



Conditions Affecting Risk Management in Contracts

Saeed Sadeghi¹, Alireza Bariklou^{2*}, Alireza Azarbaijani³

1. Ph.D. Student of Private Law, Ares Campus, Tehran University, Tehran, Iran.

2. Professor of Law Department, Farabi Campus, Tehran University, Tehran, Iran.

3. Assistant Professor of Law Department, Farabi Campus, Tehran University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 791-808

Article history:

Received: 25 Jun 2023

Edition: 21 Sep 2023

Accepted: 5 Nov 2023

Published online: 16 Nov 2023

Keywords:

risk, risk management, Liability, damages, adjustment of contract.

Corresponding Author:

Alireza Bariklou

Address:

Iran, Tehran, Tehran University,
Farabi Campus, Law Department.

Orchid Code:

0000-0002-9830-8710

Tel:

Email:

bariklou@ut.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aims: Contracts are very important tools for regulating business relationships and reducing the risks associated with it. Due to the importance of contracts, it is necessary to be careful in setting them up and consider the key terms and conditions to protect your interests. The purpose of this article is the terms effective on risk management in contracts.

Materials and Methods: This article is descriptive and analytical. The materials and data are also qualitative and Materials and data are non-qualitative. data collection has been used in the collection of materials and data.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are respected.

Findings: The condition of obligation to compensate contractual damages, the condition of exemption from liability and the condition of force majeure, the change of circumstances and the condition of contract adjustment, the condition of paying the price in currency or gold, the condition of the governing law and the condition of insurance are among the most important conditions affecting risk management in contracts. Contractual allocation of risk based on the principle of contractual freedom and considering the preferences and limitations of the parties in maximizing contractual returns is considered the most effective and efficient method of allocation.

Conclusion: Since the source of risk is a set of certain events or conditions that alone or in combination with other elements cause uncertainty or risk and as a result, effects are actualized that lead to unexpected deviations in the goals of the contract, including profit. or losses, therefore, effective terms on risk management in contracts can lead to risk reduction and help the stability and continuity of contracts.

Cite this article as:

Sadeghi S, Bariklou A, Azarbaijani A. Conditions Affecting Risk Management in Contracts. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها

سعید صادقی^۱، علیرضا باریکلو^{۲*}، علیرضا آذربایجانی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، پردیس ارس، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۲. استاد گروه حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: قراردادها ابزارهای بسیار مهمی برای تنظیم روابط تجاری و کاهش ریسک‌های مرتبط با آن هستند. با توجه به اهمیت قراردادها، باید در تنظیم آنها دقت لازم به عمل آورد و بندها و شروط کلیدی را برای محافظت از منافع خود در نظر گرفت. هدف مقاله حاضر شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها است.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها کمی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: شرط تعهد به جبران خسارت قراردادی، شرط معافیت از مسئولیت و شرط فورس ماژور، تغییر اوضاع و احوال و شرط تعدیل قرارداد، شرط پرداخت ثمن با ارز یا طلا، شرط قانون حاکم و شرط بیمه از مهم‌ترین شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها است. تخصیص قراردادی ریسک با تکیه بر اصل آزادی قراردادی و ملاحظه ترجیحات و محدودیت‌های متعاملان در حداکثر کردن بازده قراردادی، مؤثرترین و کارآمدترین شیوه تخصیص به‌شمار می‌رود.

نتیجه: از آنجا که منشأ ریسک مجموعه اتفاق‌ها یا شرایطی قطعی است که به‌تنهایی یا در ترکیب با عناصر دیگر سبب بروز عدم قطعیت یا ریسک می‌شود و در نتیجه آثاری فعلیت می‌یابد که منجر به بروز انحراف پیش‌بینی نشده در اهداف قرارداد اعم از سود یا زیان می‌شود. در نتیجه شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها می‌تواند کاهش ریسک را به‌دنبال داشته باشد و به استواری و تداوم قراردادها کمک کند.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۷۹۱-۸۰۸

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۰۴

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۶/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۲۵

واژگان کلیدی:

ریسک، مدیریت ریسک، مسئولیت، خسارت، تعدیل قرارداد.

نویسنده مسئول:

علیرضا باریکلو

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، گروه حقوق.

کد ارکید:

0000-0002-9830-8710

تلفن:

پست الکترونیک:

bariklou@ut.ac.ir

۱. مقدمه

پروژه است که تأثیر به‌سزایی در تضمین موفقیت آن دارد. اگرچه در ارتباطات کارفرما پیمانکار اغلب کارفرمایان تلاش می‌کنند تا حد ممکن با تخصیص ریسک‌ها به پیمانکاران از آن‌ها اجتناب کنند و این تخصیص نامناسب به‌طور مشخص رفتار دست‌اندرکاران پروژه و به‌دنبال آن هزینه و عملکرد نهایی پروژه را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در خصوص مدیریت ریسک قراردادی پژوهش‌های متعددی انجام شده است: محمد مهدی حاجیان و سیده شیدا سلیمی (۱۳۹۹) در مقاله‌ای، مدیریت و توزیع کارآمد ریسک در قراردادهای نفت و گاز از طریق شروط قراردادی را مورد بررسی قرار داده‌اند. زهرا احمدی و محمد مهدی حاجیان نیز در مقاله‌ای (۱۴۰۰)، تحلیل حقوقی موضوع و طرف‌های معامله در قراردادهای آتی را با تأکید بر مدیریت ریسک بیان کرده‌اند. محمدحسن محمدی، علی امامی میبدی و محمد مهدی حاجیان نیز در مقاله‌ای (۱۴۰۰)، مدیریت ریسک‌های سرمایه‌پذیر در قراردادهای تأمین مالی توسعه بالادستی نفت و گاز در چارچوب مدل مخاطرات اخلاقی را بررسی کرده‌اند. تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به پژوهش‌های انجام‌شده این است که در این مقاله شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها بررسی می‌شود. هدف مقاله حاضر بررسی این سؤال مهم است که شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها کدام است؟ به‌منظور بررسی سؤال مورد اشاره، ابتدا، مفهوم ریسک و تخصیص ریسک قراردادی بررسی می‌شود و سپس شروط تخصیص ریسک قراردادی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

از دیدگاه اقتصادی آینده مبهم است و قرارداد به‌عنوان وسیله اداره خطرات آینده توسط متعاملان است. قرارداد تفاهم نوشته شده‌ای است که توسط طرفین قرارداد امضا می‌شود و روابط و الزامات را تعریف می‌کند و آن‌ها را متعهد به اجرای آن می‌سازد. اجرای موفق پروژه مستلزم ساختار مناسب قراردادی است. از طرفی یک قرارداد و یک پروژه در اجرای خود همواره با ریسک‌های قابل پیش‌بینی و غیر قابل پیش‌بینی بسیاری روبه‌رو است. به‌عبارتی ریسک‌ها یکی از عوامل مهمی هستند که مشخصاً هزینه نهایی پروژه را تحت تأثیر قرار می‌دهند. در چنین مواقعی مدیریت ریسک با پیش‌بینی، شناسایی، آنالیز کنترل و کاهش تأثیرات ریسک‌ها با برنامه‌ریزی مناسب نقش مهمی را در مواجهه با آن‌ها ایفا می‌کند. در واقع، گاهی در قرارداد چگونگی تخصیص خطر به‌صراحت پیش‌بینی می‌شود. یکی از استراتژی‌هایی که مدیریت ریسک برای کاهش اثرات مخرب و کنترل صحیح ریسک‌ها دنبال می‌کند تعیین مسئول ریسک‌ها از طریق مستندات قراردادی است. با چنین مفهومی در هر قراردادی تخصیص ریسک وجود دارد. در علم اقتصاد معیارهایی برای محاسبه ریسک وجود دارد. معیار مرسوم در این زمینه ارزش یا فایده مورد انتظار است. در حقیقت چنین فرض می‌شود که فرد ریسک‌ها را در نظر می‌گیرد و سپس بازده یا فایده بالای میانگین را به حداکثر می‌رساند. هرچند همه قراردادهای ریسک را به‌طور منصفانه تخصیص نمی‌دهند. تخصیص مناسب ریسک بین طرفین قرارداد به‌طور هم‌زمان ریسک‌ها را کاهش می‌دهد و عملکرد پروژه را بهبود می‌بخشد. این مسئله یکی از مهم‌ترین مراحل پیش از آغاز

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها کمی و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

شرط تعهد به جبران خسارت قراردادی، شرط معافیت از مسئولیت و شرط فورس‌ماژور، تغییر اوضاع و احوال و شرط تعدیل قرارداد، شرط پرداخت ثمن با ارز یا طلا، شرط قانون حاکم و شرط بیمه از مهم‌ترین شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها است. تخصیص قراردادی ریسک با تکیه بر اصل آزادی قراردادی و ملاحظه ترجیحات و محدودیت‌های متعاملان در حداکثری کردن بازده قراردادی، مؤثرترین و کارآمدترین شیوه تخصیص به‌شمار می‌رود.

۵. بحث

در این قسمت ابتدا، ریسک و تخصیص ریسک قراردادی و در ادامه، شروط مؤثر بر مدیریت ریسک در قراردادها بررسی می‌شود.

۵-۱. ریسک، مدیریت ریسک و تخصیص

ریسک قراردادی

در یک تعریف ریسک به‌عنوان انحراف در پیشامدهایی که می‌توانند در طول یک دوره مشخص در یک موقعیت معین اتفاق بیفتند تعریف شده است (داور و دیگران، ۱۳۸۵، ۸۹). ریسک از زوایای مختلف علی‌رغم جوهره مفهومی یکسان می‌تواند بارهای معنایی متفاوتی داشته باشد. برای مثال در یک تعریف: «این اصطلاح فرصتی پذیرفته‌شده در ترتیبات اقتصادی تعریف شده است که به‌عنوان منبع سود می‌باشد. در این تعریف ریسک به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیر تشکیلات اقتصادی شناخته می‌شود که می‌تواند میان طرفین کاهش و یا تخصیص داده شود ولی اجتناب از آن لامحال می‌باشد. ولی ریسک در معنای دیگری نیز به‌کار می‌رود که در آن مراد احتمال وقوع امری به همراه عواقب ناشی از آن در فرض وقوع می‌باشد» (اسکات مک‌کانل، ۲۰۰۱، ۱۵۲-۱۴۸). «مدیریت ریسک ابزار مهمی برای پاسخ‌گویی و کنترل ریسک‌های پروژه است. مدیریت ریسک فرآیندی سیستماتیک در شناسایی تجزیه و تحلیل و واکنش به ریسک‌های پروژه به‌منظور بیشینه نمودن نتایج وقایع مثبت و کمینه نمودن احتمال وقوع یا اثر پیامدهای ناگوار بر اهداف پروژه است. مدیریت ریسک نیاز به یک روش نظام‌مند و عملی برای رسیدگی به ریسک‌های قابل پیش‌بینی و غیر قابل پیش‌بینی دارد» (جرالد آی. کاتز، ۲۰۰۱، ۳۲).

«چنانچه طرف‌های قراردادی بتوانند به اعمال یک مدیریت صحیح ریسک در عرصه قراردادی نائل شوند از جمله تأثیرات مهم این امر افزایش عملکرد پروژه، اثربخشی و ایجاد یک رابطه کاری خوب میان

در این صورت ممکن است تکنیک‌های قراردادی متفاوتی برای حصول این نتیجه اعم از تعهد به انتقال ریسک از طریق بیمه، سلب مسئولیت، تعهد به جبران خسارت وجود داشته باشد» (مایکل میلز، ۲۰۰۱، ۴۶-۴۷). مرحله بعد تبدیل این توافقات به زبان قراردادی و اعمال آن‌ها در پیش‌نویس‌های قراردادی است. تنظیم بندهای قراردادی مربوط به تکنیک‌های تخصیص ریسک خود ریسک‌هایی را در پی دارد که اجتناب از این ریسک‌ها در گرو شناخت صحیح و کامل این نهادها در صنعت و جهت‌گیری نظام‌های حقوقی نسبت به آن‌ها است.

۵-۲. شروط تخصیص ریسک در قراردادها

در این قسمت شروط تخصیص ریسک در قراردادها بیان می‌شوند.

۵-۲-۱. شرط تعهد به جبران خسارت قراردادی

جبران خسارت را می‌توان به دو اعتبار تعریف کرد یکی تکلیف جبران هر گونه اتلاف، خسارت یا مسئولیتی که برعهده دیگری است و دیگری حقی که به‌واسطه آن شخص زیان دیده می‌تواند جبران اتلاف، خسارت با مسئولیتی که برعهده دیگری است از شخصی که تعهد به جبران دارد مطالبه کند. در تعریف دیگری بیان شده است تعهدی است که به موجب آن یک طرف قبول می‌کند خسارات و تلفاتی را که طرف دیگر متحمل شده است پرداخت کند و وی را در برابر مسئولیت محافظت کند.

طرف‌های قراردادی می‌باشد» (کاتز، ۲۰۰۱، ۷). «اگرچه قرارداد به‌عنوان ابزار اصلی مدیریت ریسک محسوب می‌گردد؛ ولیکن فرآیند مدیریت و کاهش ریسک پیش از امضای قرارداد آغاز می‌گردد. همان‌گونه که اشاره شد فرآیند مدیریت ریسک از شناسایی ریسک آغاز می‌گردد که بسیار پیش‌تر از امضای قرارداد است» (مگنز، ۱۹۹۶، ۱۸۲). «چنانچه این مرحله از مدیریت ریسک تا زمان مذاکرات قراردادی مورد توجه طرف‌های قراردادی قرار نگیرد می‌تواند منجر به تخصیص ریسک ناعادلانه‌ای در قرارداد گردد. مرحله بعد که هم‌زمان با مذاکرات قراردادی صورت می‌گیرد تخصیص ریسک می‌باشد. تخصیص ریسک نیز عبارت است از تعریف و تقسیم مسئولیت‌های مرتبط با سود یا زیان احتمالی در آینده می‌باشد که طی آن مسئولیت پیشامدهای فرضی متعدد که طبق برنامه‌ریزی نبایستی در پروژه رخ دهند، معین می‌شود» (لام، ک و همکاران، ۲۰۰۷، ۴۹۳-۴۸۵). تخصیص ریسک به‌عنوان بخشی از استراتژی مدیریت ریسک، معمولاً از طریق اسناد قراردادی تعریف می‌شود.

شیوه اصلی تخصیص ریسک، «پذیرش تعهدات و حقوقی است که در پروسه مذاکرات صورت می‌گیرد. در این مرحله طرفین در خصوص تمام مسائلی که جزء ریسک‌های شناسایی‌شده پروژه محسوب می‌گردند، مذاکره کرده و در مورد آن اتخاذ تصمیم می‌کنند. نکته‌ای که حائز اهمیت است اینکه بسته به سطح مذاکرات در این مرحله ممکن است طرفین در مورد تکنیک‌های این تخصیص ریسک نیز به بحث و گفت‌وگو بپردازند. به‌طور مثال ممکن است توافق گردد یک ریسک از یک طرف قراردادی سلب گردد.

مسئولیت در قبال اشخاصی که خارج رابطه قراردادی طرفین هستند و میزان خسارتی که می‌تواند به وجود بیاید و غیره در این مذاکرات بسیار حائز اهمیت است که در ادامه توضیحاتی در این خصوص ارائه می‌شود. دلیلی که موجب مسئولیت شخص متعهد می‌شود می‌تواند متفاوت باشد. اصولاً دلیل یک خسارت ممکن است ناشی از غفلت، غفلت بزرگ، سوءرفتار عمدی و یا نقض یک تعهد قانونی از سوی متعهد جبران خسارت یا متعده و یا هر دوی آن‌ها باشد. در خصوص غفلت بزرگ و سوءرفتار عمدی باید گفت اصولاً از حوزه تعهد به جبران خسارت قراردادی خارج است (گوردون، ۲۰۰۷، ۳۴۸). البته خروج این دو دسته برای جلوگیری از خرابکاری‌های عمدی و پرهیز از رفتارهایی که زیر سطح مورد انتظار در صنعت است، امری کاملاً عاقلانه و منطقی است. لذا نه در میان شرکت‌های نفتی؛ بلکه در میان تمام شرکت‌هایی که فعالیت‌شان با ریسک بالایی همراه است این امر متداول است. در خصوص دسته آخر یعنی نقض یک تعهد قانونی نیز باید گفت بستگی به نظم عمومی و مسائل مربوط به آن دارد؛ ولی به‌طور کلی می‌توان گفت امکان تعهد به جبران خسارت در مورد آن‌ها وجود دارد. اگرچه در برخی از نظام‌های حقوقی به‌هیچ‌وجه این امر میسر نیست و تعهدات مربوط بدان فاقد اثر است. در کل اگر شخصی، طبق قرارداد، تعهد کند که کاری را انجام می‌دهد و از تعهد خود تخلف کند، مسئول خسارتی است که به طرف مقابل وارد کرده است.

در تعاریف قابل استنتاج از آرای دادگاه‌ها، تعهد به جبران خسارت قراردادی نوعی قرارداد با بیمه موازی با قرارداد تعبیر می‌شود که یک طرف، دیگری را در خصوص خسارت احتمالی قابل پیش‌بینی تضمین می‌کند یا مانع از خسارت ناشی از نتایج حقوقی یک عمل نسبت به وی می‌شود و با مسئولیت خسارت را به‌جای یکی از طرفین و یا شخص ثالث برعهده می‌گیرد. البته در یک تعریف مادی از تعهد به جبران خسارت آن را به میزان مبلغی که جهت جبران خسارت و تلفات پرداخت می‌شود نیز اطلاق می‌کنند (تیمور ماکاروف، ۲۰۰۸، ۱۶۵).

آنچه به‌عنوان عنصر مشترک در تمامی تعاریف‌ها می‌توان مشاهده کرد این است که در تعهد به جبران خسارت قراردادی، متعهد موافقت می‌کند خسارت و تلفات متعده را بپردازد و او را در برابر مسئولیت‌های احتمالی ایمن و مصون بدارد (تیمور ماکاروف، ۲۰۰۸، ۲۰). تعاریف مذکور ما را به یک معنای محافظت‌کننده رهنمون می‌سازد. در نتیجه این امر نهاد حقوقی مذکور را از سایر بندهای قراردادی متمایز می‌کند. نهادی که در آن، طی ترتیبات قراردادی موظف هستند در خصوص مسئولیت‌های احتمالی از یکدیگر حمایت کنند. البته باید گفت هیچ‌گونه پروسیجری در خصوص چگونگی این حفاظت وجود ندارد. مثلاً در خصوص صدمه به اشخاص این جبران هم می‌تواند مستقیم به شخص هر مورد خاص و متناسب با ترتیبات قراردادی این امر می‌تواند متفاوت باشد (چارلز دبلیو و دیگران، ۲۰۱۳، ۹۰).

۵-۲-۲. شرط معافیت از مسئولیت / شرط فورس‌ماژور

«شرط معافیت از مسئولیت، شرطی است که در متن قرارداد گنجانده شده و هدف آن از بین بردن یا ایجاد محدودیت در مسئولیتی است که در صورت عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای آن و یا اجرای ناقص قرارداد متوجه متعهد می‌گردد. بدین معنی که متعهد پیش از آنکه خسارتی به متعهدله وارد شود، خود را از مسئولیت معاف می‌دارد» (ایزانلو، ۱۳۹۳، ۱۱۸). چنین شرطی علاوه بر مرحلهٔ انعقاد می‌تواند در مرحلهٔ اجرا نیز اعمال شود. هرچند، عدم ارتکاب تقصیر سنگین شرط تحقق آن است. «امروزه به‌کارگیری چنین شروطی در قراردادهای داخلی و بین‌المللی بسیار رایج است. توافق بر انتفای مسئولیت قراردادی و از بین بردن ضمان نسبت به خسارات وارده، ممکن است به‌صورت شرط ضمن عقد اولیه و اصلی انجام گیرد و از این جهت ماهیت تبعی پیدا کند و وابسته به قرارداد اصلی شود یا اینکه چنین توافقی به‌صورت مستقل بعد از انعقاد قرارداد صورت پذیرد. اما باید توجه کرد که در صورت اخیر نیز ماهیت تبعی توافق از بین نمی‌رود و این قرارداد، ضمیمه یا ملحقه‌ای بر قرارداد اصلی تلقی شده و تابع آن خواهد بود» (شیروی، ۱۳۹۳، ۵۰۱). «نافذ شناختن شرط عدم مسئولیت به سرمایه‌داران بزرگ و به‌ویژه آن‌ها که انجام خدمتی را به‌طور انحصاری در اختیاردارند این امکان را می‌دهد که با آوردن آن در قراردادهای الحاقی در برابر همهٔ مشتریان خود در آینده نسبت به خساراتی که به بار می‌آورند مصونیت یابند. آن‌ها به‌سادگی می‌توانند ارادهٔ خویش را تحمیل کنند و از مسئولیت‌های قانونی رهایی یابند.

از بین رفتن نگرانی کسانی که توانسته‌اند شرط عدم مسئولیت را به سود خود تحصیل کنند، آنان را نسبت به رعایت قوانین و اجرای تعهداتی که پذیرفته‌اند بی‌اعتنا می‌سازد و بی‌مبالاتی را رواج می‌دهد. ولی در برابر معایب، فواید این شرط را نیز نباید انکار کرد» (ساورایی، ۱۳۷۹، ۹۱).

«اثر کلی شرط فورس‌ماژور ایجاد معافیت در اجرای تعهدات قراردادی طرفی است که به‌واسطهٔ وقوع تغییرات در اوضاع و احوال قرارداد از ایفای وظایف خویش متعذر مانده است. البته برای اینکه حادثه‌ای فورس‌ماژور تلقی گردد حصول شرایطی در ارتباط با آن حادثه لازم می‌باشد. با وجود آنکه در خصوص این شرایط در نظام‌های حقوقی مختلف اجتماعی وجود ندارد» (صادقی مقدم، ۱۳۷۸، ۴۹). «تنظیم دقیق و جامع بند مربوط به شرط فورس‌ماژور می‌تواند اساسی‌ترین نقش را در مدیریت ریسک‌های مربوط به تغییرات غیر قابل پیش‌بینی در وضعیت قرارداد ایفا نماید. قراردادهای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی جزء قراردادهای طولانی مدتی است که اجرای آن ممکن است ده‌ها سال به طول انجامد. در طول قرارداد ممکن است حوادثی اتفاق بیفتند که اجرای پروژه را متوقف یا مختل کند. این حوادث می‌تواند شامل طیف وسیعی از وقایع من جمله بلایای طبیعی، دخالت دولت‌ها، جنگ، حملات تروریستی و تحریم باشد. اهمال در تنظیم و تدوین دقیق مقررات شرط فورس‌ماژور الزاماً به‌معنای حاکم شدن مقررات نظام حقوقی حاکم بر قرارداد در خصوص موضوع خواهد بود» (ساردویی‌نسب و دیگران، ۱۳۹۰، ۵۳). «این درحالی است که در ارتباط با عقیم شدن اجرای قرارداد نظام حقوقی واحدی وجود ندارد و به‌کارگیری

«کارکرد این مطلب به سود سرمایه‌گذار به‌ویژه هنگامی است که ریسک‌های ناشی از اعمال حاکمیتی دولت که منجر به تأثیر منفی در پروژه می‌گردد را به طرق دولتی قرارداد منتقل می‌نماید. این امر می‌تواند به‌وسیله‌ی برشمردن مواردی نظیر قانون‌گذاری‌های غیر مترقبه و یا قصور در اعطای مجوزها و ليسانس‌های لازم به‌عنوان مصادیقی از فورس‌ماژور تنها نسبت به طرف خصوصی قرارداد محقق گردد. در مقابل بر مبنای اصل اولیة تخصیص ریسک که در مباحث قبل بررسی شد، ریسک‌هایی نظیر تغییر مالیات و جریمه‌های مشروع و قانونی مرتبط با محیط‌زیست هم‌چنان برعهده طرف خصوصی بر قرارداد خواهد ماند و نمی‌تواند به‌عنوان دلیلی برای تعذر از ایفای تعهد مورد استناد قرار بگیرد» (عیسایه تفرشی و دیگران، ۱۳۹۱، ۵۴). بدین منظور بندی از شرط فورس‌ماژور می‌تواند بدین شکل تعبیه شود: «در هیچ شرایطی هر گونه عمل دولت از قبیل تغییر قوانین و مقررات طرق دولتی قرارداد را از تکلیف اجرای تعهدات قراردادی خویش معذور نخواهد داشت».

«تدوین و تنظیم دقیق چنین شروطی در رابطه مابین سرمایه‌گذار و دولت میزبان از جهتی دیگر نیز اثر خواهد گذاشت یا وجود چنین شرطی دولت میزبان در جهت ایفای تعهداتی از قبیل اعطای مجوزهای لازم یا جدیت بیشتری خواهد کوشید؛ زیرا در غیر این صورت طرف قرارداد مسئولیتی در قبال عدم انجام وظایفش نخواهد داشت. نکته دیگر در خصوص این شرط آنکه در نگارش شرط فورس‌ماژور در قراردادهای سرمایه‌گذاری باید اطمینان حاصل کرد که قید هر نوع شرط فورس‌ماژور یا قوانین آمره

آنها عموماً پیامدهای نامناسبی به‌ویژه برای سرمایه‌گذار خواهد داشت. از طرفی دیگر اجرای دکترین‌های سنتی در حقوق ملی ممکن است یا احتیاجات تجارت بین‌الملل مدرن سازگاری نداشته باشد. به‌عبارت دیگر، مقررات حقوق داخلی همیشه نمی‌تواند پاسخ صریح و مناسب را در خصوص مسائل عقیم شدن اجرای قرارداد بدهد. خطراتی که قراردادهای بلندمدت پروژه‌های صنعتی را تهدید می‌کند، به‌مراتب وسیع‌تر و گسترده‌تر از تردیداتی است که ممکن است در یک قرارداد ساده بیع مطرح گردند. بدین ترتیب طرفین می‌بایست یا تکیه بر مفاد قرارداد و البته یا تدوین کامل و دقیق شرط فورس-ماژور، سرنوشت اطراف آن را از ابهامات، تردیدها و نواقص راه‌حل‌های موجود در سطح داخلی و بین‌المللی مصون نگه‌دارند» (بادینی و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۳).

به نظر می‌رسد که «در سطح بین‌المللی و در رویه عملی قراردادهای موجود کمابیش بر روی حصول سه شرط اتفاق نظر وجود دارد. اول این که حادثه مزبور می‌بایست خارجی باشد بدین معنا که حادثه نباید مستند به فعل یا ترک فعل یا تقصیر فردی باشد که ادعای فورس‌ماژور دارد. دوم آن که حادثه مزبور می‌بایست غیرقابل‌پیش‌بینی باشد، معیار تشخیص ضابطه‌ی دوم به نظر عرف می‌باشد. یعنی در آن شرایط هیچ انسان متعارفی نمی‌توانست وقوع این حادثه را پیش‌بینی نماید و سوم آن که این حادثه می‌بایست به نحو متعارفی قابل‌اجتناب نباشد بدان معنا که ادامه فعالیت پروژه در شرایط به وجود آمده غیر ممکن و یا در صورت امکان غیرعقلایی مشکل و بسیار پرهزینه باشد» (شیروی، ۱۳۹۳، ۵۰۱).

مربوطه و سایر مشکلاتی که در راه انعقاد و اجرای قرار داد وجود دارد، همواره ذهن متعاقدان و وکلای آنان را به خود مشغول می‌دارد تا جایی که گاه به‌صراحت در متن قرارداد به حوادث مذکور و تغییرات آن اشاره می‌کنند و آثار ریسک ناشی از تغییر اوضاع و احوال را بر می‌شمارند.

«به‌رغم پذیرش اصل لزوم قراردادهای در تمام نظام‌های حقوقی و لزوم احترام به مفاد تراضی طرفین، تأثیر حوادث اجتماعی و اقتصادی بر قرارداد در فاصلهٔ انعقاد تا اجرای قرارداد، انکارناپذیر است. در واقع گاه در برخی قراردادهای، شرایط و اوضاع و احوالی پدیدار می‌شود که اجرای تعهدات قراردادی را متأثر می‌نماید و بدون اینکه اجرای آن را غیر ممکن سازد، موجب دشواری و پرهزینه شدن اجرای آن می‌شود» (امین، ۱۹۸۲، ۵۷۷).

بدین معنی که گاه در اثر وقوع ریسک‌هایی، در اجرای قرارداد آن‌چنان تحولی رخ می‌دهد که اعمال قرارداد را تحت تأثیر قرار می‌دهد و دشواری می‌سازد و منجر به ایجاد وضعیت هاردشیپ می‌شود. «در واقع هاردشیپ وضعیتی است که در آن اجرای تعهد قراردادی در نتیجهٔ حوادث غیر قابل پیش‌بینی و خارج از کنترل، بدون اینکه به‌لحاظ فیزیکی غیر ممکن باشد، به‌لحاظ اقتصادی دشوار و پرهزینه می‌شود و تعادل و توازن قراردادی مختل می‌گردد» (چنگوی، ۲۰۰۵، ۱۰۱). در چنین شرایطی این سؤال پیش می‌آید که آیا التزام به تعهدات ناشی از قرارداد بستگی تام به بقا و ثبات شرایط و اوضاع و احوالی دارد که قرارداد در آن فضا و موقعیت منعقد شده است و آیا دشواری اجرای تعهد تأثیری در

کشوری که حاکم بر قرارداد است تعارض پیدا نکند بعضی از نظام‌های حقوقی مانند هندوستان به طرفین اجازهٔ درج مقرراتی که طرفین در خصوص شرط فورس‌ماژور توافق می‌کنند را نمی‌دهند» (ساواری، ۱۳۷۹، ۹۲). شرایط فورس‌ماژور به عنوان ضمیمه در متن قرارداد آورده می‌شود و بهتر است که قبل از امضای قرارداد از ذکر آن در قرارداد مطمئن شوید. بند فورس‌ماژور مخصوصاً برای قراردادهای طولانی مدت بسیار اهمیت دارد. چرا که احتمال وقوع حوادث فورس‌ماژور در این قراردادهای بیشتر است و خسارات وارده هم بیشتر خواهد بود. استناد به بند فورس‌ماژور در قرارداد الزامی است تا در صورت وقوع حوادث غیر منتظره بار خسارت و مسئولیت از دوش طرفین قرارداد برداشته شود. هنگامی که رویدادی در محدودهٔ بند فورس‌ماژور قرار می‌گیرد و مانع از اجرای قرارداد می‌شود، تنها راه باقی مانده برای طرفین قرارداد خاتمهٔ آن است.

۵-۲-۳. تغییر اوضاع و احوال و شرط تعدیل قرارداد

تعادل در موضوع تعهدات طرفین و ثبات ارزش‌های زمان عقد همواره در انعقاد یک قرارداد مورد توجه طرفین است تا آنجا که متعاقدان با محاسبه و توجه به اوضاع و احوال زمان عقد و پذیرش ریسک تغییرات آینده رضایت به انجام معامله دهند و خود را به آن ملتزم کنند. توجه به تغییرات معمولی در قیمت‌ها، نرخ تورم، هزینه‌های خدمات و تولید، عوارض و مالیات، تأثیر مسائل سیاسی در امور اقتصادی، صادرات و واردات، سیاست دولت در امور اقتصادی، موقعیت سیاسی محل انعقاد عقد، قوانین و مقررات

معافیت متعهد دارد و یا متعهد ملزم به اجرای تعهد خواهد بود؟

ظهور پدیده‌های جدید و ارتباطات نوین بشری همواره ایجاب می‌کند که از حیث حقوق و قوانین مورد نیاز راه‌حلهایی متناسب با ضرورت‌ها و مناسبت‌های جدید ارائه شود. رمز و راز ماندگاری حقوق هم در همین است که همگام با نیازهای بشری حرکت کند و با تکیه بر اصول ماندگار خویش به نیازهای جدید پاسخ دهد. در خصوص سؤال فوق نیز این قاعده مرئی است. بدین معنی که هرچند در این عرصه اصولی چون اصل ثبات و استحکام قراردادها که از آن در فقه به اصل لزوم معاملات یاد می‌کنیم، همچنان با همان قوت به اعتبار خود باقی است و عمده دلیل این ثبات و پایداری ابتدای آن به بنای عقلایی بوده است که مورد امضای شرع هم قرار گرفته است، اصل رعایت حق و توجه به آن در همه مناسبات حقوقی از دیرباز نه تنها در حقوق که در همه ادیان الهی مورد توجه است و عدم استفاده از حق به نحو غیر عادلانه و جلوگیری از اعمال حقی که زبان دیگری را در پی دارد، باعث پذیرش این استثنا بر اصل کلی لزوم معاهدات شده است. در نتیجه در بسیاری از اصول حقوقی، قوانین کشورها، تعهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی این امر منعکس است.

«شرط تعدیل قیمت به توافق قراردادی اطلاق می‌شود که به موجب آن قیمت قرارداد متناسب با افزایش هزینه کارگر، مصالح، مواد اولیه، نرخ تورم یا افزایش قیمت سایر کالاهای مرتبط تعدیل گردد» (شیروی، ۱۳۹۳، ۶۱۲). «به عنوان مثال در قرارداد ساخت جاده به روش بی. او. تی. که قرار است سرمایه‌گذار از طریق عوارض جاده‌ای در دوران

بهره‌برداری نسبت به استهلاک سود و اصل سرمایه اقدام نماید، می‌توان یا در نظر گرفتن شرطی در موافقت نامه واگذاری به شرکت پروژه اجازه افزایش عوارض اخذشده را در طی مدت معین و برای درصد معینی را در صورت وقوع تورم اعطا کرد» (امام، ۱۳۷۳، ۱۹۸).

اشاره شد که «در وضعیت هاردشیپ دگرگونی اوضاع و احوال زمان عقد و دشوار شدن اجرای قرارداد به حدی است که هیچ فرد دوراندیش نیز قادر به پیش‌بینی آن نبوده و ضرر حاصله غیر متعارف و غیر قابل پیش‌بینی می‌باشد. تمام نظام‌های حقوقی کم‌وبیش در این مسئله که حکم به لزوم قرارداد در چنین وضعیتی ناعادلانه است، اتفاق نظر داشته و در توجیه آن به مبانی مختلفی استناد می‌کنند. اما راه‌حل این نظام‌ها، اثر انتخابی و مبانی اتخاذشده متفاوت است که در ذیل به تعدادی از آن‌ها پرداخته می‌شود. اصول حقوق قراردادهای اروپایی و اصول یونیدرو (مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی) راه‌حل اولیه در صورت وقوع هاردشیپ و عسر و حرج را مذاکره مجدد طرفین عقد قرار دانسته و در مرحله بعد فسخ و تعدیل عقد را مورد شناسایی قرار می‌دهد. بر مبنای این اصول از بین دو راه‌حل مطروحه (فسخ یا تعدیل)، با پیش‌بینی پروسه‌ای برای مذاکره جهت دستیابی به توافق دوستانه برای تغییر قرارداد، بیشتر بر روش تعدیل قرارداد تأکید شده است. اگرچه ظاهراً هیچ ترتیبی اعم از تقدم یا تأخر برای اعمال فسخ یا تعدیل در این مقررات ذکر شده میان نیامده است» (امین، ۱۹۸۲، ۱۰۴).

«در واقع از میان این سه اثر، راه‌حل تعدیل با توجه به هدف آن، که عبارت است از منطبق کردن قرارداد

می‌شود. بنابراین هرگاه پس از انعقاد قرارداد، اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد عقد دگرگون شود که این دگرگونی برای طرفین قابل پیش‌بینی نبوده و نتیجه آن دشواری اجرای تعهد باشد، دادگاه حق تعدیل یا فسخ قرارداد را می‌یابد» (احمدپور، ۲۰۰۵، ۲۰۶).

«در حقوق ایران نیز هاردشیپ به‌عنوان نظریه خاص حقوقی مورد توجه قرار نگرفته است. اگرچه برخی قواعد و اصول فقهی از جمله قاعده «نفی عسر و حرج»، «قاعده لاضرر»، «اصل غبن حادث» و نیز نهادهای حقوقی همچون «منع سوءاستفاده از حق»، «دارا شدن ناعادلانه» و سرانجام «اصل حسن نیت در اجرای قرارداد» در توجیه این نظریه و تمسک به فسخ قرارداد مورد استناد نویسندگان حقوقی بوده؛ اما هیچ‌یک از این اصول به وسعت و آثاری که نظریه هاردشیپ در نظام‌های حقوقی مورد بحث دارد، مورد پذیرش فقها و حقوق‌دانان نیست» (خوئینی، ۱۳۸۰، ۱۴۷).

نظریه «شرط ضمنی» قرارداد نیز به‌عنوان نقشی مکمل در کنار قواعد مذکور در راستای فسخ قرارداد و عدم التزام متعهد به انجام تعهد قراردادی در حقوق ایران مورد استناد قرار گرفته است. «بدین معنا که اگر بپذیریم بر مبنای شرط ضمنی تنها التزام متعاقدين به مفاد عقد وقتی ضروری است که اوضاع و احوال حاکم بر زمان عقد ثابت بماند. بدیهی است با تغییر اوضاع و احوال مذکور درحالی که اجرای قرارداد برای متعهد مشکل گردد یا ضرری غیر متعارف به یکی از طرفین وارد شود، باید التزام به انجام تعهد را برداشت. زیرا آنچه مبنای توافق و

با خواست جدید طرفین و از سویی توجه به سازگاری این اثر با واقعیات تجاری، با نظریه هاردشیپ انطباق بیشتری دارد. با این وجود در مواردی که امکان تعدیل قرارداد وجود ندارد یا تعدیل قرارداد نیز قادر به جبران ضرر وارده نیست، چاره‌ای جز پذیرش فسخ نخواهد بود. لذا اثر اولیه هاردشیپ را باید تعدیل و اثر ثانویه آن را فسخ دانست. هرچند بر مبنای ظاهر اصول حقوقی مذکور اثر تعدیل و فسخ قرارداد اختیاری است و ظاهراً دادگاه هر روشی را که مناسب بداند، انتخاب خواهد کرد» (شریفی و دیگران، ۱۳۷۹، ۲۲).

کنوانسیون وین، مصوب ۱۹۶۹ در ماده ۶۲ خود، برخلاف اصول یونیدروا (مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی)، صرفاً فسخ یا انصراف از قرارداد را راهکار نظریه «تغییر بنیادین اوضاع و احوال قراردادی» می‌داند هرچند اعمال آن را در شرایطی خاص به رسمیت می‌شمرد. اول آنکه اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد معاهده به‌طور اساسی تغییر کند. دوم تغییر اوضاع و احوال، از طرف دولت‌های متعهد پیش‌بینی نشده باشد. سوم آنکه حفظ و بقای اوضاع و احوال موجود، مبنای اساسی تراضی دو طرف معاهده باشد و نهایتاً آنکه تغییر اوضاع و احوال، حدود و قلمرو تعهدات یک طرف را به‌طور اساسی دگرگون کند.

«این نظریه، در حقوق آلمان نیز مورد پذیرش قرار گرفته؛ بر مبنای آنکه هر قراردادی دارای مبنای هدفی است که از اراده طرفین ناشی می‌شود. لذا در صورت از بین رفتن شرایط موجود از جمله نظم اجتماعی و اقتصادی حاکم، ارزش پول رایج، شرایط سیاسی و غیره تحقق این هدف ناممکن و غیر مقدور

محاسبه و تعیین ثمن قرارداد در قراردادهای پیمان و در اجرای برنامه‌های عمرانی دولتی که با استفاده از سیستم تعدیل قراردادی مورد عمل قرار می‌گیرد. زیرا با آنکه ثمن در چنین مواردی به هنگام انعقاد قرارداد معلوم و معین شده است؛ ولی به‌منظور اجتناب از مخاطرات بعدی امکان تعدیل آن وجود خواهد داشت. اگرچه عدم ذکر شرط در قرارداد، اصل روش‌های کاربردی را منتفی نمی‌سازد، چون در حقوق ما و کشورهایی که به سکوت از کنار آن گذشته‌اند، جز در مواردی خاص مورد نظر قانون‌گذار قرار نگرفته است، جهت سهولت کار بهتر است روش مورد نظر از جمله تعدیل، فسخ یا انفساخ، شرایط و جزئیات آن در متن قرارداد اصلی بیان شود. رجوع به نظر کارشناس یا داور ثالث می‌تواند از تدابیر دیگر مورد نظر باشد.

۵-۲-۴. شرط قانون حاکم

«شرط مربوط به تعیین قانون حاکم از جمله ترتیباتی است که می‌تواند منجر به افزایش ثبات و قابلیت پیش‌بینی پذیری یک قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی در طول دوران بلنمدت حیات پروژه گردد. قانون حاکم بر ماهیت اختلاف قانونی است که به استناد آن داور یا مرجع حل‌وفصل اختلاف در خصوص اختلاف اظهار نظر کرده و رأی صادر می‌نماید. قانون حاکم از یک جهت مفاد قرارداد را کنترل کرده و اجازه نمی‌دهد که طرفین برخلاف مقررات امری آن توافق نمایند و هرگاه چنین توافقی انجام شود آن را غیر معتبر اعلام می‌دارد و از جهت دیگر خلأهای موجود در قرارداد را پر کرده و قصد طرفین را تکمیل می‌نماید» (امام، ۱۳۷۳، ۱۹۸). «این امریۀ داوران

ترازی طرفین بوده است، با دگرگونی در شرایط تحقق نیافته است» (صادقی مقدم، ۱۳۷۸، ۴۸).

دی» از سوی دیگر وجود برخی مصادیق قانونی در خصوص تعدیل می‌تواند آثار نظریۀ هاردشیپ یعنی تعدیل را در نظام حقوقی ایران توجیه نماید. هرچند به نظر می‌رسد که تعدیل به‌عنوان راه‌حل اصلی برای وضعیت هاردشیپ در نظام فقه امامیه نیز قابل پذیرش و دفاع است. زیرا در کنار قاعده نفی عسر و حرج که حاکی از رفع لزوم از تعهدات حرجی و مشقت‌بار است، قاعده المیسور نیز حاکی از بقای اصل تعهدات و رفع تعهد تا میزان حرج و اضطراب است. در واقع مرفوع در قاعده نفی عسر و حرج، اصل تعهد نیست؛ بلکه تعهد حرجی است. لذا خارج از مقدار حرج، تکلیف و تعهد به قوت خود باقی است. بدین لحاظ است که فقها در تشریح آثار قاعده نفی عسر و حرج، از تخفیف تکلیف صحبت می‌نمایند» (شریفی و دیگران، ۱۳۷۹، ۵). در نتیجه به‌دلیل سکوت قوانین در ایران و ارائه تفاسیر متعدد مناسب است تا جهت جلوگیری از ابهام و اعمال رویه‌های متفاوت، قانون‌گذار نسبت به وضع قانون و شیوه برخورد با شرایط موصوف راه‌حلی منطقی و اساسی ارائه دهد.

اصل حاکمیت اراده و احترام به آن اقتضا می‌کند توافق متعاملان، معتبر و الزام‌آور باشد. به‌نحوی که رعایت آن میان نمایندگان و قائم‌مقام آن‌ها نیز ضروری شمرده شده است. بنابراین متعاقدان می‌توانند شرطی در قرارداد خود پیش‌بینی کنند که به‌موجب آن تحت شرایط معینی متن قرارداد و شرایط مندرج در آن مورد تعدیل واقع شود که این امر به تعدیل قراردادی مشهور است. دقیقاً مشابه با

به‌مثابه بیگانگی می‌مانند که با پیچیدگی‌ها و ریزه‌کاری‌های این قوانین و مقررات کاملاً ناآشنا هستند. این امر منجر به کاهش ثبات و قابلیت پیش‌بینی پذیر روند تحولات قانونی حاکم بر پروژه می‌گردد و به‌ویژه زمانی اهمیت بیشتر پیدا می‌کند که اختلافی بروز نماید. زیرا در این اختلاف طرف دولتی از این مزیت برخوردار است که بر مبنای قوانینی در دعوا شرکت می‌کند که کاملاً بر جوانب آن آگاه است» (روبینز نواهند؛ استفان کینزلا، ۲۰۰۵، ۴۵). «بنابراین امروزه مسئله تعیین قانون حاکم بر قرارداد امری است که توسط سرمایه‌گذاران خارجی به هنگام انعقاد قرارداد پیگیری می‌شود. اعتبار چنین شرطی نیز در رویه داوری یا اثربخشی و احترام کامل به توافق طرفین در این خصوص به‌خوبی ثابت شده است. البته این نکته را نیز می‌بایست مد نظر داشت که طرف دولتی قرارداد نیز به‌سادگی قائل به پذیرش حکومت قوانین خارجی بر قرارداد نخواهد بود. به‌عنوان مثال همان‌گونه که گفته شد اکثر کشورهای صاحب نفت اصرار دارند که قانون حاکم بر قرارداد قانون کشور میزبان باشد. شرط قانون حاکم می‌تواند قرارداد را به‌طور کلی تابع مقررات ماهوی نظام حقوقی خاصی قرار دهد» (احمدوند، ۱۳۸۷، ۸۷). در چنین شرایطی امکان لحاظ کردن چنین بندی در قرارداد وجود دارد: «این قرارداد و سایر استناد اجرایی در ارتباط با آن و اعتبار، اجرا و تفسیر و همه اختلافات ناشی از آن تحت حکومت قانون ماهوی کشور الف قرار می‌گیرد».

«نمونه دیگر تعیین قانون حاکم که در برخی قراردادهای ملاحظه می‌شود آن است که نظام حقوقی حاکم بر قرارداد، مقرره‌های توافق‌شده در خود

اجازه می‌دهد که قرارداد را در پرتو آن قانون، تغییر و تفسیر و در صورت ضرورت تکمیل نمایند. البته می‌بایست توجه داشت که قانون حاکم بر قرارداد سرمایه‌گذاری با رعایت مقررات کشور محل پروژه دو امر متفاوت می‌باشد. فارغ از این که قانون حاکم بر قرارداد قانون چه کشوری است، هر پیمانکاری که در کشوری فعالیت می‌کند باید قوانین و مقررات آن کشور را رعایت کند. این تکلیف شامل رعایت قوانین و مقررات مختلفه ناظر بر گمرک، مالیات، کار و امور اجتماعی، محیط‌زیست، نقل و انتقالات ارزی و امثال آن است» (احمدوند، ۱۳۸۷، ۸۶).

«قانون حاکم بر قرارداد برای تفسیر و تعبیر تعهدات قراردادی طرفین است. نخستین مسئله‌ای که سرمایه‌گذار خارجی در ارتباط با قانون حاکم می‌بایست مد نظر داشته باشد آن است که فقدان چنین شرطی بدان معنی است که قاضی و یا داور رسیدگی‌کننده پرونده در صورت پیدایش اختلاف در تفسیر و یا اجرای قرارداد به‌احتمال فراوان قانون کشور میزبان را به‌عنوان قانون محل اجرای قرارداد بر مسئله حاکم خواهد کرد. زیرا در اکثر نظام‌های حقوقی محل اجرای قرارداد، به‌عنوان نزدیک‌ترین عامل ارتباط در خصوص تعیین قانون ماهوی حاکم در نظر گرفته می‌شود. این مطلب از دو جهت می‌تواند منجر به افزایش ریسک سرمایه‌گذار گردد. نخست آنکه حاکمیت قانون دولت میزبان می‌تواند به‌عنوان ابزاری در راستای تقصیر و برهم زدن تعادل و توازن اقتصادی قرارداد در جهت منافع دولت میزبان به‌کار برده شود» (تانگ آن، ۱۹۸۷، ۲). «دوم و مهم‌تر آنکه شرکت سرمایه‌گذاری خارجی وکلا و مشاورین حقوقی آن در برابر قانون کشور میزبان

۵-۲-۵. شرط پرداخت ثمن با ارز یا طلا

«در ارتباط با قراردادهای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی سرمایه‌گذار همواره به دنبال آن است که در خصوص تبدیل بدون محدودیت عایدات پروژه که به پول رایج محلی حاصل شده است به سایر ارزهای معتبر خارجی اطمینان لازم را به دست آورد. ریسک مربوط به عدم قابلیت تبدیل ارز، بالأخص وقتی اهمیت مضاعفی می‌باید که شرکت سرمایه‌گذاری -کننده درگیر قراردادهای مختلف و درعین حال مرتبط و بهم تنیده‌ای در خصوص همان پروژه سرمایه‌گذاری باشد. نمونه این مطلب فرضی است که شرکت پروژه پولی را که به عنوان استقراض جهت تأمین مالی پروژه از بازارهای مالی بین‌المللی دریافت کرده است به دلار و یا یورو بوده؛ درحالی که عایدات و درآمدهای پروژه به پول رایج محلی حاصل می‌شود» (شریفی و دیگران، ۱۳۷۹، ۵). «حال اگر در چنین حالتی دولت میزبان قانونی را مبنی بر محدودیت تبدیل ارز محلی به ارز رایج خارجی به تصویب می‌رساند، شرکت با حجمی از نقدینگی به واحد پول محلی مواجه خواهد شد که درعین حال به دلیل محدودیت‌های مزبور نمی‌تواند آن را به ارز خارجی تبدیل نماید و به تبع آن نمی‌تواند بدهی‌های مربوط به بازپرداخت وام را به هنگام سررسید پرداخت نماید. بدین ترتیب به نظر می‌رسد که سرمایه‌گذار می‌بایست شرط خاصی را در قرارداد بگنجانند که از یک سو صراحت توانایی دولت را در اعمال محدودیت‌های ارزی در رابطه با پروژه محدود می‌نماید و از سوی دیگر حق سرمایه‌گذار را در خصوص تبدیل بدون محدودیت درآمدهای محلی به رسمیت می‌شناسد» (صادقی مقدم، ۱۳۷۸، ۴۸).

قرارداد باشد که در صورت نقص و یا اجمال توسط قانون دولت میزبان و یا حقوق بین‌الملل تکمیل گردد. این نوع از شرط قانون حاکم را می‌توان در قراردادهای نفتی کشور غنا مشاهده کرد. در برخی از قراردادهای قانون حاکمی تعیین نمی‌گردد؛ ولی به داوران اجازه داده شده مطابق اصول حقوقی رأی دهند. به عنوان نمونه در قرارداد بین شرکت ملی نفت ایران و اعراب آمده است: موافقت می‌شود که هیچ اصل خاص حقوقی برای هیئت داور یا داور واحد در صدور رأی محدودیتی ایجاد نخواهد کرد و آن‌ها اختیار خواهند داشت رأی خود را بر مبنای ملاحظات انصاف و اصول حقوقی مورد قبول عام و علی‌الخصوص اصول حقوق بین‌المللی قرار دهند» (شیروی، ۱۳۹۳، ۵۰۷). در تعیین قانون حاکم دو معیار عینی و شخصی وجود دارد. معیار عینی یعنی قانون حاکم بر قراردادهای به حکم قانون و بر حسب معیار عینی. معیار شخصی یعنی بر حسب توافق طرفین می‌توان قانون حاکم را تعیین کرد. در صورتی که طرفین قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کرده باشند در صورت اختلاف، قانون حاکم همان قانونی است که طبق توافق طرفین مشخص شده است؛ اما اگر قانون حاکم تعیین نشده باشد در این صورت طرفین تابع قانون محل وقوع عقد هستند. طبق قانون تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است؛ مگر اینکه متعاقدان اتباع خارجه باشند و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.

می‌رود. در این تعبیر به بخشی از دارایی یا فعالیت جسمانی یک نفر، ریسک اطلاق می‌شود و منظور خطرات کلی وقوع حوادثی است که می‌تواند خسارتی برای شخص به بار آورد» (کریمی، ۱۳۷۹، ۲۸). بیمه مهم‌ترین وظیفه خویش را در خصوص انتقال و توزیع ریسک اعمال می‌کند. بیمه‌گذار با خریدن بیمه‌نامه ریسک زیان‌های اقتصادی‌اش را به بیمه‌گر منتقل می‌کند و در مقابل آرامش خاطر که کالایی نامشهود است را اکتیفا می‌کند. در مقابل بیمه‌گر نیز از طریق روش‌های سرمایه‌گذاری و بیمه‌اتکایی ریسک را در سطحی وسیع‌تر توزیع می‌کند. در این میان شرایط بیمه مانند فرانشیز، پرداخت مشترک و محدودیت‌های بیمه‌نامه نیز کمک می‌کند که مطمئن شویم ریسک به‌طور عادلانه تقسیم می‌شود. مشخصه‌هایی ساده که در عین حال تأثیر عمیقی بر توزیع ریسک و گاه احتمال وقوع خطر وجود دارند. برای اینکه هر قراردادی معتبر باشد ضروری است که فرد نسبت به موضوع بیمه دارای نفع بیمه‌پذیر باشد. این بدان معنا است که بیمه‌گذار باید در اثر وقوع خسارت متحمل زیان مالی شود. به عبارت دیگر برای بیمه‌پذیر بودن، ریسک تنها باید امکان خسارت و نه سود داشته باشد و متقاضی باید در حفظ و نگهداری از دارایی بیمه‌شده دارای منفعت قانونی و مشروع باشد. این الزام، نفع بیمه‌پذیر نامیده می‌شود. این اصل قانونی در تمامی قراردادهای بیمه‌ای وجود دارد و این منفعت، موضوع قرارداد بیمه است. زیرا در غیر این صورت، هر فردی می‌تواند ادعای خسارت کند حتی هنگامی که متحمل هیچ خسارتی نشده باشد. این اصل برای اجتناب از قمارگونه شدن بیمه است (فلدمن؛ براون، ۱۹۸۷، ۷). بیمه اموال و مسئولیت مشمول اصل غرامت است که بیان می‌کند

چنین مقرره‌ای می‌تواند به این شکل به‌عنوان بندی در قرار داد تعبیه‌گردد: «دولت میزبان این مجوز را به سرمایه‌گذار خواهد داد که تمامی عایدات حاصل از پروژه را که به ارزش محلی به‌دست آمده است، ظرف پنج روز کاری پس از درخواست کتبی سرمایه‌گذار به سایر ارزشها تبدیل نماید. هم‌چنین دولت میزبان به هیچ‌کدام از نهادهای فرعی و زیر مجموعه خود اجازه نخواهد داد که در فرآیند تبدیل ارزش اختلال ایجاد و یا آن را به تأخیر بیندازد» (روبینز نواهند؛ استغان - کینزلا، ۲۰۰۵، ۶۶). در چنین حالتی هم از یک سو با در نظر گرفتن محدودیت زمانی، می‌توان به صرف انقضای مدت، مدعی نقض قرارداد به‌وسیله دولت میزبان شد و هم از سوی دیگر با قائل شدن ظرف زمانی امکان طولانی ساختن فرآیند یا توسل به توجیهات گوناگون را از وی سلب کرد.

۵-۲-۶. شرط بیمه

«ریسک واقعه‌ای است که در زمان کم‌وبیش دور و نزدیک احتمال وقوع داشته باشد و بتوان درجه احتمال وقوع آن را احتساب کرد. بنابراین خطر مورد پوشش بیمه، اتفاق یا پیشامد احتمالی است که زمان وقوع آن نامعلوم باشد و تحقق آن به میل و اراده دو طرف قرارداد بیمه، به‌ویژه بیمه‌گذار وابسته نباشد. در برخی مواقع نیز ممکن است مقصود از مفهوم ریسک یا خطر، خود عنوان خسارت و نه حادثه‌ای موجب خسارت باشد. در این تعبیر ممکن است حادثه‌ای رخ داده باشد؛ ولی وقوع خسارت ناشی از آن مشکوک و احتمالی باشد. لذا به‌دلیل وجود عنصر احتمال، اخذ پوشش بیمه‌ای ممکن خواهد بود. هم‌چنین در مواردی ریسک به‌عنوان موضوع تضمین بیمه به کار

هر فرد نباید در اثر وقوع حادثه بیمه‌شده‌ای بیش از مقدار واقعی خسارت، غرامت دریافت کند.

۶. نتیجه

فعالیت‌های بشری همواره در بردارنده درجاتی از ریسک بوده است و وجود ریسک در معاملات و قراردادها امری طبیعی است. وجود ریسک‌های مختلف در طول عمر یک قرارداد می‌تواند آن قرارداد را از بسیاری از جهات تحت تاثیر قرار دهد و بسته به احتمال وقوع‌اش، علاوه بر ایجاد عدم اطمینان هنگام انجام قرارداد، به نتیجه رسیدن آن را مشکل یا ناممکن کند. یک قرارداد، باید از استحکام و قدرت لازم برخوردار باشد تا بتواند در مقابل حوادث و وقایع آینده استقامت کند. طرفین در قرارداد باید احتمال بروز حوادث را مورد نظر قرار دهند و نحوه مقابله و برخورد با آنها را پیش‌بینی کنند. در واقع پیش‌بینی پذیرش ریسک که یکی از راه‌های مدیریت ریسک است، در هنگام انعقاد قرارداد می‌تواند تا حدود زیادی از نظر مادی و روانی، قرارداد را مطلوب کند. چرا که قرارداد با درج شرط پذیرش ریسک از خطر بالقوه‌ای که آن را تحت تاثیر قرار می‌دهد، نجات پیدا می‌کند. برای تدوین یک شرط پذیرش ریسک، زبان مشترک قراردادی بسیار مهم است. منظور از این امر، درک یکسان و یا لاقلاً مشابه از جملات و تعابیر مندرج در قرارداد است. در واقع گاه طرفین با استفاده از کلمات و عبارات واضح و روشن، وظایف، حقوق و تعهدات متقابل را مشخص و ضمانت اجراهای معینی برای آن تعیین می‌کنند. باید محدودیت و دامنه مسئولیت هر طرف را برای هر گونه خسارت یا ضرری که ممکن است رخ دهد تعریف کرد و هر گونه خسارت یا ضرری

را که ممکن است در نتیجه اجرای قرارداد رخ دهد در نظر گرفت و هر محدودیت، سقف یا معافیتی را که ممکن است اعمال شود، در قرارداد گنجانند. از جمله موارد مهم دیگر در ارتباط با تخصیص ریسک‌ها و محدودیت مسئولیت طرفین که باید در قرارداد درج شود، اطلاع‌رسانی سریع هر گونه ریسک یا وقوع مواردی است که ممکن است منجر به خسارت به طرف مقابل شوند. در کل در قراردادها ریسک باید به طرفی تخصیص یابد که با کمترین هزینه می‌تواند از آن جلوگیری کند یا ضررهای ناشی از آن را بکاهد. نیز در موردی که هیچ‌کدام از طرفین نمی‌توانند برای کاستن از خطر اقدامات احتیاطی را انجام دهند، ریسک باید به طرفی انتقال یابد که با کمترین هزینه می‌تواند آن را بیمه کند. به نظر می‌رسد تخصیص قراردادی ریسک با تکیه بر اصل آزادی قراردادی و ملاحظه ترجیحات و محدودیت‌های متعاملان در حداکثر کردن بازده قراردادی، مؤثرترین و کارآمدترین شیوه تخصیص به‌شمار می‌رود و وظیفه اصلی نظام حقوقی، نظام‌مند کردن، برآوردن و افزایش این ترجیحات است.

۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان در نوشتن پژوهش حاضر سهم برابر داشته‌اند.

۸. تضاد منافع: در نگارش و چاپ این مقاله تضاد منافع وجود ندارد.

منابع

فارسی

- ساردویی نسب، محمد؛ کاظم پور، جعفر، «مؤلفه‌های غیر منصفانه بودن قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۵، ۱۳۹۵.

- ساورایی، پرویز، «شرط فورس‌ماژور در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳۱، ۱۳۷۹.

- شریفی، سیدالهام؛ صفری، ناهید، «مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) - اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (یونیدروا) و حقوق ایران»، مجله نامه مفید، شماره ۷۹، ۱۳۸۹.

- شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳.

- صادقی مقدم، محمدحسن، «نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران»، نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۳، ۱۳۷۸.

- عیسیایی تفرشی، محمد؛ ابدالی، مهرزاد، «رویکردهای حمایت از قرارداد در تحلیل اقتصادی حقوق: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۶، تابستان ۱۳۹۱.

- کریمی، آیت، مبانی علمی و نظری بیمه‌های اموال، چاپ اول، تهران، نشر بیمه مرکزی ایران، ۱۳۷۹.

- محمدی، محمدحسن؛ امامی میبیدی، علی؛ حاجیان، محمد مهدی، «مدیریت ریسک‌های سرمایه‌پذیر در قراردادهای تأمین مالی توسعه بالادستی نفت و گاز در چارچوب مدل مخاطرات

- احمدوند، محمدرحیم، «مروری اجمالی بر مبنای نظری و وظایف مدیریت ریسک در فعالیت‌های اقتصادی»، مجله اقتصادی، شماره ۸۷، بهمن و اسفند ۱۳۸۷.

- امام، فرهاد، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، چاپ اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۳.

- ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادهای چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.

- بادینی، حسن و همکاران، «مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره سوم، شماره ۱، ۱۳۹۱.

- حاجیان، محمد مهدی؛ احمدی، زهرا، «تحلیل حقوقی موضوع و طرف‌های معامله در قراردادهای آتی با تأکید بر مدیریت ریسک»، مجله بررسی‌های بازرگانی، شماره ۱۱۱، بهمن و اسفند ۱۴۰۰.

- حاجیان، محمد مهدی؛ سلیمی، سیده‌شیدا، «مدیریت و توزیع کارآمد ریسک در قراردادهای نفت و گاز از طریق شروط قراردادی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۴، زمستان ۱۳۹۹.

- خوئینی، غفور، «تحلیل فقهی حقوقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها»، پژوهش‌نامه متین، شماره ۱۳، ۱۳۸۰.

- داور، وتوس؛ گودرزی، حجت‌اله، مدیریت ریسک، چاپ دوم، تهران، انتشار نگاه دانش، ۱۳۸۵.

Dundee, published Dundee University Press, 2007.

- Katz, G. I. "Contract risk allocation". published in Contractual Risk Transfer Seminar- International Risk Management Institute, 2001.

- Lam, K, et al, "Modelling risk allocation decision in construction contracts", International Journal of Project Management, No.25, 2007.

- Megens, Peter, "Different perspectives of construction risk". AMPLA Bulletin, No.15, 1996.

- Michael Mills. "Insurance and risk solutions for commercial projects", Journal AMPLJ, No.20, 2001.

اخلاقی»، مجله مطالعات اقتصادی کاربردی ایران، شماره ۴۰، زمستان ۱۴۰۰.

لاتین

- Ahmadpour, Ayoub, "Economic Hardship in Performance of Contract: A Comparative Study of English, American and German Law and CISG", Journal of comparative law studies, No.45, 2005.

- Amin, S.H, "The Theory of Changed Circumstances in International Trade", Journal Lloyds Maritime and Commercial law, No.16, 1982.

- Charles W. Sartain, J. Wayne Ballew, Robert Slater. "Indemnification and exculpatory agreement in the oil patch". Journal AAPL Southwest Land Institute, No.25, 2013

- Chengwei, Liu, Force Majeure Perspectives from the CISG (UNIDROIT Principles), First edition, no place, published Institute of International Law, 2005.

- Feldman, Judy & Brown, Robert L- Risk and Insurance, First edition, no place, published Education & Examination Committee of the Society of Actuaries, 1987.

- Gerald I. Katz, "Contract risk allocation", published in Contractual Risk Transfer Seminar; 2001

- Gordon, G, Risk Allocation in Oil and Gas Contracts (Oil and Gas Law Current Practice and Emerging Trends), First edition,