصلی موضوع این مقاله را تشکیل می‌دهد - بطور فشرده مورد بررسی قرار گیرد.

### ۳. ماهیت حقوقی قراردادهای دولت

ماهیت حقوقی قراردادهای دولت همچنان موضوع بحث و اختلاف حقوقدانان است. تعیین اینکه قراردادهای دولت، قراردادهای حقوق عمومی اند یا حقوق خصوصی، بطور تجربیدی و ذهنی امکان پذیر نیست و این کار ملاکها و ضوابطی عینی می‌طلبد. این دو شاخه عمده حقوق یعنی حقوق عمومی و خصوصی، از این جهت با یکدیگر متفاوتند که حقوق عمومی روابط بین دولت و اشخاص خصوصی را سامان می‌بخشد، در حالی که حقوق خصوصی حاکم بر روابط بین اشخاص خصوصی است. لذا، تمایز اصلی بین آن دو را می‌توان به این صورت بیان کرد که یکی از آنها با روابط قراردادی فی‌مابین طرفهای هم‌تراز و برابر سر و کار دارد و دیگری با روابط طرفه‌ای که بین آنها رابطه حاکمیت و تابعیت برقرار است. البته نباید چنین

10. Iran - U.S. Claims Tribunal, Case No. 56, Chamber Three Award No. 310 - 56 - 3 dated 14 July 1987.

نتیجه‌گیری کرد که «نابرابری» طرفین قرارداد، تنها ملاک برای شناخت رابطه حقوق عمومی بین دولت و طرف خصوصی است، بلکه برای اینکه قراردادی بعنوان قرارداد حقوق عمومی توصیف گردد، علاوه بر وصف مزبور، شاخصهای دیگری نیز ضروری است.

فصل ممیز حقوق عمومی این است که دولت با در دست داشتن حاکمیت، حمایت از منافع عموم را وجهه همت خود داشته و به نمایندگی از جانب اتباع خود و با هدف تأمین منافع و مصالح جمعی آنها به انعقاد قرارداد حقوق عمومی مبادرت می‌ورزد، در حالی که شخص خصوصی از بستن چنین قراردادی، جز نیل به اهداف منفعت‌گرایانه خود انگیزه‌ای ندارد. در پیمانهای نیز که دو طرف آنها اشخاص خصوصی‌اند، هریک از آنها به دنبال تأمین هرچه بیشتر منافع خود است. پروفیسور «فاتوروس» در این مورد بحق گفته است:

«حقوق عمومی در بر دارنده قواعد حاکم بر روابط بین مصالح جمعی اتباع و منافع خاص هر یک از ایشان است؛ منافع دوگانه‌ای که ذاتاً با یکدیگر متفاوت بوده و نمی‌توان آنها را شبیه و یا برابر با هم دانست. از این رو است که همگان پذیرفته‌اند که در صورت تعارض بین آن دو، منافع عامه و عبارتی دیگر منافع جامعه اساساً باید بر منافع فردی هریک از اشخاص ترجیح داده شود.»<sup>11</sup>

نتیجه اینکه در یک قرارداد حقوق عمومی، دولت به عنوان یکی از طرفین عقد از موقعیتی برجسته و ممتاز سود می‌برد و آن اینکه گذشته از سمت و نقشی که به عنوان یکی از طرفین قرارداد دارد، حافظ منافع جامعه نیز هست. لذا غلبه وصف حقوق عمومی در قراردادهای دولت، ناشی از نگرانی و مسؤولیت بارز دولت در قبال سرزمین و مردمی است که در شمول حاکمیت آن واقعند. در اینگونه قراردادها، سمت‌گیری فعالیتها و اقدامات دولت، بسوی تأمین منافع عموم است. مصلحت عامه ایجاب می‌کند که مقام دولتی امضاکننده قرارداد بتواند بر اجرای قرارداد نظارت

11. A.A. Fatouros: Government Guarantees to Foreign Investors (1962) at p.197.



مستمر داشته و نیز مجاز باشد پاره ای اختیارات چون تعلیق، تغییر و یا فسخ قرارداد، واگذاری آن به طرف دیگر و یا جانشین کردن خود را بطور یک طرفه اعمال کند. مصالح عامه نه فقط مقام دولتی مزبور را در اجرای چنین اختیاراتی ذیحق می شناسد، بلکه اجرای آن را بعنوان بخشی از تکالیف آن مرجع یا مقام در برابر جامعه از وی انتظار دارد. بنابراین دولت علاوه بر حفاظت از منافع عامه، به اعمال حاکمیت نیز می پردازد.

صرفنظر از نقش دوگانه ای که دولت بعنوان طرف قرارداد و در عین حال مسؤول صیانت از منافع عموم به دوش دارد، قراردادهای دولتی از اوصاف دیگری نیز برخوردارند که شناخت این نوع قراردادها را از عقود حقوق خصوصی آسان تر می سازد. از آن جمله شاخصه هایی است که دیوان ایکسید در رأی خود در پرونده «آمکو» به آنها اشاره کرده است. در این دعوی در حالی که خواهانها پروانه سرمایه گذاری را بعنوان قراردادی شبه بین المللی و یا قرارداد توسعه اقتصادی می دانستند، دیوان اظهار داشت:

«مع ذلک (رابطه موجود بین آمکو آسیا و اندونزی) با یک قرارداد حقوق خصوصی شباهتی ندارد؛ چرا که در این مورد دولت می تواند به دلایلی که قابل استناد طرف خصوصی قرارداد نیست، از اجازه قبلی خود رجوع کرده و یا با بهره گیری از تشریفات که از آیین مجاز و در دسترس اشخاص خصوصی متفاوت است، در مورد کناره گیری خود از قرارداد تصمیم گرفته و آن را به اجرا گذارد.»<sup>12</sup>

ماهیت حاکمه دولت بعنوان طرف یک قرارداد و سمت گیری آن بسوی منافع عموم که اساس یک قرارداد حقوق عمومی را می سازد، در نظامهای حقوقی داخلی مورد اختلاف نیست. از این میان، شاید تأسیس شناخته شده در حقوق اداری فرانسه

12. ICSID Award of 21 November 1984, 24 ILM, (1985), p. 1022, at p. 1019 (original emphasis) (1988) L.A.R. , at p. 36. on 16 May 1986, this award was annulled by ad hoc committee, but the annulment was based upon what was perceived as an erroneous valuation of Amco's investment, and not point adverted to above; see 25 ILM (1986), p. 1439.

بنام «قراردادهای اداری» بارزترین مهر تأیید بر جنبه های یاد شده از قراردادهای دولتی باشد.<sup>۱۳</sup> در حقوق فرانسه، قراردادهای دولتی بی تردید دارای طبع حقوق عمومی اند. نظامهای حقوقی کشورهای اسلامی عرب و غیر عرب در آسیا و آفریقا نیز با الهام از حقوق فرانسه همین اصل را پذیرفته اند.<sup>۱۴</sup> از جنگ جهانی دوم به این سو، الگوی حقوقی مصر که خود از حقوق فرانسه برخاسته بود، در عراق، سوریه، لیبی، کویت، قطر، الجزایر، سودان، یمن و امارات متحده عربی ارائه و رسماً پذیرفته شد.<sup>۱۵</sup> در حقوق آلمان، قانون آیین دادرسی اداری جمهوری فدرال با پیروی از رویه قضایی و دکتترین علمای حقوق، قراردادهای منعقدۀ توسط طرفهای برابر را از پیمانهای که یکی از طرفین آنها تحت سیطره طرف دیگر قرار داشته، تفکیک کرده است. شاید بتوان نوع اخیر را با آنچه که در حقوق فرانسه به قرارداد اداری مصطلح گردیده، خیلی شبیه دانست. حسب مفاد بند ۱ ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی اداری جمهوری فدرال آلمان، قرارداد امتیاز و امثال آن را لزوماً باید در «زمره قراردادهای حقوق عمومی» دانست. مواد ۵۴ تا ۶۲ قانون مزبور ضمن پیش بینی مقرراتی درباره قراردادهای حقوق عمومی، ضابطه واحدی را برای حکومت بر مسائل اصلی پیرامون قراردادهای مزبور تنظیم نموده و به این ترتیب قراردادهای موضوع حقوق اداری را که پیش از این فقط تابع رویه قضایی بود، مشمول مقررات جدیدی ساخته است. سیستم حقوق انگلوساکسون شاخه جداگانه ای از حقوق عمومی را برای پاسخگویی به مسائل مربوط به قراردادها اختصاص نداده و لذا قراردادهای دارای ماهیت تصدی و عمومی نیز اساساً تابع قواعد عمومی قراردادها هستند. بحثی نیست که کامن لا اصول ذیربط

13. De Laubadère, *Traité de droit administratif*, I (ed. 7 Paris 1976), pp.22-23.

14. A. S. El - Koshari and T.F. Riad, *The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process*, I ICSID Rev - FILJ (1986) p. 257, at p. 260: See also El - Koshari et al. *The Changing Roles in the Arbitration Process*, in *Proceedings of the First Euro-Arab Arbitration Conference*, at Port El Kantoui, Tunisia, 24-27 September 1985. Lloyd's of London Press Ltd. (1987), p. 253.

15. *Ibid.*

حقوق عمومی را در قالب قانونمندیهای حقوق خصوصی در آورده است. در این مورد اظهار نظر یکی از نویسندگان حقوقی شایان ذکر است. وی می گوید:

«شاید اطلاق پدیده های حقوقی ذوجنبتین به قراردادهای دولت در انگلیس و ایالات متحده از همه تعابیر به واقعیت نزدیکتر باشد: این قراردادها از جهت بافت نظری و اصولی خود، از جنس عقد به مفهوم حقوق خصوصی آن بوده، در حالی که بلحاظ فضای حقوق عمومی محیط بر انعقاد آن، دارای فصل ممیزهای منحصر به فرد می باشند».<sup>۱۶</sup>

پروفیسور «فریدمن» مطلب را بازتر کرده است:

«در کامن لا تولد گروه جدیدی از قراردادهای دولتی را شاهدیم که هر چند از لحاظ نظری چیزی جز شکل خاصی از قرارداد خصوصی نیستند، ولی مشخصاً قواعدی از حقوق عمومی را که با نهاد قرارداد اداری حقوق فرانسه مشابهت فراوان دارد، به نمایش می گذارند».<sup>۱۷</sup>

بنابراین فارغ از عنوانی که به قواعد حاکم بر این موضوع داده شده است، در عمل قراردادهای دولتی در هر دو نظام عمده کامن لا و حقوق نوشته از حیثیت حقوق عمومی ممتاز و مستقلی برخوردارند.

#### ۴. قابلیت تغییر قراردادهای دولتی: مطالعه تطبیقی

در مبحث قراردادهای دولتی، «اصول کلی حقوقی» به مفهومی که در بند ۱ (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری پیش بینی شده است، نقش برجسته ای را در حل و فصل اختلافات مربوط به حدود حقوق و تعهدات طرفین، چه بعنوان منبع مکمل حقوق برای پر کردن خلأهای موجود در قانون حاکم دولت طرف

16. C.C.Turpin, Public Contracts International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Chapter 4.

17. Friedmann, The Uses of General Principles in the Development of International Law, 57 AJIL (1963), p. 279, at p. 281.

قرارداد و چه بعنوان منبع حقوق بین الملل در جایی که حقوق بین الملل به تنهایی قانون حاکم بر قرارداد تعیین شده است، ایفا می نماید. در قراردادهای دولتی، موادّ مربوط به انتخاب قانون حاکم معمولاً بجای اشاره به حقوق بین الملل عمومی از «اصول کلی حقوقی» یاد کرده و در این خصوص یا از عین عبارت «اصول کلی حقوقی شناخته شده توسط ملل متمدن» که در بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه به کار رفته استفاده کرده و یا از تعبیر مشابهی از قبیل:

- اصول حقوقی آشنا برای ملل متمدن؛

- اصول کلی حقوقی شناخته شده توسط ملل متمدن و از جمله اصولی

که بوسیله مراجع بین المللی به اجرا در آمده اند؛ و

- اصول کلی حقوقی جدید.

علاوه بر قید صریح انتخاب قانون حاکم مبنی بر تعیین اصول کلی حقوقی بعنوان قانون مناسب قرارداد، اهمیت اصول کلی حقوقی در تئوریهای چون حقوق بازرگانی فراملی و حقوق بین الملل قراردادها انعکاس یافته و از آنها بعنوان ستون اصلی قراردادها یاد شده است. در نظر «وردروس» درباره قانون حاکم بر قرارداد (که گفته بود: قرارداد خود قانون حاکم بر خود است) اصول کلی حقوقی بعنوان منبع تکمیلی قرارداد عمل نموده و حال آنکه از دیدگاه «لرد مک نر» اصول مزبور انعکاس بخش مجموعه قواعد حاکم بر قرارداد بوده و این توانایی را دارند که خطوط اصلی قراردادهای توسعه اقتصادی دولت را بعنوان گروه خاصی از قراردادهای ترسیم کنند.<sup>۱۸</sup> در این زمینه، اصول کلی حقوقی مربوط به تغییر قراردادها، شایان توجه خاصی می باشند.

گفتار بعدی اختصاص دارد به بررسی رویه های مربوط به تغییر شرایط

18. Lord McNari, General Principles of Law Recognised by Civilized Nations, 33 B.Y.B.I.L. (1957), pp. 2-4.

قراردادهای حقوق عمومی و خصوصی در نظامهای حقوقی عمده و نمونه جهان. محور توجه ما در این بحث، استثنائات وارده بر دکترین الزام آور بودن قراردادهای و یا موارد معافیت متعهد از ایفای تعهدات قراردادی خود است.

### الف - حقوق انگلوساکسون و قراردادهای حقوق خصوصی

در حقوق انگلوساکسون، دکترین عدم امکان اجرای قرارداد و یا غیر ممکن شدن غیر مترقبه و ناگهانی ایفای تعهدات قراردادی، محدودیت کاملاً شناخته شده ای بر اجرای مطلق اصل لزوم قراردادهای است. در پیدایش این دکترین دادگاههای انگلیسی نیمه دوم قرن نوزدهم نقشی بسزا داشته اند. «سر دیوید هیوز پری» در اثر فاضلانۀ خود می گوید:

«چنانچه موضوع تعهد قراردادی انجام دادن عملی باشد، متعهد ملزم به انجام آن و یا پرداخت خسارت عدم ایفای تعهد است، هر چند که در نتیجه بروز حادثه ای غیرقابل پیش بینی، اجرای قرارداد بطور غیرمنتظره ای مشکل و یا حتی غیر ممکن شده باشد. ولی در یکصدسال گذشته دادگاهها به این نظر گرویده اند که چنانچه با بروز رویداد غیرمترقبه ای اساس توافق طرفین مخدوش و متزلزل گردد، در آن صورت قرارداد را باید فوراً و صرفنظر از اراده صریح خود طرفین، پایان یافته و منتفی تلقی نمود»<sup>۱۹</sup>.

بنابراین، در حقوق انگلیس چنانچه پس از بسته شدن قرارداد اجرای آن از نظر قانونی و یا مادّی غیرممکن گردد، و با تحولاتی پیش آید که در نتیجه آنها اجرای قرارداد تحت شرایط جدید بمنزله به اجرا گذاشتن قراردادی باشد متفاوت با آنچه که در ابتدا موضوع تراضی طرفین قرار گرفته است، هر دو طرف قرارداد بموجب دکترین «عدم امکان اجرای قرارداد» از ادامه اجرای تعهدات خود معاف خواهند شد.

همچنین شرح (دوم) منتشر شده توسط انستیتوی حقوق آمریکا در تبیین و

تحلیل قانون قراردادهای اشعار می دارد:

19. D. Hughes Parry, Sanctity of Contracts in English Law (1959), London, p. 47.

«چنانچه پس از انعقاد قرارداد، اجرای تعهد یکی از طرفین بدون تقصیر از ناحیه متعهد با حدوث امری که عدم وقوع آن فرض اصلی مبنای قرارداد بوده، غیر عملی گردد، تعهد طرف مزبور برای ایفای آن مورد خاص ساقط می شود مگر اینکه متن قرارداد یا اوضاع و احوال به گونه ای دیگر ایجاب نمایند.»<sup>20</sup>

رویه قضایی در این مورد فراوان است. در دعوی کول علیه هنری<sup>21</sup> که از جمله پرونده های معروف مربوط به تاجگذاری در انگلستان است، متعهد به دلیل انتفای تعهد از پرداخت خسارت معاف گردید، (در این پرونده اطاقهای یک هتل برای تماشای مراسم رژه اجاره شده بود ولی مراسم مزبور بواسطه بیماری پادشاه لغو گردید). در دعوی تیلور علیه کالدول<sup>22</sup> دادگاه این شرط را از قرارداد استنباط کرد که در صورت تعدر و غیرممکن شدن اجرای تعهد بواسطه زوال و یا فقدان وضعیت خاصی که از لوازم عقد به شمار می رود، طرفین بری الذمه خواهند شد. «لرد راد کلیف» در پرونده دیویس کانترکتورز لیمیتد علیه فرهام یو.دی.سی. نظر داد که:

«... انتفای تعهد در موردی صادق است که قانون بپذیرد بدون تقصیری از ناحیه هریک از طرفین، اجرای تعهد غیرممکن گردیده، زیرا شرایط زمان اجرای تعهد بگونه ای است که موضوع آن را کاملاً با آنچه در زمان عقد تعهد شده بود، متفاوت می سازد.»<sup>23</sup>

گفتنی است که در حقوق انگلیس اصطلاح «فراستریشن»<sup>24</sup> قرارداد به عدم امکان واقعی اجرای قرارداد و نیز انتفای هدف نهایی از عقد اشاره دارد، در حالی که در فرهنگ حقوقی امریکا «فراستریشن» فقط ناظر به حالت اخیر، یعنی شرایطی است که طی آن اجرای قرارداد غیر عملی گردد و نه غیر ممکن. اثر عدم امکان اجرای

20. Restatement (Second) of Contracts Sec. 261 (1979); See also the Uniform Commercial Code, Sec. 2-615 (1978)

21. (1903) 2 K.B. 740.

22. (1863) 122 Eng. Rep. 309 K.L'

23. Davis Contractors, Ltd. v. Fareham U.D.C. (1956) A.C. 696.

24. Frustration of Contract.

قرارداد، فسخ آن است. زیرا دادگاه انگلیسی نمی‌تواند به منظور متناسب ساختن قرارداد با شرایط مستحدث و تغییر یافته در متن آن دخل و تصرف کرده و هیچ‌یک از طرفین نیز مجاز نیست که به استناد تغییرات مؤخر، از تعهدات خود بکاهد و یا حقوق بیشتری را مطالبه کند. در آرای صادره از دادگاههای امریکایی نیز همین تفکر به چشم می‌خورد.

## ب - حقوق انگلوساکسون و قراردادهای حقوق عمومی (۱) انگلیس

در حقوق انگلیس کاملاً پذیرفته شده که قرارداد نمی‌تواند دولت را از اجرای مسؤولیتهایی که لازمه بقای آن است، باز دارد. این اصل در پرونده معروف آمفی ترایت علیه کینگ<sup>۲۵</sup> بخوبی بیان شده است:

«دولت مجاز نیست در آزادی عمل خود برای دست زدن به اقداماتی که ممکن است برای پاسخگویی به نیازهای آتی جامعه ضروری باشد، محدودیتی وارد نماید. به سخن دیگر دولت نمی‌تواند با انعقاد قرارداد دست خود را برای اقدام در اموری که به رفاه عامه مربوط می‌گردد، ببندد.»

این بدان معنی نیست که دولت به هیچ وجه مأخوذ به تعهدات قراردادی نمی‌گردد. بلکه منظور این است که دولت تحت هیچ شرایطی جز رفاه کشور و یا مصالح عامه نمی‌تواند از تعهدات قراردادی خود شانه خالی کند. عبارات صریح به کار رفته توسط «لرد دنینگ» در رأی صادره در دعوی زارنیکوف لیمیتد علیه رولیمپکس هرگونه ابهامی را در این زمینه از میان برده است:

25. (1921) 3 K.B. 500. In that case, the Swedish owners of a cargo ship were assured during the 1914-1918 War by the British legation in Stockholm that, if the ship was sent to the United Kingdom with a designated cargo, she would not be seized. The ship was detained despite this assurance, and it was held that no action for damages lay for a breach.

۱... دولت نمی‌تواند وظیفه خود را در مورد تأمین مصالح عامه معطل بگذارد... دولت می‌تواند با عقد قرارداد برای خود الزام ایجاد کند. به این معنی که به هیچ عملی که اجرای تعهدات موضوع قرارداد را با تأخیر روبرو سازد و یا غیرممکن گرداند، دست نزند.<sup>۲۶</sup>

امکان نسخ مواد قرارداد بنا به ملاحظات مربوط به منافع اجتماعی می‌تواند با پیش بینی حق دریافت غرامت از بابت زیانهای وارده به واسطه فسخ پیش از موعد و یا تحمیل تعهدات اضافی به طرف خصوصی، همراه گردد. ولی گفتنی است که حقوق انگلیس حق دریافت خسارت در صورت مداخله دولت در حقوق مالی را به روشنی تأیید نکرده است و این امر را شاید بتوان با بررسی قانون مصوب ۱۹۷۵ پارلمان انگلیس توضیح داد. دو حقوقدان برجسته انگلیسی اثر قانون یاد شده را چنین بیان کرده اند:

«قانون نفت و خطوط لوله تحت البحری مصوب ۱۹۷۵، در شرایط کلیه پروانه های تولیدی موجود تغییرات اساسی داده و بدون پیش بینی غرامت، تعهداتی جدید را بویژه در خصوص برنامه های توسعه و برداشت از حوزه های نفتی مقرر نمود و محدودیتهای شدیدتری را در مورد واگذاری امتیازات به مورد اجرا گذاشت. در مقام پاسخگویی به انتقاد قابل پیش بینی به پارلمان مبنی بر اینکه این قانون بمنزله بی احترامی به تعهدات قراردادی انگلیس و نفی حکومت قانون و حتی مصادره غیرقانونی حقوق مربوط به امتیاز از دیدگاه حقوق بین الملل می باشد، وزرا متفقاً اعلام کردند که هیچ گونه تفاوتی بین اثر و بی آمد قانون مزبور و تغییر اقدامات تقنینی و یا مالی که نتیجه آنها ساختن شرایط قرارداد خواهد بود، قائل نیستند...»<sup>۲۷</sup>

26. [1978] AII.E.R. 81,83.

27. T. Daintith and G. Willoughby: A Manual of United Kingdom Oil and Gas Law 30 (1977). See also address of Anthony Wedgdom Benn (United Kingdom's Secretary of State for Energy) in Parliament on the Matter, 5 Parl. Deb. H.C. (5 th ser.) 1167 (1975) (Report of Standing Comm. D. on Petroleum and Submarine Pipelines Bill).



مع ذلک هریک از سازمانهای دولتی (انگلیس) می تواند با تنظیم قرارداد نسبت به پرداخت خسارت وارده به طرف دیگر قرارداد حق الامتیاز که از اصلاح قرارداد به دلیل تغییر در مقررات حاکم قانونی و یا اجرای اختیارات محوله به دولت متضرر گردیده است، توافق نماید. نظام حقوقی انگلیس بر حاکمیت و تفوق پارلمان تأکید ورزیده و دولت با استفاده از همین اصل و با تصویب قانون می تواند بطور یکجانبه قراردادها را تعدیل و یا فسخ کند.

بنابراین هیچ یک از سازمانهای دولتی انگلیس نمی تواند از طریق قرارداد هیچ گونه محدودیتی بر اختیار قانونگذاری پارلمان انگلیس و بالمآل اصلاح قراردادهای امتیاز منعقد با دولت وارد سازد. برای مثال، پارلمان انگلیس در سال ۱۹۷۵ آمادگی خود را برای تغییر و تعدیل یکجانبه شرایط پروانه های قراردادی صادره برای بهره برداری از نفت دریای شمال اعلام نمود.

## (۲) ایالات متحده

در نظام حقوقی امریکا، دولت می تواند در اجرای حقوق و اختیارات خود برای تأمین سلامت، بهداشت، نظم مطلوب، آسایش و یا رفاه عموم افراد اجتماع، تعهدات قراردادی خود را باطل و بلااثر سازد. بدیهی است در اجرای این اختیار باید ضوابط معقول و منطقی مدنظر قرار گرفته و از اعمال بی رویه و خودسرانه آن احتراز شود. چنانچه این اختیار و یا اختیارات ویژه مشابه با آن بنحوی قانونی و مشروع اجرا گردد، برای دولت از حیث جبران خسارت وارده مسؤولیت آور نخواهد بود. دیوان عالی ایالات متحده در دعوای هورویتس علیه ایالات متحده<sup>۲۸</sup> رأی داد که دولت فدرال را می توان از بابت عدم ارسال بموقع ابریشم فروخته شده به واسطه تحریم کلی اداره راه آهن در مورد ارسال محموله های ابریشم، ضامن شناخت. مع الوصف دیوان چنین نظر داد که مسلماً « اگر ایالات متحده بعنوان طرف قرارداد، خوانده دعوی قرار گیرد، نمی توان

28. (1925) 267 U.S. 458.

آن را از بابت اقدام معموله حسب سمت عمومی خود بعنوان دولت در جلوگیری از اجرای قرارداد خاص مسؤول دانست.<sup>29</sup> همچنین در دعوی واندربلیچ کانتراکتینگ کمپانی علیه ایالات متحده<sup>30</sup> رأی صادره چنین بود که «اقدامات واجد طبع کلی و عمومی که در جهت اجرای برنامه های عام المنفعه است، اعمال حاکمیت تلقی گردیده و برای ایالات متحده ضمان آور نیست». بنابراین در سیستم حقوقی امریکا، اختیارات حاکمانه دولت به اجرای قراردادها بطور عموم تسری داده شده است. دولت می تواند به استناد حق تصاحب املاک خصوصی برای مقاصد عامه، در قراردادها مداخله کند و در چنین حالتی، چنانچه اجرای اختیارات دولت به «مصادره» انجامیده و از مرز تنظیم مقررات فراتر رفته باشد، حکم پرداخت خسارت عادلانه قابل صدور است. در قراردادهای منعقدۀ توسط دولت امریکا ماده مربوط به «فسخ به تشخیص دولت» در مختومه اعلام شدن قراردادها در هر زمان که منافع عالیۀ دولت ایجاب نماید، نقشی اساسی دارد. آیین مربوط این است که بمجرد دریافت اخطار فسخ از طرف مقام دولتی امضاکننده قرارداد، طرف دیگر مکلف است کار را تعطیل و ادعای خسارت خود را که شامل بهره منطقی نسبت به انجام کار شده است، به او تسلیم کند. منطوق واگذاری چنین اختیاراتی به دولت روشن است:

«گرفتن اموال خصوصی برای مصارف عامه با پرداخت خسارت عادلانه تا آن اندازه برای اجرای صحیح مسؤولیتهای دولتی ضروری است که بقای دولت منوط به آن دانسته شده است. این اختیار قابل اعراض نیست و اگر هم در قرارداد از آن چشم پوشی شده باشد، هرگاه دولت بخواهد قابل اعاده است.»<sup>31</sup>

29. Ibid. see for exceptions in *Murray v. Carleston* (1877) 96 U.S. 432 (Tax exemptions granted by contract were held enforceable); *Perry v. U.S.* (1935) 294 U.S. 330 (Contracts whereby the United States - borrowed money were held enforceable).

30. 351 F. 2d 956 (ct. Cl. 1965).

31. *Georgia v. City of Chattanooga* 264 U.S. 472,480(1924); See *Atlantic Coast Line Rly v. Goldsboro*, 232, U.S. 548 (1914).

افزون بر این در حقوق امریکا تغییر در قراردادهای دولتی می‌تواند براساس «ماده تغییر» در قراردادهای ساختمانی و قوانین مصوب مثل کاربرد «واقعیت در قانون معاملات» مصوب ۱۹۶۲ و «قانون تجدید معاملات» ۱۹۵۱ صورت گیرد. قانون اخیرالذکر بازپرداخت منافع کلان ناشی از قراردادهای دفاعی را بعنوان سازوکاری مشابه با مالیات «سودهای بادآورده» در قراردادهای توسعه منابع طبیعی پیش بینی کرده است.

### ج - حقوق فرانسه

آرای مشهور صادر شده از شورای دولتی فرانسه، اصول و ضوابط مشخصی را در خصوص قابلیت تغییر قراردادهای منعقد شده توسط سازمانهای اداری و دولتی تعیین و ترسیم کرده است. دستگاه اداری می‌تواند در صورت اقتضای منافع عامه، بطور یک طرفه در قراردادهای اجرایی منعقد شده با اشخاص خصوصی دخل و تصرف کند. دولت به اعتبار اختیارات ذاتی و اصیل خود برای کنترل امور، می‌تواند به هر نحو شایسته در قراردادها مداخله کند و یا شرایط آنها را با نیازهای در حال تحول جامعه سازگار سازد. بدیهی است چگونگی اعمال این اختیار می‌تواند از طرف دادگاههای اداری و در مرحله آخر توسط شورای دولتی مورد بازبینی قرار گیرد.

دستگاه اجرایی نمی‌تواند شرایطی را که طبق آنها مزایایی مالی به طرف خصوصی و پیمانکار قرارداد اعطا شده، محدود، اصلاح و یا ابطال نماید و باید به تعادل و یا برابری مالی قرارداد احترام گذارد. بنابراین، اختیار مطلق دستگاه اجرایی برای ابطال قراردادها، قدرت الزام آور قراردادهای اداری را نفی نمی‌کند. زیرا طرف متضرر از قرارداد می‌تواند خسارات ناشی از سنگین تر شدن شرایط اجرای قرارداد و زیانهای پیش بینی نشده ای را که معلول مداخله دولت می‌باشد، مطالبه کند. گفتنی است که چنانچه سبب ورود زیان و یا تحمیل وارده به طرف دیگر، صرفاً دستگاه اجرایی و یا مقام امضا کننده قرارداد باشد، خسارت کامل باید مورد حکم قرار گیرد؛

ولی اگر علل و اسباب ورود خسارت و یا سنگین تر شدن شرایط اجرا، خارجی بوده و از محدوده مخاطرات و مسؤولیتهای منطقاً پذیرفته شده طرفین فراتر رود، دادگاه باید به خسارت جزئی و یا متناسب با زیان وارده رأی دهد. لذا مفهوم قابلیت تغییر قراردادهای اداری و اجرایی در فرانسه مرتبط است با تئوری پرداخت غرامت به تناسب شرایط و موقعیتهای دوگانه بالا. در بحث آتی، این دو موقعیت را از یکدیگر تفکیک خواهیم کرد.

### (۱) دکترین عمل حاکم

این دکترین ناظر است به مداخله مستقیم مقام و مرجع امضا کننده قرارداد به هر شکل ممکن (یعنی تغییر و یا فسخ) در قرارداد دولتی. در چنین حالتی، خسارت کامل شامل عدم النفع (و یا منافع قابل انتظار) باید پرداخت گردد. «تورپین» در این مورد اظهار داشته است که:

«... در حقوق فرانسه، اجرای اختیار ذاتی فسخ توسط سازمان دولتی، برای طرف خصوصی قرارداد این حق را ایجاد می کند که به لحاظ تکلیفی که دولت برای حفظ تعادل مالی» قرارداد دارد، خسارات کامل خود را از بابت زیانهای وارده و منافع از دست رفته دریافت نماید».<sup>۳۳</sup>

در صورت مداخله غیر مستقیم در حقوق قراردادی (اعم از اینکه از طریق قانونگذار و یا اقدامات قوه مجریه بوده و یا به واسطه اجرای هرگونه اختیار واجد حیثیت عمومی)، پرداخت خسارت فقط زمانی ضرورت پیدا می کند که تعادل اقتصادی قرارداد بشدت بر هم خورده باشد.

### (۲) دکترین حادثه غیر مترقبه

این دکترین تعریف شده است به:

32. C. Turpin, Public Contracts, sec. 56 (1980) (Ch. 4 of 7 International Encyclopedia of Comparative Law. A. Von Mehren, ed.).

«اختلال ناگهانی در تعادل قرارداد بواسطه بروز یک رویداد سیاسی و یا اغلب اقتصادی دارای ماهیت عمومی که اراده طرفین در آن مدخلیتی نداشته و در زمان امضای قرارداد برای آنان غیرقابل پیش بینی باشد، بنحوی که وقوع حادثه مزبور بدون غیرممکن گرداندن اجرای قرارداد از ناحیه طرف دیگر، ایفای تعهد را بطور غیرقابل تحملی دشوار سازد».<sup>33</sup>

دکترین یاد شده که برای نخستین بار توسط شورای دولتی فرانسه در پرونده گاز شهر «بور دو»<sup>34</sup> مطرح و تبیین گردید، کلیه قراردادهای اداری را در بر می گیرد. اساس این دکترین، ضرورت تأمین بی وقفه و مستمر خدمات عام المنفعه بوده و به موجب آن چنانچه بر اثر بروز تغییرات پیش بینی نشده ای در اوضاع و احوال تعادل اقتصادی قرارداد بر هم خورد، تعهدات طرفین قرارداد اداری می تواند تعدیل شود. برای مثال در دعوای فوق الذکر، پیمانکاری خصوصی برای تأمین گاز به بهای ثابت برای شهر «بور دو» قرارداد دراز مدتی بسته بود. زمان انعقاد این قرارداد به قبل از جنگ جهانی اول بر می گشت که بهای ذغال سنگ چیزی بین ۲۳ و ۲۶ فرانک برای هر تن بود. با بروز جنگ قیمت هر تن ذغال سنگ در سال ۱۹۱۷ تا ۱۱۷ فرانک یعنی رقمی بیشتر از چهار برابر قیمت اولیه ترقی کرد. شرکت گاز (پیمانکار خصوصی) دعوایی به خواسته افزایش بهای گاز به تناسب افزایش در قیمت روز ذغال سنگ در دادگاه اداری مطرح کرد، رأی شورای دولتی فرانسه در قسمت مربوط اشعار می دارد:

«اساساً قرارداد حق الامتیاز مادام که به قوت خود باقی است، تنظیم کننده تعهدات هریک از طرفین است. نوسانات در قیمت مواد خام به دلیل شرایط اقتصادی، خود از احتمالات ضرر در معامله است که بسته به این که برای دارنده امتیاز مطلوب باشد یا نامطلوب و اوزیان ناشی از آن نوسانات را همچنان بپذیرد، فرض بر این است که هریک از طرفین قبل از متعهد ساختن خود این احتمال را در محاسبات و پیش بینی های خود مد نظر قرار داده است.

33. J.L.Délvolé. The French Law of "Imprévision" in International Contracts 2 Int'J. Cont. Law and Finance Rev., 3,5(1981).

34. C.E. 30 March 1916, 1916 S.III 17, Concl. Chardent, Note Hauriou.

ولی در ما نحن فیه بهای ذغال سنگ که ماده اصلی تولید گاز است، در طول جنگ حاضر به واسطه اشغال دشمن و نبرد دریایی افزایش یافته و این افزایش نه تنها به مفهوم واقعی کلمه استثنایی است، بلکه با برهم زدن همه محاسبات یقیناً از مرزهای قابل پیش بینی طرفین در زمان عقد قرارداد فراتر رفته، بطوری که در نتیجه جمع شرایط یاد شده، بنیاد اقتصادی قرارداد کاملاً فروپاشیده است. بنابراین ادعای شرکت (خواهان) موجه می باشد و با توجه به شرایط مورد نظر در زمان امضای قرارداد، نمی توان ادامه اجرای خدمات قراردادی را در اوضاع غیر طبیعی فعلی، از او انتظار داشت ...

چنانچه طرفین قادر نباشند نسبت به شرایط خاص ادامه خدمات شرکت توافق نمایند، دادگاه بدوی باید با عنایت به کلیه واقعیات امر، مبلغ قابل تعلق به پیمانکار را برای جبران زیان ناشی از شرایطی که مورد نظر طرفین نبوده و در طول آن مدت، شرکت باید خدمات خود را کماکان در طول دوره قرارداد ادامه می داده است، تعیین کند.<sup>۳۵</sup>

بنابراین، چنانچه شرایط پیش بینی نشده باری را به دوش طرف خصوصی قرارداد بگذارد که بیش از مسؤولیتها و خسارات محتمل و منطقی پذیرفته شده از جانب وی باشد، پیمانکار می تواند خسارت ناشی از زیانهای وارده و یا بعضاً غرامت جزئی از بابت آنها را مطالبه کند ولی مستحق دریافت عدم النفع و یا سودهای مورد انتظار آتی نخواهد بود. منطقی دکتترین حادثه غیر مترقبه این است که منافع جامعه ایجاب می کند که قراردادهای دولتی اجرا گردد و مؤسسات خصوصی از این که با دولت طرف قرارداد شوند، واهمه ای به دل راه ندهند. بموجب این دکتترین فسخ قرارداد تنها زمانی جایز است که اختلال در تعادل قراردادی، قطعی و غیر قابل ترمیم باشد. در واقع این تکلیف قاضی است که برای کمک به بقای قرارداد و بویژه پیشنهاد چارچوب جدیدی برای طرفین، پیشقدم شده و تنها زمانی به فسخ قرارداد حکم دهد که تلاش برای نزدیک ساختن طرفین به توافق بی نتیجه مانده باشد. علاوه بر

35. As quoted by R.W. Bentham in his article Question of Hardship in Transnational Agreements, in Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order (D.C. Dicke, ed., 1987). pp. 166 - 167.

فرانسه، دکترین مورد اشاره در پاره‌ای از قوانین مدنی کشورهای دیگر نیز پذیرفته شده است.

## د - حقوق آلمان

هرچند حقوق قراردادهای آلمان بر اصل الزام آور بودن قراردادهای استوار است، مسأله قابلیت تغییر قراردادهای حقوق عمومی و خصوصی بر اصول کاملاً مشابهی یعنی دکترین «اساس قرارداد» و «ضوابط انصاف» مبتنی است: دکترین «اساس قرارداد» به شرحی که در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان پیش بینی شده مقرر می‌دارد: «متعهد ملزم است موضوع تعهد را با حسن نیت و با توجه به عرف معمول اجرا کند». رویه قضایی آلمان در عمل این تعریف را در قالب عبارات محدود و مقید زیر چنین بیان کرده است:

«اظهار و اعلام مشترک طرفین قرارداد در زمان امضای آن و یا بیان اوصافی از جانب یکی از طرفین که به اطلاع طرف دیگر رسیده و بطور ضمنی مورد قبول وی واقع شده است، در خصوص وجود و یا وقوع آتی شرایطی که قصد هر دو طرف از انعقاد قرارداد مبتنی بر آن می‌باشد».<sup>۴۶</sup>

بموجب قانون مدنی آلمان، دکترین «اساس قرارداد» تحت شرایط محدودی قابل استناد بوده و دادگاههای آلمان در انطباق و اعمال این تئوری به موارد خاص، ضوابط انصاف و عدالت را در نظر می‌گیرند. بنابراین به منظور اجرای این دکترین و امکان تغییر قرارداد (یعنی تعدیل و یا فسخ آن)، حدوث تغییراتی بنیادین در اوضاع و احوالی که اساس قرارداد را تحت تأثیر خود قرار دهد، فقط شرطی لازم بوده ولی کافی نیست و این مطلب باید با توجه به ضوابط دیگری چون شدت تغییرات مزبور، قابلیت توجه و اسناد مسؤولیت و احتمال ادامه رابطه قراردادی، مورد ارزیابی و قضاوت قرار گیرد و این همه غیر از استثنائاتی است که در حقوق آلمان بر اجرای این

36. 74 BGHZ, 37 at 373.

دکترین وارد شده است. نتیجه استناد موقّق هریک از طرفین به این دکترین، این خواهد بود که دادگاه یا قرارداد را تعدیل و با شرایط جدید منطبق ساخته و یا چنانچه سازگاری ممکن نبوده و منطقاً نیز قابل انتظار نباشد، به فسخ قرارداد حکم دهد.

قانون آیین دادرسی اداری آلمان نیز تعدیل قراردادهای دولتی را در صورت انتفای مبنای قرارداد پیش بینی کرده است. گفتنی است که از دیدگاه حقوق اداری اعطای امتیاز، عمل تصدّی یکجانبه تلقی می شود. حقوقدانان آلمانی ظاهراً از این فکر جانبداری می کنند که دکترین «اساس قرارداد» با آزادی و امکان بیشتری به قراردادهای دولتی اعمال گردد تا قراردادهای حقوق خصوصی. شاخص و ملاک اصلی دستگاه دولتی در تغییر یکجانبه قرارداد، منافع عامّه می باشد که باید در هر مورد برای آن ارزش تعیین کننده ای قائل گردد. در حقوق آلمان استحقاق طرف زیان دیده از تغییر قرارداد به دریافت غرامت کافی، شناخته شده است.

##### ۵. نظامهای حقوقی عمده: ارزیابی مجدد

از بررسی نظامهای حقوقی نمونه و عمده جهان کاملاً روشن می گردد که اصل الزام آور بودن قرارداد و یا لزوم مطلق آن در چارچوب قراردادهای حقوق عمومی و حقوق خصوصی، قیود و شروطی را پذیرفته است، بویژه این که در حوزه قراردادهای عمومی و یا دولتی، شرط مورد پذیرش تقریباً تمام نظامهای حقوقی دنیا این است که طرف دولتی یک قرارداد عمومی می تواند صرفاً با رعایت تکلیف خود در پرداخت غرامت، از اختیارات استثنایی و انحصاری خود برای تغییر در شرایط و یا حتی فسخ قرارداد جهت تأمین مصالح عامّه و منافع جامعه بهره گیرد. این که دولت بعنوان طرف قرارداد چگونه می تواند از اختیارات انحصاری و ویژه ای برخوردار باشد، شاید با توجه به موقعیت استثنایی خاص و یا نابرابر دولت و نیز هدفهای خاص آن توجیه گردد. پروفیسور «فاتوروس» منطق اصلی این تبعیض را در عبارات فشرده زیر بخوبی نشان داده است:



از دیدگاه ماهوی، خصوصیت و ویژگی حقوق عمومی بر طبیعت خاص دولت بعنوان نماینده و مظهر تجمع غیر ارادی افراد استوار می‌باشد. دولت از این حیث چیزی جز آحاد افراد خود نیست. هیچ گونه منفعتی را برای خود و بالاصاله تعقیب نکرده و صرفاً نماینده منافع جمعی شهروندان خود است.<sup>۳۷</sup>

در صورت تعارض بین رسالت و مسؤولیت برجسته دولت در قبال کشور و مردمی که تحت حاکمیت آن قرار دارند از یک سو، و منافع سرمایه گذار خصوصی در حفاظت از سرمایه و انتظارات اقتصادی خود از سوی دیگر، که خود مسأله‌ای مورد اختلاف در سراسر دنیا است، سازمان دولتی بعنوان طرف قرارداد می‌تواند از امتیازات ویژه زیر برخوردار باشد:

«(۱) کنترل و یا جهت دادن به قرارداد (از جمله تغییر در شرایط قراردادی)؛ (۲) فسخ یک جانبه قرارداد و (۳) اعمال ضمانت اجرایی علیه پیمانکار (از جمله تعدیل مجدد در مبلغ قرارداد و یا استرداد منافع اضافی)»<sup>۳۸</sup>

در مورد فسخ قرارداد چنین اظهار نظر شده است:

«بارزترین نوع اختیارات ویژه‌ای که دولت از آن بهره‌مند است، حق فسخ یکجانبه قرارداد است در صورت اقتضای منافع عامه.

این اختیار عمده در واقع ویژگی همه نظامهای ملی مسؤول تدارکات بوده که برای حفظ آزادی عمل مقامات دولتی ضرورتی آشکار دارد»<sup>۳۹</sup>

یکی از حقوقدانان برجسته درباره اینگونه اختیارات دولت می‌گوید: «بموجب آرای صادره، مقامات دولتی نه فقط مجاز، بلکه مکلفند که اختیارات مزبور را بعنوان بخشی از مسؤولیت‌های خود در برابر ملت به اجرا گذارند»<sup>۴۰</sup> وی همچنین اظهار داشته

37. Fatouros, op cit., p. 196.

38. C. Turpin, op. cit., at p. 37.

39. Ibid., at p. 40.

40. W. Friemann, The Changing Structure of International Law (1964), pp. 200\_202.

که «تئوری تدریجاً تکامل یافته قراردادهای دولتی و یا اداری در ایالات متحده و انگلیس، از پاره‌ای جهات نسبت به مفهوم قرارداد اداری موجود در حقوق فرانسه که محصول نظرات و عملکردهای چندین دهه می‌باشد، دیدگاه مترقی‌تری را در مورد مسؤولیتهای دولت و حقوق خصوصی افراد به نمایش می‌گذارد». افزون بر این، در قراردادهای مهندسی راه و ساختمان درج مواد استاندارد متداول شده است. در عمل دیده می‌شود که در قراردادهای داخلی و بین‌المللی، خریدار در فعالیتهای موضوع قرارداد جرح و تعدیل نموده و حتی غالباً قرارداد را به میل خود و بطور یکجانبه و بدون این که ناگزیر از ارائه دلیل باشد، صرفاً در برابر پرداخت خسارت و وجه التزام مقرر در قرارداد (طبق سیستمهای پذیرفته شده در حقوق انگلیس، فرانسه و آلمان) و یا به تناسب هزینه‌های متحمل از سوی پیمانکار (طبق روش معمول در قراردادهای دولتی امریکا)، فسخ می‌کند. اینگونه مواد در مورد تغییر و یا فسخ یک طرفه قرارداد، توسط خریداران دولتی و خصوصی مورد استفاده قرار گرفته و در پاره‌ای موارد دیده می‌شود که هر دو از مواد واحدی - که از همه متداولتر مجموعه مقررات موجود در حقوق فرانسه در مورد شرایط استاندارد و یا قراردادهای ساختمان بین طرفهای خصوصی است - بهره می‌گیرند.

پروفسور «باوت» در تحقیق نسبتاً تازه خود نتیجه گرفته است که:

«اگر بنا بر اعمال اصلی کلی باشد، اصل مزبور الزام آور بودن کلیه قراردادها نیست؛ زیرا چنین اصلی وجود خارجی نداشته و بجای آن باید قاعده اختیارات ویژه و انحصاری طرف دولتی در قبال قرارداد ملاک عمل قرار گیرد.

در عین حال شایان تأکید است که این اصل تغییرات خودسرانه در قرارداد توسط دستگاه اجرایی را مجاز ندانسته، بلکه تغییرات قراردادی به استناد این اصل نیز فقط در صورتی مجاز است که با رعایت ضوابط صحیح قانونی و معمولاً توسط تصویبنامه و یا قانون و برای تأمین منافع عامه صورت گرفته باشد».<sup>41</sup>

41. D.W. Bowett, Claims between States and Private Entities: The Twilight Zone of International Law, 35 Catholic Univ. L. Rev. (summer 1986, No.4). at p. 935 (footnote omitted); See also Daintith and Gault, op. cit., footnote 58, pp. 28-42.

## ۶. شرط ضمنی بقای اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد در حقوق بین الملل و قراردادهای بین المللی

دکترین تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین المللی اساساً قاعده‌ای است نشأت گرفته از حقوق خصوصی که نخستین بار در نوشته‌های شارحین حقوق رم در قرن دوازدهم میلادی وارد شد و سپس از عرصه حقوق خصوصی راه خود را به حقوق بین الملل گشود. «فیلیمور» از این دکترین تعریفی کلاسیک به شرح زیر به دست می‌دهد:

«هرگاه شرایط و وضعیتی که تعیین کننده و علت و جهت اصلی تنظیم قراردادها و تعهدات طرفین قرارداد بوده است، عمدتاً دستخوش تغییر و یا منتفی گردیده باشد، اساس تراضی و تعهد طرفین زایل و تعهدات آنها ساقط می‌گردد».<sup>۴۲</sup>

هرچند مفهوم و شعاع عمل این دکترین همچنان محل بحث و اختلاف بوده و هنوز در مبانی استنادی هیچ یک از دیوانهای داوری مورد تأیید قرار نگرفته است، در اصل وجود چنین قاعده‌ای در حقوق بین الملل هیچ گونه تردیدی نیست. اکثر نویسندگان حقوق بین الملل ظاهراً اتفاق نظر دارند که طبق این دکترین، هر عهدنامه‌ای متضمن شرطی ضمنی است مبنی بر این که اثر الزام آور معاهده فقط تا زمانی است که در شرایط زمان انعقاد آن تغییری رخ نداده باشد. تغییرات اساسی در شرایط و اوضاع و احوالی که در زمان امضای قرارداد وجود دارد و نیز دوام آنها که توسط طرفین قرارداد مسلم فرض شده است، می‌تواند طرف زیان دیده از تغییر شرایط را محق به تعلیق و یا ابطال قرارداد نماید. امروزه دکترین تغییر اساسی در اوضاع و احوال زمان انعقاد فقط شرطی ضمنی در معاهدات نبوده، بلکه بعنوان یک اصل عینی حقوق بین الملل پذیرفته شده است.

ماده ۶۲ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات مصوب ۱۹۶۹، این دکترین را به عنوان یک قاعده عدمی با استثنائاتی به شرح زیر تدوین نموده است:

42. Phillimore, International Law, (8th ed.) 1879, Vol. II, p.109.

۱۵. تغییر اساسی اوضاع و احوال نسبت به شرایط موجود در زمان انعقاد قرارداد که وقوع آنها توسط طرفین پیش بینی نشده باشد، نمی تواند بعنوان مبنای فسخ و یا اعراض از عهدنامه مورد استناد قرار گیرد، مگر این که:

(الف) وجود اوضاع و احوال شرط عمده تراضی طرفین در التزام به عهدنامه بوده؛

(ب) بر اثر آن تغییرات، حدود تعهدات لازم الاجرا بموجب عهدنامه شدیداً دگرگون گردیده باشد.

پس اصل، خلل ناپذیری قاعده التزام آور بودن قراردادهاست، مگر در صورتی که تغییر اوضاع و احوال، تغییری اساسی و پیش بینی نشده بوده و علاوه بر آن نسبت به شرایطی روی داده باشد که مبنای اصلی تراضی طرفین را تشکیل داده و در نتیجه آن حدود تعهدات لازم الاجرای طرفین در آینده کاملاً دگرگون شده باشد.

در قضیه صلاحیت ماهیگیری<sup>۴۳</sup>، دیوان بین المللی دادگستری بر اهمیت دکنترین تغییر اساسی اوضاع و احوال در اعتبار قراردادهای بین المللی با عبارات زیر تأکید نمود:

«حقوق بین الملل پذیرفته است که هرگاه شرایطی که وجود آنها برای طرفین در هنگام پذیرش عهدنامه نقشی تعیین کننده داشته است، دچار آنچنان تغییرات مهم و اساسی گردند که به دگرگونی کامل و چشمگیر تعهدات ناشی از عهدنامه بینجامد، بروز این حالت تحت شرایط خاصی به طرف زیان دیده حق خواهد داد تا به فسخ و یا تعلیق عهدنامه استناد کند. این اصل و شرایط و استثنائات مترتب بر آن، در ماده ۶۲ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات درج گردیده و می توان آن را بعنوان تدوین حقوق بین الملل عرفی در خصوص موضوع فسخ یک رابطه ناشی از معاهده به استناد تغییر اوضاع و احوال تلقی نمود.»<sup>۴۴</sup>

از عبارات بالا نتیجه می شود که حتی در چارچوب روابط ناشی از معاهده نیز اصل حرمت و لزوم قراردادهای، اصلی مطلق و کلی نیست و این در واقع پاسخی است به

43. Fishries Jurisdiction Case.

44. I.C.J. Reports (1973) para. 36, p. 19.

آنهایی که معتقدند قواعد و احکام حقوق معاهدات از قبیل اصل الزام آور بودن قراردادهای باید بر سبیل قیاس به رابطه قراردادی بین دولت و یک شخصیت خصوصی خارجی نیز تسری داده شود. حتی اگر چنین دیدگاهی پذیرفته گردد، این گروه نمی‌توانند به اصل لزوم مطلق قراردادهای قائل باشند چرا که در همین روابط ناشی از معاهده نیز، قرارداد بواسطه اصل تغییر اوضاع و احوال محدود و مقید شده است.

از آنجا که اصل تغییر اوضاع و احوال تهدیدی بالقوه جدی برای تمامیت و اعتبار معاهدات و در نتیجه برای روابط بین‌المللی جامعه جهانی بطور کلی به شمار می‌رود، شرایط استناد به این دکتترین در حقوق معاهدات بنحوی بسیار محتاطانه و دقیق تعیین گردیده است. ولی از آنجا که رابطه قراردادی بین دولت با طرف خصوصی مقوله‌ای متفاوت از رابطه معاهداتی بین تابعان حقوق بین‌الملل بوده و در محدوده و ابعاد متفاوتی جاری و نافذ می‌باشد، لذا اجرای همان ضوابط خشک و محدود در مورد این نوع از قراردادهای وجهی ندارد. یکی از نویسندگان حقوقی در این مورد بحق گفته است که:

«صرف نظر از نظرانی که ممکن است در مورد اجرا یا عدم اجرای این دکتترین نسبت به عهدنامه‌های منعقد فیما بین دولتها ابراز شده باشد، دلایل قوی و معتبری کاربرد تمام عیار این دکتترین را در خصوص قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی توجیه می‌کند. قراردادهای اخیر الذکر تا اندازه‌ای با اقتصاد کشورها عجین و آمیخته‌اند که عملکرد و مواضع متخذه توسط دولت طرف قرارداد نمی‌تواند از تغییرات حادث در اوضاع و احوال درامان ماند. برخلاف شرکت خارجی که انگیزه و هدفی جز تحصیل منفعت ندارد، دولت باید همت خود را مصروف اهداف اقتصادی و توسعه کشور سازد.»

وی در ادامه می‌گوید:

«برای تعیین چارچوب این دکتترین از نظر اجرای آن در خصوص قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، حقوق معاهدات نباید الگو قرار گیرد. این واقعیت را که یکی از طرفین قرارداد دولت و طرف دیگر شرکت خصوصی است، مشکل می‌توان نادیده گرفت. درست است که در خصوص معاهدات، تکلیف مطلع ساختن طرف دیگر (از بروز

تغییرات در شرایط) و اقدام به پاره ای مذاکرات مؤثر برای نیل به نوعی تفاهم، دکتربین مزبور را محدود می سازد، ولی چنین محدودیتی نسبت به قراردادهای سرمایه گذاری خارجی قابل اعمال نبوده، زیرا که ضرورتها و مقتضیات منافع اقتصادی دولت با انجام چنان مذاکراتی سازگار نیست. در هر حال، الزام دولت به قربانی نمودن مصالح اقتصادی خود برای حفظ منافع شرکت خارجی می تواند با پرداخت خسارت بخوبی حفاظت گردد... لزوم استفاده از دکتربین تغییر اوضاع و احوال برای فسخ قراردادهایی که دولت آنها را برای توسعه اقتصادی خود زیان آور می داند، نظری است که با هدف جامع و مشترک توسعه هماهنگ است.<sup>45</sup>

این مطلب که نظریات ارائه شده تا چه اندازه با عملکرد کشورها در سالهای اخیر سازگاری دارد، موضوع بحث آتی این مقاله خواهد بود.

#### ۷. قابلیت تغییر قراردادهای سرمایه گذاری خارجی مربوط به منابع طبیعی

پروفسور «بران لی» اظهار داشته که «قراردادهای سرمایه گذاری خارجی» در حقوق بین الملل از جایگاه بالاتری نسبت به دیگر قراردادهای دولتی برخوردارند.<sup>46</sup> دیدگاه مزبور بر این فرض مبسّتی است که مفاد بند ۸ اعلامیه مجمع عمومی سازمان ملل متحد درباره حاکمیت دایم بر منابع طبیعی مبنی بر این که «قراردادهای سرمایه گذاری خارجی که آزادانه توسط و بین دولتهای مستقل منعقد گردیده اند، باید با حسن نیت اجرا شوند»، مشمول قواعد مربوط به مصادره قانونی مذکور در بند ۴ همان اعلامیه نخواهد بود. این نظر با اماره انعقاد با حسن نیت و لزوم اجرای با حسن نیت کلیه قراردادهای اعم از دولتی، حقوق عمومی و یا حقوق خصوصی، در تعارض بوده و لذا قراردادهای سرمایه گذاری خارجی فیما بین دولتها و سرمایه گذاران خصوصی خارجی نمی توانند استثنایی بر این قاعده بوده و حکم خاصی را به خود اختصاص دهند؛ زیرا شرط اولیه که حسن نیت باشد، در همه انواع قراردادهای

45. M. Sornarajah, op. cit., at pp. 133 & 135.

46. Brawnlie, op. cit., at p. 551H.

دولتی مشترک است.

البته نمی‌توان انکار کرد که قراردادهای دراز مدت سرمایه‌گذاری از یک مشکل طبیعی که رفع آن نیز چندان آسان نیست، رنج می‌برند. در این مورد «کاتان»<sup>۴۷</sup> بدروستی گفته است که:

«در امتیاز نفت بعنوان نمونه ای از یک قرارداد دراز مدت باید بین دو ضرورت ظاهراً مانع‌الجمع یعنی ثبات و تحوّل، آشتی برقرار گردد؛ دو نیازی که در یک امتیاز نفت لازم و ملزوم یکدیگرند.»<sup>۴۸</sup>

در قرارداد دراز مدت باید دو هدف ناهمگون و غیر متجانس ثبات قراردادی و تحوّل شرایط طیّ یک ارتباط طولانی با یکدیگر جمع و تلفیق شوند. در این قراردادها دو واقعیت مزبور، یعنی ثبات و تحوّل به مثابه دو روی سکه‌ای هستند که روابط متقابل و هماهنگ بین آنها باید به برقراری عدالت بین طرفهای رابطه بینجامد. درست است که هریک از طرفین در طول استمرار این رابطه، به دنبال شرایط مطلوبتر برای خود بوده و هدفی جز دفع ضرر و جلب منفعت بیشتر و بهره‌گیری از وضعیت پیش آمده ندارد، اعم از این که ناشی از تغییر در اوضاع و احوال باشد یا غیر آن؛ مع الوصف، نباید منکر شد که این مسأله که وقوع تغییرات اساسی در اوضاع و احوال کفه ترازوی رابطه فیما بین را بنحو چشمگیری به سود یک طرف و به زیان طرف دیگر سنگین نماید، از انتظارات اولیه هر دو طرف قرارداد بیرون بوده و حال که این طور است هریک از آنها باید سازش و مصالحه را برای نیل به یک رابطه مرضی‌الطرفین ترجیح دهد.

#### ۸. اصل حاکمیت دایم و قراردادهای سرمایه‌گذاری در زمینه منابع طبیعی

با پذیرش اصل «حاکمیت دایم بر منابع طبیعی» در قطعنامه‌های ۵۲۳ (۶) و

47. H.Cattan, The Evolution of Oil Concession in the Middle East and North Africa (1967), New York, p. xi.

۶۲۶ (۷) توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به ترتیب در ژانویه ۱۹۵۲ و ۲۱ دسامبر ۱۹۵۲، چنین به نظر می‌رسد که در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی «تعارض و برخورد فقط بین ثبات و تحوّل و یا به لسان حقوقی‌تر بین اصول حرمت و لزوم قرارداد از یک سو و قابلیت تغییر آن از سوی دیگر نبوده، بلکه علاوه بر آن و شاید بطور دقیق‌تر تعارض بین ثبات (قرارداد) و حاکمیت کشور مطرح می‌باشد».<sup>۴۸</sup> اصل حاکمیت دایم بعنوان قاعده بنیادین حقوق بین‌الملل معاصر شناخته شده است و کشورها، چه توسعه یافته و چه در حال توسعه، به این اصل بعنوان حفاظ و پوششی برای توجیه اقدامات مختلف خود در چارچوب روابطشان با شرکتهای خارجی که در سرزمین آنها به امر اکتشاف و بهره برداری از منابع طبیعی اشتغال دارند، استناد می‌کنند. ابطال قراردادهای معارض، بازنگری در توافقهایی موجود و پی‌ریزی اشکال نوین قرارداد از موارد دیگر توسّل به این اصل بوده است. برای سازگاری با این اصل، قرارداد باید ضوابط مندرج در قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل مصوّب ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ را رعایت نموده و در نتیجه باید:

(۱) به نفع توسعه ملی و رفاه مردم کشور ذیربط باشد؛

(۲) قوانین داخلی لازم‌الاجرا را رعایت کند؛ و

(۳) آزادانه منعقد شده باشد.<sup>۴۹</sup>

بررسی تفصیلی اهمیت حقوقی قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد از حوصله این مقاله خارج است. در اینجا به ذکر همین نکته اکتفا می‌گردد که قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل، بازتابی از ضوابط موجود حقوق بین‌الملل می‌باشد. جایگزینی قرار و مدارهای منصفانه‌تر بجای قراردادهای حق‌الامتیاز سنتی و توافقهایی مشابه در مورد اکتشاف و بهره برداری از منابع طبیعی

48. A.Z. El Chiati, Hague Recueil des cours (1987 - v), p. 24.

49. K. Hossain, Legal Aspects of the New International Economic Order, (London, 1980), pp. 33-43.



در اواخر دهه های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ با استناد به اصل حاکمیت دایم بر منابع طبیعی امکان پذیر گردید. لذا این اصل به تولد نسل تازه ای از قراردادهای مثل قراردادهای مشارکت، تقسیم تولید، خدمات و قراردادهای کار و مدیریت انجامید که به نوبه خود از دیدگاه کشور تولید کننده تحوّل مثبتی در روند قراردادهای سنتی امتیاز به شمار می رود. در بطن مفهوم حاکمیت دایم بر منابع طبیعی، حقّ ذاتی و مطلق نهفته است که دولت می تواند به استناد آن برای تأمین منافع ملی، ثروتها و منابع طبیعی داخلی خود را کنترل و اداره کند. از این رو، نسل جدید قراردادهای به دولتهای تولید کننده این توانایی را بخشیده که به موازات جلب حداکثر بازده مالی، به اهدافی چون اعمال مستمر مالکیت بر منابع طبیعی، کنترل و مدیریت عملیات و بهره برداری از توانهای ملی جامعه عمل بیوشانند.

#### ۹. تغییر اوضاع و احوال و قراردادهای سرمایه گذاری در زمینه منابع طبیعی

در مواردی که تغییر اوضاع و احوال سبب غیر عادلانه شدن شرایط اولیه قرارداد گردیده است، کشورهای تولید کننده مواد خام برای توجیه ادعای خود در مورد تجدید مذاکرات قراردادی و یا جرح و تعدیل در شرایط آن، به اصل حاکمیت دایم بر منابع طبیعی توسّل جسته اند. برای مثال بیانیه صادره در ژوئن ۱۹۶۸ از طرف سازمان کشورهای صادر کننده نفت (اوپک) با استناد به بروز تغییراتی در اوضاع و احوال، انجام تعدیلاتی در رابطه قراردادی حاکم میان یکایک کشورهای عضو اوپک و شرکتهای نفتی در آن زمان را موجه و مجاز اعلام کرد. برای نیل به این هدف از روشهایی چون افزایش حق امتیاز، تعرفه های مالیاتی، تغییر در قیمت های ثابت و عندالاقضاء ملی کردن استفاده شده است. مع ذلک گفتنی است که ظاهراً اینگونه افزایشها به لحاظ تغییر اوضاع و احوال موجه شناخته شده و کماکان به دارنده حق امتیاز تحت چنان شرایط استثنایی اجازه داده شده تا سهم عمده ای از منافع حاصله از عملیات را برای خود حفظ نماید. لازم به تأکید است که وقوع تغییرات در اوضاع و

احوال باید با عوامل بیرونی و عینی تأیید شده، اقدامات یک طرف تحت شرایط مزبور، به زیان جدی طرف دیگر منجر نگردیده بلکه در منافع طرفین توازی برقرار سازد.

نباید فراموش گردد که پس از افزایش شدید بهای نفت در اوایل دهه ۱۹۷۰، نه فقط کشورهای سنتی تولیدکننده نفت با استناد به تغییرات اوضاع و احوال در رژیمهای مالی خود تحت قراردادهای حق الامتیاز تجدید نظر نمودند، بلکه کشورهایی مثل انگلیس و نروژ نیز که به تازگی به تولید نفت پرداخته بودند، با رد استدلال صاحبان امتیاز مبنی بر این که عطف به ماسبق کردن اصلاحات به عمل آمده در شرایط قرارداد از نظر حقوقی محل اشکال است، قانون خاصی را در سال ۱۹۷۵ به تصویب رساندند تا با تحمیل مالیات بر آنچه که اصطلاحاً «منافع بادآورده» خوانده شده، بازده مالی بیشتری از افزایش بهای نفت حاصل آید. پروفیسور «هیگینز» در این مورد اظهار داشته:

«در دنیای متحول کنونی این فقط قراردادهای حق الامتیاز نفت نیست که در آنها با مشکل برقراری توازن بین انتظارات مشروع یک طرف خصوصی که به امید قراردادهای آینده سرمایه گذاری نموده، و نیازهای بحق یک دولت برای حمایت از منافع عامه در برابر تغییر غیر قابل پیش بینی اوضاع و احوال روبرو هستیم. تجربه انگلیس در دریای شمال گواه بر این مدعا است که کلبه کشورهای که دارای منابع طبیعی سرشار قابل بهره برداری اند، صرف نظر از این که در چه مرحله ای از توسعه قرار داشته و پایداری آنها نسبت به اصل الزام آور بودن قراردادها و خلل ناپذیری تکالیف بین المللی به چه میزانی باشد، تحت فشارهای یکسانی قرار دارند.»<sup>۵۰</sup>

به جاست اشاره شود که ماده ۲ بیانیه سئول انجمن حقوق بین الملل (۱۹۸۶) درباره توسعه تدریجی اصول حقوق بین الملل عمومی در رابطه با برقراری نظم نوین در اقتصاد بین الملل، ضمن تنظیم قاعده الزام آور بودن قراردادها، آن را با قاعده مهم تغییرات اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد، هماهنگ و تلفیق نموده است.

50. R.Higgins, The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law, Hague Recueil des cours, vol. 176.

همانطور که پیش از این اشاره شد، اصل تغییر اساسی اوضاع و احوال تا کنون در چند قضیه مورد استناد دیوانهای بین المللی قرار گرفته ولی هیچگاه به صراحت اعمال نشده است. البته نه این که اساس دکترین توسط مراجع مزبور رد و نفی شده باشد، بلکه در هر مورد دیوانهای بین المللی بدون زیر سؤال بردن اعتبار این دکترین، آن را به واقعیات خاص پرونده های تحت رسیدگی قابل اجرا ندانسته اند. مع ذلک گفتنی است که دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در یکی از آرای خود با استناد به دکترین تغییر اوضاع و احوال، اقدام ایران را در فسخ قرارداد موضوع دعوی که بموجب آن خواهان مکلف بود سیستم جمع آوری اطلاعات الکترونیکی نیروی هوایی ایران را تکمیل نماید، موجه و قانونی دانست.<sup>۵۱</sup>

دیوان در مقام احصای عوامل خاصی که به بروز تغییرات در اوضاع و احوال

انجامید، از جمله به موارد زیر اشاره نمود:

«تغییرات اساسی در شرایط سیاسی پس از انقلاب در ایران، موضع گیری متفاوت دولت جدید و اتخاذ سیاست خارجی نوینی بویژه در قبال ایالات متحده که از تأیید طبقات عمده مردم برخوردار بود و تغییرات چشمگیر در اولویتهای مربوط به قراردادهای نظامی بسیار حساس... بویژه آنها که با شرکتهای آمریکایی منعقد شده بود...»<sup>۵۲</sup>

از طرف دیگر در پرونده «آمینویل» نیز دیوان رسیدگی کننده علی رغم عدم

51. Questech Inc. v. Ministry of National Defence of Iran, cited in (1986) 80 A.J.I.L. 362. But see William L. Pereira Associates Iran v. Iran, 5 Iran - U.S.C.T.R. 198 (1984) p. 211.

52. Ibid: Article V of the Iran-U.S. Claims Settlement Declaration (the Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran under which the Iran -U.S. Claims Tribunal decided the case) provides that: "The Tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law, applying such choice-of-law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances.", reproduced in 20 I.L.M. 230 (1981); 1 Iran -U.S. C.T.R. p. 10.

اعمال دکترین تغییر اوضاع و احوال به مفهوم مندرج در ماده ۶۲ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات، بر تأثیر پذیری قراردادهای سرمایه گذاری مانند امتیازات نفتی از این تغییرات صحه گذاشت. در مواردی که قرارداد «از ابزارهای اساسی در پیشرفت اقتصادی و اجتماعی جامعه ملی در روند کلی توسعه»<sup>۴۶</sup> به شمار می رود، احتمال بروز این گونه تغییرات فراوان است. مع الوصف، دیوان با وجود تصریح به این که قصد اعمال دکترین تغییر اوضاع و احوال را ندارد، بر تأثیر تغییرات مزبور در ماهیت و اصل قرارداد «بواسطه گذشت زمان، سکوت و یا عمل طرفین» تأیید گذاشت. یکی از نویسندگان حقوقی با توجه به رأی دیوان در پرونده آمینویل اظهار داشته که «بموجب این رأی قراردادهای سرمایه گذاری خارجی از تغییر اوضاع و احوال بگونه ای غیر از آنچه در دکترین مزبور آمده است، متأثر می شوند»؛ ولی از آنجا که دیوان به دکترین مشخصی که تحت آن برای تغییرات اوضاع و احوال مؤثر بر قرارداد امتیاز اعتبار و نفوذ قائل شده اشاره نکرده، نویسنده مزبور حدس زده است که:

«شاید دیوان قصد داشته احکام ناظر بر تغییر در شروط قرارداد را که بعنوان اصل کلی در بسیاری از نظامهای حقوقی یافت می شود، اعمال نماید. و شاید هم صائب تر این باشد که بگوییم دیوان دکترین تحول حقوق در زمان را به اجرا گذاشته که بر تحلیل وضعیتهای حقوقی به کمک معیارهای حقوقی حاکم در زمان تأکید دارد.»

وی در ادامه می گوید:

«با اعمال دکترین نسبت به موضوع در دآوری «آمینویل» می توان چنین استدلال کرد که هر چند قرارداد حق الامتیاز و شرط ثبات مندرج در آن مانع از ملی کردن در سال ۱۹۴۸ شده باشد، مع ذلک تغییرات حادث در فضای حقوقی حاکم بگونه ای بوده اند که از لحاظ قراردادی کویت دیگر محدودیتی در مورد فسخ قرارداد از طریق صدور حکم ملی کردن نداشت.»<sup>۴۷</sup>

53. The Aminoil award, paras. 97-101.

54. M. Somarajah, op. cit., footnote 16, (1986), at p. 134.

صرفنظر از ارزشی که بتوان برای نظرات یاد شده قائل شد، قابل انکار نیست که دیوان رسیدگی کننده به پرونده «آمینویل» تأیید نموده که قراردادهای سرمایه گذاری فیما بین دولت‌ها و طرفهای خصوصی خارجی ممکن است از تغییر اوضاع و احوال بگونه‌ای متمایز از آنچه در ماده ۶۲ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات پیش بینی گردیده است، متأثر شوند. لذا جالب است دیدگاه پروفیسور «لیپستین» را در این باره نقل کنیم که می گوید:

«این که مانند دیوان در پرونده آمینویل بگویم که حدوث تغییری در اساس قرارداد (حق الامتیاز) دولت مدیون را قادر ساخته تا ضمن این که خود را کماکان ملتزم به رعایت تعادل قراردادی می داند، بشرط پرداخت غرامت از امتیازات خاصی - هر چند بدون اجرای دکترین تغییر اوضاع و احوال بعنوان یک نهاد حقوق خصوصی - بهره مند گردد، موضوع قابلیت تغییر قرار داد و دکترین حادثه غیر مترقبه موجود در حقوق اداری فرانسه را بعنوان اصول کلی حقوقی مطرح می سازد؛ چرا که در این مورد نیز طرفین به توافقی هر چند از روی اکراه دست یافته اند،»<sup>۵۵</sup> (تأکید اضافه شده است).

نتیجه این که دو دکترین الزام آور بودن قراردادهای و تغییر اوضاع و احوال نه تنها در نقطه مقابل هم قرار ندارند، بلکه دو روی یک سکه و مکمل یکدیگرند. درست است که یک نظام حقوقی باید تضمین ثبات و امنیت معاملات را غایت و مطلوب اصلی خود قرار دهد ولی نیل به این هدف نباید به بهای نادیده گرفتن انصاف و عدالت - در صورت بروز تغییراتی در اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد - تمام شود. از این رو است که پروفیسور «کاربونی» به حق گفته است:

55. K.Lipstein, International Arbitration Between Individuals and Governments and the Conflict of Laws, in Contemporary Problems in International Law (Essays in Honour of G. Schwarzenberger on his Eightieth Birthday) (Bin Cheng and E.D. Brown, eds.) (London Stevens and Sons Ltd., 1988), p. 177, at p. 186 (Footnote omitted), See also *Liamco v. Libya* 62 I.L.R. 140 at 196.

«مهم این نیست که تعارض و برخورد بین اصول مزبور (الزام آور بودن عقود و تغییر اوضاع و احوال) را مورد تأکید قرار دهیم، بلکه آنچه از اهمیت برخوردار است اندیشیدن راه حل‌هایی برای رفع این تعارض است. زیرا درست است که رسالت نخستین حقوق، تأمین امنیت و ثبات معاملات از طریق حفظ قدرت الزام آور قرارداد است، ولی حریم این امنیت نمی‌تواند و نباید با قربانی کردن عدالت و انصاف محفوظ بماند.»<sup>۵۶</sup>

«شوبل» هشدار داده است که اغراق غیر لازم در مورد اصل لزوم قراردادهای، به نفعی بسیاری از اهداف همین دکترین، افزایش بی ثباتی و تعبیر اغراق آمیز درباره اعتبار اصل تغییر اوضاع و احوال می‌انجامد. وی چاره را در «بازنگری»<sup>۵۷</sup> مستمر شرایط قراردادی توسط طرفین دانسته و این همان معنایی است که پروفیسور «چارلستون» از آن بعنوان «قانون زنده»<sup>۵۸</sup> در قراردادهای سرمایه گذاری دراز مدت و دیگران با تعبیری چون سازگارسازی مداوم<sup>۵۹</sup> و یا بازنگری دوره ای رابطه قراردادی در صورت بروز تغییراتی در اوضاع و احوال از طریق پیش بینی ترتیبات کافی در قراردادهای دراز مدت، یاد کرده اند. مع هذا منطقاً باید گفت که قراردادهای توسعه منابع طبیعی با برخورداری از یک ماهیت کاملاً برتر حقوق عمومی، قراردادهایی پویا و متحول بوده و لذا نباید با آنها بعنوان پدیده ای ایستا و تغییر ناپذیر برخورد نمود؛ اینگونه قراردادها را باید بعنوان چارچوبی دانست که ضمن تعیین مرزهای حقوقی روابط حاکم بر طرفین، از قدرت انعطاف و انطباق با شرایط جدید بهره مند است.

56. Carbonnier, Essai sur les lois (1979) Paris, p. 267.

57. Am. Soc. Int. Law Proc. (1959) p. 273.

58. 52 A.J.I.L. (1958) p. 265.

59. EL - Kosheri, Le Régime juridique créé par les accords de participation dans domain pétrolier, 147 Hague Recueil des cours (1975 - IV) p. 335; G.H. Daniel, op. cit., footnote 120, p. 100.

## ۱۰. ممنوعیت سوء استفاده از حق و حسن نیت در صورت تغییر یکجانبه

### قرارداد

تردید نیست که دولت می تواند با اجرای حقوق و اختیارات ناشی از حاکمیت خود، بطور یکجانبه در شرایط قرارداد دخل و تصرف کرده و یا آنها را اصلاح و تعدیل نماید. ولی توانایی اجرای این حقوق به شرایط مقرر در حقوق بین الملل مبنی بر منع سوء استفاده از حق و اجرای با حسن نیت آن محدود می گردد. ارائه تعریفی روشن از اصطلاح «سوء استفاده از حق» و ترسیم حدود آن تا اندازه ای مشکل است. فرهنگ اصطلاحات حقوق بین الملل این اصطلاح را چنین تعریف می کند:

«اجرای حق توسط یک کشور بطریق و با تحت شرایطی که نشان دهد اجرای حق وسیله ای غیر مستقیم برای طرفه رفتن از یک تکلیف بین المللی متوجه آن کشور بوده و یا این که قصد واقعی از اجرا نیل به هدفی است غیر از آنچه که جهت اعطای حق به آن کشور بوده است»<sup>60</sup>.

این تعریف با اظهارات مشهور پروفیسور «ژرژسل» که در سال ۱۹۴۸ به نمایندگی از جانب دولت فرانسه در دیوان بین المللی دادگستری ایراد گردید، هماهنگی دارد. وی می گوید:

«در یک تصمیم خودسرانه نشانه ای از احترام به قانون نیست. چنین تصمیمی انعکاس تمایلات شخصی است. استفاده از اختیارات شخصی بمنزله اجرای اختیار قضایی است که با یکدیگر اساساً مانعاً الجمعند. برگرداندن اختیارات شخصی به یک قدرت خودسرانه همان چیزی است که در تمام زبانهای حقوقی جهان به سوء استفاده از حق مصطلح گردیده است... سوء استفاده از حق اساساً زمانی مصداق دارد که نماینده قانونی، اختیارات محوله بموجب قانون را برای هدف و منظوری غیر از آنچه علت وجودی آنهاست، اعمال کند. لذا احتمال دارد که نماینده قانونی اختیارات رسمی خود را با رعایت کلیه شرایط و تشریفات مقرر اجرا نموده ولی با این وجود اقدام وی کاملاً از لحاظ حقوقی بی اعتبار باشد؛ چرا که وی اقدام مزبور را برای نیل به هدفی انجام داده

60. Dictionnaire de la terminologie du droit international (J. Basdevant, ed 1960).

که برای آن مأذون نبوده است.<sup>61</sup>

هرچند دادگاههای بین المللی سوء استفاده از حق توسط یک کشور را بعنوان تخلف بین المللی از جانب وی نشناخته اند، ولی در احکام و قرارهای صادره از مراجع مزبور قراین فراوانی در تأیید این نکته دیده می شود. برای مثال دیوان دایمی دادگستری بین المللی حداقل در دو مورد در مقام رسیدگی به اقدامات متخذة توسط یک دولت، تأکید نموده که «در خصوص سوء استفاده از حق، البته چنانچه دادگاه نتواند وجود آن را محرز فرض نماید، باید احتیاط و تردید روا داشت».<sup>62</sup> ممنوعیت سوء استفاده از حق در حقوق بین الملل یکی از مباحث مورد اختلاف در میان نویسندگان حقوقی است. برخی از ایشان این ممنوعیت را برخاسته از یک اصل کلی حقوق بین الملل دانسته و بعضی دیگر با اشاره به قلت و عدم صراحت سوابق قضایی در این مورد، هیچگونه ارزشی برای آن قایل نشده اند. واقع مطلب این است که حتی در مهمترین آرای مورد استناد طرفداران نظریة سوء استفاده از حق عبارت «سوء استفاده از حق» به کار نرفته بلکه در آنها فقط به تکلیف کشورها «در خصوص استفاده معقول و با حسن نیت» از اختیارات بسنده شده است.<sup>63</sup> از این رو در حقوق بین الملل هیچ گونه تفاوت عینی بین ممنوعیت سوء استفاده از حق از یک طرف و تکلیف اجرای معقول و با حسن نیت حق از طرف دیگر وجود ندارد. البته تعیین محتوای دقیق اصل حسن نیت و اجرای معقول حق به لحاظ آمیختگی شدید آن به جهات و کیفیات خاص مشکل

61. The case of Free Zones of Upper Savoy in the District Gex, P. C. I. J. Series A, No. 24, (1930) p. 4 at p. 12, and in the final judgment in the same case, Series A/B No. 46 (1932) p. 167; See also the Separate Opinion of Judge Ammoun in the case concerning the Barcelona Light and Traction Power Company Limited, I. C. J. Reports, 1970 at p. 324: "Abuse of right, like denial of justice, is an international tort... This is enshrined in a general principle of law which emerges from the legal systems of all nations." See also the ICJ Judgments of 20 July 1989 in the case concerning *Electronica Sicula S. p. A. (ELSI) (U. S. A. v. Italy)* at pp. 60- 64 (Paras. 123- 130). cf. the Dissenting Opinion of Judge Schwebel, pp. 15- 27.

62. I.C.J. Reports (1952) Rights of Nationals of United States of America in Morocco, at p. 212.



است. مع الوصف می توان گفت که اجرای حقوق توسط یک دولت زمانی معقول و با حسن نیت تلقی می شود که متوجه یک هدف به واقع عمومی بوده، تبعیض آمیز نباشد، و زیان وارده به طرف زیان دیده را بنحو مناسبی جبران کند. بیان نزدیکتر به واقعیت این است که در سالهای اخیر در بخش سرمایه گذاری خارجی اصل استحقاق سرمایه گذار خارجی به رفتار عادلانه و منصفانه بطور گسترده ای پذیرفته شده است. ممنوعیت سوء استفاده از حق، حسن نیت و رفتار عادلانه و منصفانه اساساً تعابیر گوناگونی از مفهومی واحد بوده، هر چند که وصف اخیر الذکر یعنی رفتار عادلانه و منصفانه در چارچوب قراردادهای سرمایه گذاری خارجی و در ارتباط با اجرای هر گونه حقی توسط طرف دولتی، نسبت به دو مفهوم دیگر محدودتر و اخص می باشد. ملاک عمده این اصل منطقی بودن است. اکثر قریب به اتفاق معاهدات حمایت از سرمایه گذاری این اصل را پذیرفته اند، بطوری که شاید بتوان آن را از اصول شناخته شده در حقوق بین الملل عرفی تلقی نمود. از این رو است که اساتیدی چون «کاروا» «جوئیلارد» و «فلوری» بحق قاعده ذیل از حقوق بین الملل عام را از این رویت مبتنی بر عهدنامه استخراج کرده و گفته اند:

«حقوق بین الملل به این ترتیب می تواند محدودیتهایی را که در اصل وجود خارجی دارند، نسبت به حقوق و اختیارات دولت در ارتباط با سرمایه گذاری خارجی برقرار سازد. محدودیتهای مزبور می تواند در جریان پیدایش تدریجی یک قاعده رفتاری که کلیه دولتها، صادر کنندگان و یا وارد کنندگان سرمایه اصل آن را هر چند بطور غیر رسمی پذیرفته اند، ملاحظه شود».<sup>63</sup>

بیان یاد شده از مقبولیت عام برخوردار بوده نمایانگر قاعده ای است ظاهراً جهان شمول، چرا که نقیض آن بمنزله نشان دادن چراغ سبزی است به دولتها برای رفتاری ناعادلانه و غیر منصفانه با تبعه خارجی؛ نتیجه ای که نه حقوق بین الملل و نه حقوق داخلی هیچ کدام بر آن صحه نمی گذارند.

63. Carreau Juillard and Flory, Droit international économique, (2 nd ed.) at p. 502.

از آنچه تا کنون در این مقاله آمد، روشن می‌گردد که در یک رابطه قراردادی حضور دولت بعنوان یکی از طرفین قرارداد، معنا و اهمیت خاصی برای اتباع آن دولت دارد و دلیل آن نیز این است که دولت مظهر منافع ملی و مسؤول حفاظت از آنها و لوبه به قیمت نقض تعهدات قراردادی خود در مواقع ضروری می‌باشد. بطوری که می‌توان گفت اساساً هیچ‌گونه قراردادی بطور کامل از خطر تغییر یکجانبه و یا فسخ قبل از موعد در امان نیست. البته مطلق نبودن قاعده حرمت و لزوم قراردادها، نباید به معنای بی‌اعتباری کامل اصل یاد شده تعبیر شود. بلکه حق این است که بگوییم این اصل بموجب تئوری دیگری به نام «حسن نیت» مقید و محدود گردیده است.<sup>64</sup> دولت می‌تواند بر اساس قراردادی که باید با حسن نیت اجرا گردد، برای خود تعهداتی ایجاد کند. اصل حسن نیت باید با مدنظر قراردادان کلیه شرایط محیط بر رابطه قراردادی دولت با تبعه خارجی تعبیر و تفسیر گردد. همانطور که دکتر «توب» اظهار داشته: «بررسی قواعد عمومی قراردادها معمولاً به این نتایج برجسته منتهی می‌گردد که قراردادها معتبر، نافذ و لازم‌الاجرا بوده و طرفین باید با حسن نیت به آنها عمل نمایند. شناسایی و تصدیق اصول اولیه یقیناً مهم است، ولی اصول مزبور فقط می‌توانند بعنوان محک و معیاری برای انجام تحقیقات جامع و دقیق تر مورد استفاده قرار گیرند. نمی‌توان انتظار داشت که مسائل و مشکلات پیچیده ناشی از فسخ کامل یک قرارداد حق‌الامتیاز با استفاده از فرمول استاندارد «حسن نیت در اجرای

64. See, for example, the good faith principle as succinctly stated in Article 1134 of the French Civil Code which requires that "contracts be performed in good faith" Article 242 of the German Civil Code (BGB) provides that "the obligor is bound to effect performance according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration," Section 1-203 of the American Uniform Commercial code states that "every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcements." According to Sec. 205 of the Restatement of Contracts(2d) "every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement". Accordingly, the Proposition that good faith is required in the performance of pacta constitutes a general principle of law.

قرارداد» بطور معجزه‌آسایی حل گردد.<sup>65</sup> زمانی که تغییر در اوضاع و احوال، اجرای قرارداد را بطور غیر منتظره‌ای برای هریک از طرفین مشکل کرده باشد، نمی‌توان اجرای با حسن نیت و یا منصفانه قرارداد را از جانب طرف دیگر توقع داشت. از سویی دیگر، شرایطی که معمولاً در معاهدات در ارتباط با بقای اوضاع و احوال زمان انعقاد درج می‌گردند، باید در قراردادهای توسعه اقتصادی از انعطاف و ملایمت بیشتری برخوردار باشند. لذا، اصل قابلیت تغییر قرارداد در زمینه همکاریهای اقتصادی را باید از اصول کلی حقوقی ناظر به امکان دخل و تصرف در قرارداد که دامنه شمول آن از محدوده اصل تغییر اوضاع و احوال وسیعتر می‌باشد، استخراج نمود.

موقعیت نابرابر دولت و طرف خصوصی خارجی بعنوان طرفین قرارداد و مطرح بودن منافع عمومی در این رابطه قراردادی خود گویای این واقعیت است که احکام و قواعد ناظر بر این عنوان را باید ترجیحاً در حوزه حقوق عمومی جستجو کرد و نه عرصه حقوق خصوصی. از این رو است که پروفیسور «فریدمن» با توجه به این نکته بدرستی اعمال اصول تطبیقی حقوق قراردادهای عمومی را نسبت به قراردادهای بین‌المللی پیشنهاد کرده است.<sup>66</sup>

«قابلیت تغییر»، اصل مشترک قراردادهای حقوق عمومی و قراردادهای اداری است. برای حفظ و تقویت منافع مشروع هر دو طرف قرارداد، به جاست موادی در آن گنجانیده شود که با در برداشتن شرایطی منطقی و متوازن، راه را بر روی تعدیل و یا بازنگری در قرارداد باز گذارد. از طرفی دیگر تضمین امنیت قرارداد و تحکیم اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی ایجاب می‌کند که برای پر کردن خلأ موجود، قواعد و احکام صریحی در خصوص قابلیت اصلاح و تغییر قراردادهای منعقد بین دولت و سرمایه‌گذاران خصوصی خارجی تنظیم و تثبیت گردند. در زمان حاضر هیچ قاعده

65. S.J. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons* (Grotius Publications Ltd., Cambridge, 1990), at p. 185; See also Generally, J.F.O'Connor, *Good Faith in International Law*(1991).

66. W. Friedmann, *op. cit.*, p. 202.

متقنی راجع به قابلیت تغییر قراردادهای دولت وجود ندارد.

برقراری یک نظام قراردادی در قالب مجموعه‌ای از قواعد و مقرراتی روشن که شرایط و آثار تغییر و فسخ یکجانبه قرارداد، در آنها پیش بینی شده باشد، شرایط امن و مطلوبی را برای مقابله با اقدامات خودسرانه و مخالف نظام حقوقی مزبور فراهم ساخته و به تعبیری خطر توسل به اقدامات «غیر قراردادی» را به حداقل می‌رساند. اثر مثبت پیش بینی این نظام قراردادی هم از لحاظ واقعی (با کاستن از نیاز طرفین برای طفره رفتن از شرایط قراردادی) و هم بعنوان مانعی قانونی (به جهت ملزم ساختن دولت به توافق قراردادی سابق خود در مورد قابلیت تغییر قرارداد و عدم امکان توسل دولت به یک حق مافوق قراردادی) قابل توجه خواهد بود.

در چنین شرایطی، مؤثرترین راه برای تقویت امنیت حقوقی قراردادها بالا بردن آگاهی‌های طرفین قرارداد از طریق گذاشتن اسناد و متون در بردارنده شقوق و امکانات مختلف در اختیار دست اندرکاران مذاکرات و تنظیم قراردادهای دولتی است. لذا توصیه می‌شود که شرایط قابل درج در هر یک از فرمولهای اصلی قابل پذیرش دولت در قراردادهای خود با طرفهای خصوصی خارجی تنظیم گردد. شرایط مزبور یا می‌توانند در قالب شروط استاندارد و از پیش تعیین شده‌ای مورد استناد طرفهای یک قرارداد دولتی قرار گیرند. مثلاً همانطور که در قراردادهای بیع خود به «اینکوترمز» اشاره می‌کنند - و یا این که به صورت مواد نمونه‌ای تنظیم شده تا عیناً و یا با پاره‌ای تغییرات در قراردادهای دولتی گنجانیده شوند. شیوه اخیر الذکر در شرایط فعلی مرجح به نظر می‌رسد.

در تهیه و تنظیم استانداردهای یاد شده باید نهایت دقت و ظرافت به کار رود و نهادی با تجربه که از اعتباری بالا در ارائه خدمات ارزشمند و سابقه‌ای ممتد در شکل دهی به رهنمودها و مقررات ناظر به معاملات تجاری بین المللی و رعایت بی طرفی چشمگیر برخوردار است، به این کار اهتمام ورزد. کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (آنسیترال) شاید مناسب‌ترین ارگان برای انجام این مهم باشد؛

ضمن این که آژانس تضمین سرمایه گذاری چندجانبه (میگا)،<sup>۶۷</sup> مرکز شرکتهای فراملی سازمان ملل<sup>۶۸</sup> و برخی دیگر از نهادهای بین المللی را نیز نباید از نظر دور داشت.

رایزنی نهاد تدوین کننده با دیگر ارگانها و گروههای ذی نفع بویژه در چارچوب مذاکرات دسته جمعی برای تأمین مقبولیت هر چه بیشتر شرایط و یا مواد استاندارد به اندازه ای ضروری است که می توان گفت هر اندازه این نهاد در جلب موافقت ارگانهای طرف مشاوره خود نسبت به تنظیم شرایط و مواد متحد الشکل مزبور تواناتر و موفق تر باشد، به همان اندازه نیز کار مذاکره کنندگان قراردادهای دولتی در متقاعد ساختن طرف خارجی به این که در تنظیم راه حل مندرج در ماده مربوطه در قرارداد، رعایت دقت، بیطرفی و منافع متوازن طرفین شده است، آسان تر خواهد بود.

در هنگام تنظیم مواد مورد بحث باید بین انواع مختلف معاملات و یا اقسام تعهدات تفکیک قائل شد و این کار حداقل به دو دلیل لازم به نظر می رسد: یکی این که ضرورت تغییر و یا فسخ یک طرفه احتمالاً در انواع مختلف قرارداد به یک درجه نبوده و متفاوت است و دیگر آنکه طرفین قرارداد نیز در یک بخش از صنعت تا بخش دیگر آن با یکدیگر فرق دارند. در این زمینه گروههای زیر قابل ذکرند:

(الف) مهندسی راه و ساختمان

(ب) فعالیتهای صنعتی

(پ) انتقال تکنولوژی (اعطای امتیاز)

(ت) قراردادهای خدمات

(ث) تعهدات مربوط به شرایط تقنینی و اداری مربوط به سرمایه گذاری

(ج) اعطای حق بهره برداری از معادن

(چ) اعطای حق تصدّی خدمات عام المنفعه

67. Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA).

68. United Nations Centre for Transnational Corporations (UNCTC).

بموجب این روش، موادّ مزبور باید شرایط اعمال حقّ تغییر و یا فسخ قرارداد و پرداخت احتمالی خسارت به طرف خارجی را تعیین کنند و لذا در این دیدگاه، سیستم کنترل شده‌ای در مورد قابلیت تغییر و یا تعدیل قرارداد پیشنهاد گردیده است. البته در چنین روش مقیدی در تغییر قرارداد نیز طرفین می‌توانند به ابتکار خود - البته در صورت فقدان موادّ نمونه و الحاقی - در همان لحظه انعقاد قرارداد نسبت به آن دسته از تغییرات در اوضاع و احوال که می‌تواند آینده قرارداد را تحت تأثیر خود قرار دهد، صریحاً توافق و آنها را احصا نمایند. از این فراتر، طرفین همچنین می‌توانند در متن قرارداد آثار و نتایج وقوع شرایط خاصّ مورد پیش بینی خود را برشمارند. طبیعی است که کیفیت پیامدهای مزبور بستگی خواهد داشت به میزان اثر وارد بر قرارداد از تغییرات در اوضاع و احوال و لذا طرفین می‌توانند بسته به این که تغییر در شرایط دارای چه ابعاد و کیفیتی باشد، به جرح و تعدیل شروط و مندرجات قرارداد و یا فسخ آن مبادرت ورزند. پیش بینی ماده‌ای ناظر به جبران خسارت و ماهیت و یا ملاک تقویم و ارزیابی آن در مواردی که طرفین آن را موجه تشخیص دهند، از جهاتی است که طرفین می‌توانند نسبت به آن توافق نمایند تا به این ترتیب خسارات ناشی از اصلاحات یک جانبه دولت به منظور تأمین منافع عامه در یک نظام حقوقی مثل سیستم حقوقی انگلیس - که در چارچوب آن قرارداد نمی‌تواند دست دولت را در اجرای اختیارات ویژه و انحصاری خود نسبت به آن قرارداد خاص ببندد - استیفا و جبران شود. با پیش بینی این مکانیسم دولت مأخوذ به پیمانی خواهد شد که رأساً برای جبران ضرر و زیان ناشی از اجرای اختیارات ویژه خود بسته است. کاربرد دیگر تنظیم چنین ماده‌ای تأمین طرف خصوصی قرارداد در برابر اجرای نامعقول اختیارات توسط دولت و در نتیجه حفظ امنیت و حرمت قرارداد است. البته گفتنی است که همه مسائل در گرو و تحت الشعاع قدرت چانه زنی و معاملاتی طرفین ذیربط قرار دارد. طرفین باید در هنگام مذاکره و تنظیم این شروط، اختلاف در نوع و مندرجات خاصّ هر قرارداد را در نظر داشته باشند. در صورت فقد

هرگونه توافق دوستانه بین طرفین، حل و فصل اختلافات مالی فیما بین می‌تواند با رعایت تشریفات مربوط به رفع اختلافات ناشی از تفسیر و یا اجرای قرارداد انجام گیرد، که در صورت اخیر وظیفه داوران و مراجع قضایی رسیدگی کننده به این گونه اختلافات مشکل‌تر از زمانی است که طرفین رأساً در متن قرارداد مقررات و آیین لازم الاجرا را مشخص نموده باشند. همین وضع می‌تواند در مورد مواد نمونه و یا استاندارد نیز صادق باشد.

اجرای دقیق شروط پیشنهادی در مواد نمونه مستلزم این است که کاربرد صحیح آنها در یک مرجع بی طرف و ترجیحاً داوری محک زده شود. به منظور تأمین امنیت و اطمینان قراردادی، حکم داور در این خصوص باید قطعی و لازم الاجرا بوده و تجدید نظر در آن از جانب اشخاص ثالث و مستقلى که در ماده ناظر به داوری و یا مقررات حاکم پیش بینی شده اند، امکان پذیر نباشد. از این رو است که می‌توان داوری را مولود طبیعی هرگونه نظام حقوقی سالم برای قابلیت تغییر قراردادهای دولتی به شمار آورد.

هر دولت باید در پذیرش هرگونه تعهد قراردادی در خصوص موضوع مواد پیشنهادی آزادانه عمل کند و در انتخاب هریک از راه‌هایی که آن را بهترین و مؤثرترین طریق برای پیگیری سیاست اقتصادی خود می‌داند، آزادی کامل داشته باشد. در اجرای این آزادی، دولت می‌تواند این گونه مواد را در بطن قوانین سرمایه گذاری خود و یا در قراردادهای خاصی بگنجاند.

افزون بر این دولت می‌تواند مواد نمونه ای در مورد تعیین و تخصیص زبانهای ناشی از اقدامات قانونگذاری مؤثر بر قرارداد را تنظیم و تدوین نماید.

بالاخره این که تدوین مواد نمونه می‌تواند به منظور انتخاب قانون حاکم انجام شود تا به برکت آن و در پرتو رویه قضایی حاضر، عملکرد دولتها و ادبیات حقوقی، حداکثر کارایی و اثر برای اراده طرفین در تعیین نظام قراردادی قابلیت تغییر تعهدات و شرایط مندرج در قرارداد تأمین گردد. ضرورت تدوین این مواد را زمانی می‌توان بهتر

درک کرد که بدانیم اجرای کنوانسیونهای داوری (واشنگتن، نیویورک و پاناما)  
در مورد حلّ و فصل اختلافات ناشی از تغییر در قراردادهای دولتی، موکول و منوط به  
آنهاست.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی