

تعدیل قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی

حسن فدایی*

فهیمة فراهانی**

درج شده در مجله کانون وکلا- بهار و تابستان ۹۳

چکیده:

قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی از جمله قراردادهای بلند مدت اند که از لحاظ بین المللی و سیاسی حائز اهمیت هستند. یکی از مسائل مهم در این قراردادهای بلند مدت مسئله چگونگی و مکانیزم تعدیل و مقدم بر این، مسئله الزام به مذاکره مجدد است. مسئله تعدیل یا مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه گذاری را میتوان مهمترین مسئله در نظر گرفت زیرا اساس ادامه فعالیت در کشور میزبان مورد مسئله قرار گرفته است. سوال اصلی مقاله این است که آیا در این نوع قراردادها تعدیل بدون شرط تعدیل، از لحاظ حقوقی، در نظامهای مهم حقوقی امکان پذیر است یا خیر؟ و اینکه شرط تعدیل چه مسائلی را باید در برگیرد تا بتواند از لحاظ حقوقی الزام و تعهد به وجود آورد؟

واژگان کلیدی:

تعدیل، مذاکره مجدد، قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی، شرط تعدیل

*مقطع دکترای حقوق خصوصی، عضو کانون وکلای دادگستری

**دانشجوی کارشناسی ارشد علامه طباطبائی، عضو کانون وکلای دادگستری

۱- مقدمه

در طول تاریخ قراردادهای سرمایه گذاری تغییر شرایط، به عنوان یکی از حوادث مانع و مخل این نوع قراردادها وجود داشته است. از اینرو در قوانین کشورهای مختلف جهان برای تعدیل قراردادهای بلند مدت قوانینی را مورد شناسایی قرار داده اند. کشورهای در حال توسعه با استناد به اصل حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی خواستار تعدیل قراردادهای سرمایه گذاری مطابق با میل خود هستند، در حالی که کشورهای توسعه یافته با درج قوانینی نسبتاً غیرقابل انعطاف و استناد به اصل لزوم قراردادها به نوعی در مقابل این رویکرد ایستادگی کرده و خواهان حمایت بیشتر از سرمایه گذار، در صورت تغییر شرایط اولیه قراردادهای سرمایه گذاری، هستند.

با توجه به این اختلاف، وظیفه حقوقدانان در تنظیم اولیه قراردادهای سرمایه گذاری این است که شرطی را به نام شرط تعدیل یا شرط مذاکره مجدد تنظیم کرده تا با استناد به مفاد خود قرارداد بتوان تعدیل را انجام داد. شرط تعدیل نشان میدهد که این قراردادها چقدر با شرایط تغییر یافته قابل تطبیق بوده و در عین حال با ثبات و حافظ منافع اساسی و پایه طرفین است. لیکن، این شرط باید به گونه ای باشد که به منافع اساسی طرفین خدشه ای وارد نشده و بتوان قرارداد را به نحو مطلوبی با شرایط تغییر یافته تعدیل نمود، یعنی در این رابطه باید بین منافع اساسی و غیر اساسی تمایز قائل شد. ما در این مقاله ابتدا به چگونگی تعدیل قراردادهای سرمایه گذاری بدون شرط تعدیل پرداخته و سپس به تحلیل حقوقی و عملی خود شرط تعدیل می پردازیم.

۲- قرارداد بدون شرط تعدیل

اگر شرطی درباره چگونگی تعدیل قرارداد وجود نداشته باشد دیگر شروط قرارداد یا قانون حاکم را میتوان به عنوان استدلالی نظری برای تعدیل مورد استفاده قرارداد.

۱-۲ - شرط مربوط به فورس ماژور یا عسر و حرج^۱

اگر شرطی در مورد تعدیل وجود نداشته باشد سرمایه گذاران اغلب به شرط فورس ماژور مندرج در قرارداد و مفهوم عسر و حرج در حقوق قراردادهای بین المللی استناد می کنند^۲ مثلاً قرارداد مشارکت در تولید^۳ میان شرکت ملی نفت و شرکت توسعه انرژی آتو در مورد فورس ماژور این شرط را داشته «ماده ۱۷.۷: تعهد طرفین به جز تعهد نسبت به پرداخت وجه نقد در طول وقوع فورس ماژور معلق خواهد بود و این مدت تعلیق شده به مدت اجرای قرارداد اضافه میشود...»

اصول UNIDRIOT در مواد ۶.۲.۲ و ۶.۲.۳ به تعریف عسر و حرج و آثار حقوقی آن پرداخته است:

ماده ۶.۲.۲-تعریف عسر و حرج

عسر و حرج وقتی به وجود می آید که حوادثی توازن قرارداد را به طور اساسی تغییر دهند، خواه هزینه ایفای تعهد را افزایش داده یا ارزش دریافتی طرف مقابل را از ایفای تعهد کاهش دهند؛ به این شرط که الف) حوادث پس از انعقاد قرارداد اتفاق افتاده یا پس از آن طرف آسیب دیده بر آن آگاه گردد؛ ب) در زمان انعقاد قرارداد برای طرف آسیب دیده به طور متعارف این امکان وجود نداشته که حوادث را در نظر بگیرد؛ ج) حوادث خارج از کنترل طرف آسیب دیده باشند؛ و د) احتمال وقوع حادثه توسط طرف آسیب دیده مفروض نبوده باشد.

ماده ۶.۲.۳-آثار عسر و حرج

۱) در صورت وقوع عسر و حرج طرف آسیب دیده حق دارد که مذاکرات مجدد را تقاضا کند. تقاضا باید بدون تاخیر غیرموجه بوده و دارای توجیه باشد.

^۱ hardship

^۲ Joseph M. Perillo, *Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, ۵ TUL. J. INT'L & COMP. L. ۲۶-۲۷ (۱۹۹۷)

^۳ Production Sharing Agreement

(۲) تقاضای مذاکره مجدد به خودی خود طرف آسیب دیده را محق بر اجرای حق حبس نمیکند.

(۳) در صورت به توافق نرسیدن [در مذاکره مجدد] در یک مدت زمان متعارف، هر یک از طرفین میتوانند نزد دادگاه اقامه دعوا کنند.

(۴) چنانچه رای دادگاه به عسر و حرج باشد میتواند در صورت اقتضاء به انجام یکی از موارد ذیل مبادرت ورزد:

الف) ابطال قرارداد در تاریخ و شرایطی که [توسط خود دادگاه] تعیین میگردد؛ یا

ب) تعدیل قرارداد با ترمیم توزان آن

این مثالها نشان میدهد که شرط فورس ماژور معمولاً توسعه بازه زمانی اجرای قرارداد و ابطال آنرا به عنوان آخرین اقدام پیش بینی میکند. شرطهای فورس ماژور اساساً و اولاً تدابیری علیه ریسکهای اقتصادی، سیاسی و اجتماعی غیرقابل پیش بینی در زمان بوده اند اگرچه هدفی برای تضمین و بازسازی توازن تجاری^۴ قرار نداشته باشد. اما همچنین ممکن است شرط فورس ماژور الزامی را برای طرفین نسبت به مذاکره و پیدا کردن راهی برای غالب شدن بر موقعیت قوه قهریه ارائه دهد. توجیه ابطال قرارداد دارای شرط فورس ماژور به دلیل پیچیدگی آن و وجوهی که طرفین قبلاً پرداخته اند سخت خواهد بود، درحالی که مفهوم عسر و حرج مستقیماً به دنبال حفظ توازن اقتصادی قرارداد بوده و یکی از نتایج عسر و حرج الزام طرفین به مذاکره مجدد در مورد روابط قراردادی شان است. از اینرو مفهوم عسر و حرج فرمی است شبیه شرط مذاکره مجدد؛ بدین صورت که تعهدات قراردادی را برای تغییر در توازن تجاری انعطاف پذیر تر میکند.^۵

اگرچه مفهوم فورس ماژور و عسر و حرج مبانی استدلال مذاکره مجدد را در صورت تغییر شرایط فراهم میکند اما در عمل به کار نمیروند. اگر کشور میزبان با تصویب قانونی فورس ماژور را به وجود آورد، دیگر نمیتواند به شرط فورس ماژور استناد کند حتی اگر قرارداد نه با خود کشور بلکه با شرکت ملی بسته شده باشد. شرکت سرمایه گذار هم چنانچه به فورس ماژور استناد کند، به سختی میتواند به مذاکره مجدد نائل گردد. اگر هم طرفین در مورد

^۴ commercial equilibrium

^۵ Jeswald W. Salacuse, *Renegotiating International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form*, ۳۰ INT'L LAW. ۱۵۰۷, ۱۵۳۶ (۲۰۰۱).

مذاکره مجدد به توافق نرسند اختلافشان معمولاً به یک محکمه داوری طبق توافق داوری ارجاع میشود.^۶ لیکن داوران بین المللی در مقابل درخواست تغییر قرارداد بدون مبنای خاص قراردادی کاملاً موضع خنثی ای را اتخاذ میکنند. برای نمونه پاسخ یک داوری موردی به درخواست یکی از طرفین برای تغییر مفاد قرارداد براساس فورس ماژور اینگونه بود: « به چالش کشیدن تعهد طرفین بر عهده داوران نیست بلکه وظیفه داور ارزیابی حقوق و وظایف طرفین براساس فعل یا ترک فعل های آنهاست و فرارفتن از این امر نقض انتظارات مشروع طرفین از داوری بوده و در واقع باعث آسیب زدن به مفید و موثر بودن مکانیزم داوری بین المللی خواهد بود... »

از طرفی داوران نمیتوانند نقش مقامات دولتی را غصب کنند و منشا داوری یک منشا قراردادی بوده و تجاوز به آن در تضاد با این منشا خواهد بود. تمرکز محکمه داوری بر تشخیص حقوق و وظایف طرفین یک قرارداد خاص است، چه خود نیز از آن قرارداد اختیار قضاوت را دریافت میکند.

ازاینرو اصل لزوم قراردادها^۷ به عنوان یک قاعده مهم مانع تغییر قرارداد است و طرفین قرارداد سرمایه گذاری بین المللی تنها در صورتی میتوانند این اصل را نقض کنند که قرارداد دارای شرطی با عنوان مذاکره مجدد یا تعدیل باشد و همچنین تنها در اینصورت خواهد بود که داوران مایل به مفاد قرارداد را به دلیل تغییر شرایط تعدیل کنند.

اصل لزوم به طور مستمر توسط محاکم داوری بین المللی در دهه های گذشته مورد تاکید قرار گرفته و معیاری برای تقسیم ریسک قراردادی است. مبنای این اصل فرض حرفه ای بودن تجار بین المللی و وجود پیامدهای سنگین از مسئولیت آنها در تجارت بین المللی است. براساس فرض مذکور اصل بر این است که طرفین خودشان مسئولند که اقدامات احتیاطی را در هنگام انعقاد قرارداد و در قالب شرط مذاکره مجدد علیه تغییرات فاحش در اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی اتخاذ کنند. و اگر چنین کاری را انجام ندهند، نمیتوانند از شرط فورس ماژور یا مفهوم عسر و حرج به عنوان جانشینی برای قصورشان در مرحله تنظیم و بهانه ای برای فرار از اصل لزوم استفاده کنند.^۸ بنابراین، ریسک تغییر نامطلوب توازن اقتصادی قرارداد تا جایی که به مذاکره کردن نرسد بر عهده طرفین است. یک استثنای

^۶ Abba Kolo & Thomas W. Wälde, *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects*, ۲۰۰۰ J. WORLD INVESTMENT ۵, ۲۱ (۲۰۰۰). See generally STEWART MACAULYAY ET AL., *CONTRACTS: LAW IN ACTION* (۱۹۹۲); FRITZ NICKLISCH, *DER KOMPLEXE LANGZEITVERTRAG* (۱۹۸۷).

^۷ sanctity of contract

^۸ Jeswald W. Salacuse, *Direct Foreign Investment and the Law in Developing Countries*, ۱۵ FOREIGN INVEST. L.J. ۳۸۲, ۳۸۷ (۲۰۰۰).

موردی در این رابطه وجود دارد و آن ماده قانون روسیه درباره قراردادهای مشارکت در تولید است؛ بر طبق این ماده قرارداد بدون توافق طرفین نیز ممکن است تغییر یابد و آن موردی است که شرایط قانون مدنی روسیه در مورد "تغییر اساسی اوضاع و احوال" فراهم شود. این امر عدم ثبات و قطعیت را در رابطه قراردادی موجب میشود.

۲-۲- آیا الزامی ضمنی در خود قرارداد برای مذاکره مجدد وجود دارد؟

اغلب استدلال میشود که حتی اگر شرط صریحی برای مذاکره مجدد وجود نداشته باشد قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی در بردارنده تعهدی ضمنی جهت مذاکره مجدد در صورت تغییر در شرایط است. پیش نویس سازمان ملل در مورد مجموعه رویه های بنگاههای معاملاتی و تجاری این نظر را اتخاذ کرده است:

« در صورت عدم وجود شرطی که تجدید نظر یا مذاکره مجدد را مقرر بدارد، شرکتهای تجاری باید درخواست برای تجدید نظر یا مذاکره مجدد قراردادهای خود با دولتها و موسسات دولتی که در موقعیت اکراه یا عدم برابری آشکار میان طرفین یا وقتی که شرایط بنائی قرارداد به طور اساسی تغییر کرده پاسخ مثبت دهند، به طوری که این تغییر شرایط موجب انحرافات اساسی و پیش بینی نشده در روابط میان قرارداد گردیده و قرارداد را برای یکی از طرفین غیر منصفانه یا سخت کند. به جهت تضمین انصاف برای هردوی طرفین، تجدید نظر یا تجدید مذاکره در چنین شرایطی باید مطابق با مقررات قانون حاکم و عرفهای شناخته شده بین المللی انجام پذیرد».

در قسمت پایانی این مقررہ بیان شده که تعهد به تجدید مذاکره تنها در صورتی مطرح است که قانون حاکم چنین چیزی را مقرر بدارد. در سطح تجاری به هیچ وجه توافقی مبنی بر وجود الزام به مذاکره به عنوان قالبی انعطاف پذیر برای توزیع منصفانه و متعارف حقوق و وظایف قراردادی حتی در صورت تغییر در شرایط قرارداد وجود ندارد.^۹

۳-۲- مسئله قانون حاکم

^۹ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ۲۲-۲۹ (Emmanuel Gaillard & John Savage eds., ۱۹۹۹).

مسئله قانون حاکم از اهمیت بالایی برخوردار است چراکه این قانون تعیین میکند تحت چه شرایط و تا چه اندازه ای طرف حق دارد قرارداد را تغییر داده و آثار حقوقی شکست مذاکره چیست؟ براساس اصل حاکمیت اراده طرفین می توانند هر قانونی را که صلاح میدانند بر توافقشان حاکم کنند. اگر قانونی داخلی انتخاب شود، داوران باید آنرا اعمال کنند، هرچند ممکن است مسائل مربوط به مصادره اموال تحت مقررات مربوط به مسئولیت دولت در قبال اموال خارجی (حقوق بین الملل عمومی) قرار گیرد. علاوه بر این مورد، مواردی وجود دارد که طرفین بر یک راه حل ترکیبی توافق میکنند و آن موردی است که بر قانون داخلی، حقوق بین الملل، اصول کلی حقوقی و عرف صنعت بین المللی نفت توافق می شود.^{۱۰} چنین مواردی مشکلاتی را برای داوران در مرحله تشخیص قواعد حقوقی حاکم به وجود می آورد. داوران معمولاً در چنین مواردی اصول و قواعد مشترک بین این سیستمها را اعمال میکنند. در این قسمت به واکنش نظامهای مهم حقوقی نسبت به مسئله قابلیت مذاکره مجدد در توافقات تجاری بین المللی پرداخته میشود. این موضوع به ما کمک میکند که مفاد قواعد حقوقی ای که به طور غالباً به آنها ارجاع میشود را تشخیص دهیم. سپس به حقوق بین الملل در رابطه با این موضوع خواهیم پرداخت.

۱- ۳- ۲- سیستمهای کامن لایی: انگلیس و آمریکا

موضع سنتی کامن لا این است که قراردادهای لازم الاجرا هستند. طرفین باید قرارداد را اجرا کنند هرچند اجرای آن سخت بوده و یا شرایط تغییر کرده باشد. علاوه بر این، مطابق با کامن لا طرفین نه الزامی به مذاکره مجدد و یا تعدیل شرایط قرارداد دارند و نه دادگاه میتواند قرارداد را مطابق با شرایط تغییر یافته تعدیل کند.

با این وجود، در برخی از موارد دادگاهها معافیت از مسئولیت قراردادی را مطابق با اصل "عقیم شدن قرارداد"^{۱۱} به رسمیت شناخته اند. قرارداد وقتی عقیم میشود که یک حادثه غیر منتظره ای رخ میدهد بطوریکه بر اجرای قرارداد اساساً تأثیر میگذارد. و این مورد در صورتی است که اجرای قرارداد به طور بالقوه یا از لحاظ قانونی، بدون تقصیر هیچ یک از طرفین، غیر قابل اجرا یا بسیار سخت میشود. در حقوق انگلیس صرف عسر و حرج دلیل کافی برای معافیت محسوب نمیشود. به هر حال، دادگاههای انگلیسی اصل عقیم شدن قرارداد را بطور مضیق تفسیر میکنند و

^{۱۰} Piero Bernardini, *The Renegotiation of Investment Contracts*, ۱۳ FOREIGNINVEST. L.J. ۴۱۱, ۴۱۶ (۱۹۹۸).

^{۱۱} frustration

قضات انگلیسی تمایل چندانی به اجرای آن ندارند. با این وجود دادگاههای انگلیسی قواعدی را در مورد قراردادهای مورد شناسایی قراردادده اند که انعطاف پذیری لازم را برای تعدیل قرارداد فراهم می آورد.

حقوق آمریکا نسبت به مسئله تغییر شرایط رویکرد بازتری را نسبت به حقوق انگلیس ارائه میدهد. از این رویکرد با نام "عدم کارایی تجاری"^{۱۲} یاد میشود که در ماده ۲-۶۱۵ قانون متحد الشکل تجارت^{۱۳} و ماده ۲-۲۶۸ قانون بازرینی دوم قراردادهای^{۱۴} وجود دارد. مطابق با دکترین عدم کارایی تجاری، معافیت از مسئولیت قراردادی ممکن است به دلیل سختی در اجرا مثلاً به موجب کمبود مواد خام باشد و مطابق این دکترین طرفین در چنین مواردی میتوانند درخواست مذاکره مجدد را بکنند. درحالی که حقوق آمریکا مبنایی مضیق را برای معافیت از مسئولیت قراردادی شناسایی کرده است، برخی مواقع دادگاهها شرایط قراردادی ای را که در زمان انعقاد قرارداد غیر قابل پیش بینی اصلاح میکنند. علاوه براین، حقوق آمریکا قابلیت مذاکره مجدد توافقات بلند مدت در صورت وقوع حوادث غیر قابل پیش بینی و طاق فرسا را شناسایی کرده اند.

۲-۳-۲- سیستمهای حقوق نوشته: آلمان و فرانسه

حقوق آلمان بر مبنای اصل لزوم قراردادهای استوار است. با این وجود، حقوق آلمان توجیهاتی را برای معافیت از مسئولیت قراردادی در صورت عدم امکان اجرا را به شرط عدم تقصیر هیچ یک از طرفین ارائه میدهد. علاوه بر این، دادگاههای آلمان یک نظریه کلی ای را ارائه کرده اند که بر مبنای آن وقتی که اساس معامله از بین برود، امکان بازرینی در قرارداد وجود دارد. بر مبنای این دکترین تغییر غیر قابل کنترل در شرایط قرارداد که منجر به عدم توازن اساسی در قرارداد شود و مسئولیتی غیر منصفانه را بار کند، ممکن است باعث تعدیل یا انفساخ قرارداد گردد. اثر حقوقی از بین رفتن اساس معامله این است که طرفین ملزم به مذاکره با حسن نیت برای تعدیل هستند و در برخی مواقع، نه همیشه، دادگاه نیز میتواند قرارداد تعدیل کند.

اصل لزوم قراردادهای در حقوق فرانسه از انعطاف کمتری برخوردار است. معافیت از مسئولیت قراردادی صرفاً محدود به عدم امکان عقلی، بیشتر به دلیل فورس ماژور، است مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد. فورس ماژور در مفهوم سنتی حادثه ای است غیر قابل پیش بینی و غیر قابل تحمل که اجرای قرارداد را غیر ممکن میکند. علاوه بر اثبات

^{۱۲} commercial impracticability

^{۱۳} Uniform Commercial Code (UCC)

^{۱۴} Restatement (Second) of Contracts

اینکه اجرا غیر ممکن است، باید ثابت کرد که وقوع حادثه در نتیجه تقصیر هیچ یک از طرفین نبوده است. صرف تغییر در اوضاع و احوال دلیل کافی برای معافیت از مسئولیت قراردادی نیست. با این وجود، این موضع غیر قابل انعطاف با مقررات حسن نیت و انصاف مندرج در مواد ۱۱۳۴ و ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه تعدیل شده است.^{۱۵}

دیوان عالی فرانسه دکتروینی را به نام *"imprevision"* در رابطه با قراردادهایی که با دولت یا بخش عمومی (قراردادهای اداری) به وجود آورده است.^{۱۶} بر اساس این دکتروین دادگاهها در صورتی مجاز به تعدیل قرارداد هستند که توازن اقتصادی قرارداد به دلیل تغییر غیر قابل پیش بینی اوضاع و احوال به هم خورده باشد. این دکتروین انفساخ را تنها در صورتی اجازه میدهد که حادثه ای که توازن را بهم میزند نهایی و غیر قابل جبران باشد. شایان ذکر است که این دکتروین در مورد توافقات نفتی بین المللی از اهمیت بالایی برخوردار است، چه این قراردادها بیشتر با دولتها یا نهادهای دولتی بسته می شود.^{۱۷} علاوه بر این، این اصل در مقررات بسیاری از کشورهای عربی وجود دارد.

۳-۲-۳- دیگر سیستمهای حقوق نوشته

در حقوق سوئیس دکتروین عدم امکان تعهدات قراردادی را از بین می برد مگر اینکه شرط خلاف وجود داشته باشد. حادثه ای که عدم امکان را به بار می آورد باید غیر قابل پیش بینی، غیر قابل اجتناب و بدون تقصیر یکی از طرفین باشد. با این وجود، عدم انعطاف این قاعده با مقررات حسن نیت مندرج در ماده ۲ قانون مدنی سوئیس تعدیل شده است. بر همین مبنا، دادگاههای سوئیس قراردادهای را موقعی که توازن تجاری قرارداد به دلیل تغییر اساسی شرایط به هم بخورد، فسخ یا تعدیل کرده اند.

قوانین مدنی ایتالیا و یونان دربردارنده مقرراتی با این مضمون هستند که قراردادهای را میتوان وقتی که توازن تجاری قرارداد به دلیل وقوع حوادثی طاقت فرسا یا غیر قابل پیش بینی به هم بخورد، تعدیل یا فسخ کرد.

دیگر سیستمهای حقوق نوشته مانند روسیه معافیت از تعهدات قراردادی را به دلیل تغییر توازن تجاری معامله مجاز دانسته اند.

۴-۳-۲- حقوق کشورهای عربی

^{۱۵} See Horn, at 18-19; Peter, at 186; Goode, at 191.

^{۱۶} See the leading *Gas Bordeaux case*, Conseil d'Etat, March 30, 1961, S1916.3.17

^{۱۷} Kolo & Waelde, at 36.

موضع حقوقی کشورهای عربی در رابطه با قراردادهای نفتی بین المللی بسیار حائز اهمیت است زیرا بسیاری از کشورهای تولید کننده نفت کشورهای عربی اند.

پس از اینکه کشورهای عربی بعد از جنگ جهانی دوم استقلال پیدا کردند، قانون مدنی مصر مصوب ۱۹۴۹، که بر اساس سنتهای حقوقی فرانسه بود، در تمام کشورهای عربی مورد اقتباس قرار گرفت.^{۱۸} قانون مدنی مصر دکترین اوضاع و احوال تغییر یافته را تحت شرایط ایجاد کرد. برای اینکه اوضاع و احوال تغییر یافته طبق این قانون مورد شناسایی قرار بگیرد، این اوضاع و احوال باید استثنائی و غیر قابل پیش بینی بوده و اجرای قرارداد را بقدری سخت کند که مدیون با زیانهای گزافی مواجه گردد. اگر این شرایط خاص به وجود آید دادگاه اختیار تعدیل تعهدات به یک حد متعارف با در نظر گرفتن منافع دو طرف را دارد، اما حق ابطال قرارداد را ندارد. با این وجود، این قانون یک نوع خاصی از قراردادهای عمومی به نام قراردادهای اداری را مورد شناسایی قرار داده است که باید با آنها به گونه ای خاص رفتار کرد. در تمام کشورهای عربی (از جمله عربستان سعودی) حقوق عمومی و اداری فرانسه جزء لاینفک حقوق داخلی گردیده است. در نتیجه، در تمام کشورهای عربی بین قراردادهای خصوصی و قراردادهای عمومی تفاوت وجود دارد. تمایز در این است که دولت همواره حقی ذاتی و غیر قابل تغییر نسبت به منافع عمومی به وسیله وضع مقررات فراقراردادی دارد. این تفاوت محدود است به رابطه میان بخش عمومی و مصرف کنندگان.

۵-۳-۲- حقوق ایران

در حقوق ایران چنانچه نتیجه تغییر اوضاع و احوال غیر ممکن شدن اجرای قرارداد باشد، پاسخ آن براساس ماده ۲۲۹ قانون مدنی روشن است اما مورد بحث موردی است که تأثیر تغییر اوضاع و احوال به مرحله اجرای قرارداد نرسیده و تنها موجب دشواری و یا ضرری شدن اجرای قرارداد شده باشد.^{۱۹}

بدیهی است که اشخاص حقیقی و حقوقی باید با در نظر گرفتن اوضاع و احوال، سنجش سود و زیان، بررسی حوادث اجتماعی و سایر پیش بینی های لازم روابط حقوقی حال و آینده خود را تنظیم کنند. در روابط اقتصادی پیچیده دنیای کنونی اطلاع کافی از اوضاع و احوال و شرایط انعقاد عقد و اجرای آن ضروری است و سیستم قضایی کشورها نمی تواند عدم آگاهی افراد را در روابط تجاری جبران کند. با قضاوت منصفانه در خواهیم یافت که در

^{۱۸} یعنی: سوریه، عراق، کویت، قطر، الجزیره، سودان، یمن و امارات متحده عربی

^{۱۹} مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران؛ صادقی مقدم، محمد حسن؛ نشریه حقوقی بین المللی، بهار ۱۳۷۹، شماره ۲۵.

عین پذیرش اصل آزادی قراردادهای، لزوم آگاهی طرفین قرارداد از شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد، پیش بینی های لازم در خصوص کیفیت و شرایط اجرا و پیش بینی حوادث احتمالی، طرفین همیشه در روابط قراردادی خود فارغ از عدم توجه به مسائل یاد شده نیستند. بنابراین در حقوق ایران اصل لزوم قراردادهای کمتر مورد خدشه قرار گرفته است، و در صورت تغییر اوضاع و احوال به شرایط دشوار برای متعهد در حقوق ایران هیچ گونه تعدیل قضایی وجود ندارد. تنها موردی که برای تعدیل قضایی در قانون مدنی ایران ذکر گردیده ماده ۲۷۷ این قانون است. این ماده مقرر میدارد: «... حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد». همانطور که ملاحظه می شود این ماده تعدیل را به دادن مهلت عادلانه یا قرار اقساط آنهم با در نظر گرفتن وضعیت مدیون محدود کرده است. با این وجود، این ماده برای قرار اقساط محدودیتی قائل نشده است، هرچند که برای مهلت عادلانه بودن را شرط دانسته است، و از اینرو با توجه به توانایی مطلق دادگاه در تعیین قرار اقساط می توان ادعا کرد که این قید قابلیت شمول اکثر مواردی که اوضاع و احوال باعث سخت شدن، نه ناممکن شدن، اجرای تعهد شده است را داراست. مضاف بر اینکه تعیین اقساط صرفاً شامل تعهدات پولی نمی باشد، هر گونه تعهد دیگری که قابلیت تجزیه را داراست می تواند مشمول اقساط گردد.

بالاخره، هرچند حقوق ایران نسبت به سایر کشورها در رابطه با تعدیل قرارداد انعطاف کمتری نشان داده است، ولی این موضوع خود می تواند در روابط سرمایه گذاری مفید باشد چرا که برای طرف سرمایه گذار بسیار دشوار می نماید که تعدیل قضایی دادگاه های ایران را بپذیرد. علاوه بر این، در صورت حاکمیت قانون ایران بر قرارداد سرمایه گذاری، قرار اقساط برای هردوی طرفین، به دلیل پیچیده بودن این گونه قراردادهای غیر ممکن خواهد بود.

۶-۳-۲- حقوق بین الملل

دکترین تغییر اوضاع و احوال^{۲۰} در حال حاضر مورد قبول واقع شده است. این قاعده بدون توجه به درج شرط تغییر اوضاع و احوال و به خودی خود اعمال میگردد. این قاعده در ماده ۶۲ کنوانسیون وین مصوب ۱۹۶۹ وجود دارد. اثر حقوقی تغییر اوضاع و احوال این است که طرف زیان دیده میتواند انصراف از معاهده یا مذاکره مجدد را تقاضا کند. با این وجود، ماده مزبور به نحو محتاطانه ای عبارت بندی شده و به طور مضیق اعمال میگردد و این بیشتر به دلیل جلوگیری از استفاده بیش از حد از این قاعده و اجتناب از عدم قطعیت قاعده لزوم معاهدات بین المللی مندرج

^{۲۰} rebus sic stantibus

در ماده ۲۶ معاهده وین است. این برداشت در رای دیوان دادگستری بین المللی در پرونده *Gabcikovo-Nagymaros Project* وجود دارد، که در این رای دیوان به این نتیجه رسید که تغییر اساسی اوضاع و احوال باید غیر قابل پیش بینی باشد؛ وجود اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد معاهده دلیل الزام طرفین به معاهد مورد بحث است. دیوان اضافه کرد که عبارت سلبی و شرطی ماده ۶۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات یک قرینه ای محسوب میشود که اعمال این قاعده باید به طور استثنائی باشد.

کنوانسیون وین صرفاً بر معاهدات بین الدولی حاکم است. با این وجود، عنوان گشته که ماده ۶۲ نسبت به اشخاص خصوصی نیز قابل اعمال است. علاوه بر این، غالباً استدلال میشود که در صورت تغییر توازن قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی، تعهد به مذاکره مجدد وجود دارد. این نظری است که اساس برخی از قطعنامه های سازمان ملل که با حمایت کشورهای در حال توسعه تصویب شده است را تشکیل میدهد.^{۲۱}

در این رابطه هیچ توافقی مبنی بر وجود الزام به مذاکره مجدد وجود ندارد. کشورهای در حال توسعه ادعا میکنند که در توافقات منعقد شده میان کشورها و سرمایه گذاران خارجی در مورد استخراج منابع طبیعی، اصل حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی بر اصل لزوم غلبه دارد. در طرف مقابل، کشورهای غربی بر اصل لزوم و حمایت از سرمایه گذاری خارجی اصرار می ورزند. با این وجود، لازم به تاکید است که اصرار کشورهای توسعه یافته بر لزوم قراردادها به هیچ وجه، صریحاً یا ضمناً، اعمال اصولی مانند اصل تغییر اوضاع و احوال را رد نمیکند، بلکه آنچه که این کشورها رد میکنند ادعای کشورهای در حال توسعه مبنی بر وجود حق یکطرفه برای درخواست یا اجبار مذاکره مجدد به دلیل حاکمیت است. با این همه، مشخص نیست که آیا طبق حقوق بین الملل در صورت تغییر اوضاع و احوال، الزام به مذاکره مجدد توافقات سرمایه گذاری بین المللی وجود دارد یا خیر.

۳- قرارداد با شرط مذاکره مجدد

^{۲۱} NASSAR, at ۱۷۸; van Houtte, ۱۸, at ۱۰۵, ۱۱۰; ICC Award No. ۲۴۷۸ (۱۹۷۴), ۳ Y.B. COM. ARB. ۲۲۲ (۱۹۷۸); No. ۲۲۱۶ (۱۹۷۴).

شرط مذاکره همیشه همراه با شرط تعدیل بیان میگردد به طوریکه این دو اصطلاح را به جای همدیگر نیز به کار می برند. دلیل این امر نیز واضح است: مذاکره مجدد دلیلی ندارد جز تعدیل قرارداد و تعدیل قرارداد بدون مذاکره نیز امکان پذیر نمی باشد. از اینرو تعدیل اتوماتیک که در قراردادهای بلند مدت به خصوص قراردادهای سرمایه گذاری به کار میرود باید از تعدیل با مذاکره متمایز باشد. با شروط تعدیل اتوماتیک مانند "Sliding Scale" دیگر نیازی به مذاکره نیست بطوریکه خود قرارداد با تدابیری که طرفین در مرحله مذاکره اولیه اتخاذ کرده اند تعدیل شده هرچند این تعدیل باعث حفظ منافع اساسی طرفین نشود: پس عدم اتخاذ تدابیر مناسب برای تعدیل اتوماتیک خود میتواند امری برای مطرح شدن مذاکره مجدد و تعدیل گردد.^{۲۲}

از آنجایی که شرط فورس مازور و تز عسر و حرج حمایت کافی را در مقابل تغییر نامطلوب در توازن تجاری ارائه نمیدهند، سرمایه گذاران آینده نگر همیشه به دنبال تضمین و تامین خودشان در مقابل احتمال تغییر نامطلوب توازن اولیه بوده اند. در طرف مقابل، دولتهای میزبان از شروط تعدیل برای شریک شدن در سود سرمایه گذاران استفاده می کنند.

شرط تعدیل باید در بردارنده مسائل ذیل باشد:

۱. ذکر حوادث موجب یا "trigger events": کارایی شرط مذاکره مجدد در عمل بستگی به حوادث موجب دارد که یک مشخصه ی توافقی است که وضوحاً تشریح و تعریف شده است. اما لزوم انعطاف پذیری تضادی آشکار با ثبات قرارداد دارد. از این رو ماهیت این شروط لازم میدارد که نباید هر گزینه ی قابل تصویری را پوشش دهند. لیکن این تضاد را این طور میتوان حل کرد که لزوم انعطاف پذیری قرارداد مربوط به منافع فرعی و جزئی طرفین و لزوم ثبات قرارداد مربوط به منافع اساسی و اصلی طرفین است، با این توضیح که آنچه که تنظیم کنندگان قرارداد و حقوقدانان باید در مرحله مذاکره اولیه تحت پوشش شروط تعدیل قرار دهند منافع فرعی و جزئی طرفین است و اگر منافع اساسی طرفین یک قرارداد سرمایه گذاری به خطر افتد، با توجه به نوع و شرایط حاکم بر این قراردادها، تعهدات خود را اجرا نمیکند. بنابراین میتوان ادعا کرد که قراردادهای سرمایه گذاری حدوداً و بقائاً نیازمند رضایت طرفین است، این رضایت مربوط به منافع اساسی طرفین می باشد. نکته دیگری که باید درباره این مورد

^{۲۲} Medda, F., ۲۰۰۶. "A game theory approach for the allocation of risks in transport public private partnerships", *International Journal of Project Management*, ۲۵, pp. ۲۱۳-۲۱۸.

توجه قرار گیرد محدوده حوادث موجب است و مخصوصاً اینکه این حوادث باید غیر قابل پیش بینی و خارج از کنترل طرفین باشد، مثلاً نباید وضع قانون جدید توسط دولت سرمایه پذیر را حوادث موجب محسوب کرد.

۲. مسئله الزام به مذاکره مجدد و ضمانت اجرای آن: ممکن است تغییر شرایط قرارداد سرمایه گذاری در طول اجرای آن به نفع یک طرف و به ضرر دیگری باشد و از اینرو یکی از وظایف شروط تعدیل یا مذاکره مجدد الزام طرفین به مذاکره مجدد است. لیکن مسئله ای که در اینجا مطرح است ضمانت اجرای الزام به مذاکره مجدد است زیرا در صورت عدم مذاکره الزام مستقیم، با توجه به ماهیت آن، امکان پذیر نیست. پس آنچه که به عنوان ضمانت اجرا باقی میماند چیزی است به جز اجرای عین تعهد و میتواند به عنوان مثال وجه التزام باشد. با این وجود، اگر برای وجه التزام مکانیزم معینی در نظر گرفته نشود، این مکانیزم نیز می تواند مورد رعایت قرار نگیرد؛ که در اینصورت مسئله ضمانت اجرای غیر حقوقی پیش خواهد آمد، که همان از بین رفتن اعتبار و عدم اعتماد دیگر شرکتها به طرف خاطی است.^{۲۳}

۳. قابلیت اجرایی تعهد به مذاکره پیش از رجوع به محکمه داور و به خصوص اختیار محکمه داور برای تعدیل قرارداد مطابق با شرایط تغییر یافته و به جای طرفین قرارداد.

۴. مسئله رسیدن به یک نتیجه خاص؛ اینکه هدف غایی از تعدیل چه چیزی است، چه مواردی باید تعدیل گردند.

۵. معیاری که باید در تعدیل به کار رود.

۱-۳- مثالهایی از شرط تعدیل

۱) شرط AMINOIL

یکی از معروف ترین این شرطها در قرارداد تکمیلی در مورد توافق امتیازی میان دولت کویت و شرکت نفتی مستقل آمریکا^{۲۴} مورخ ۲۸ ژوئن ۱۹۴۸ است:

^{۲۳} Kuwait v. Am. Indep. Oil Co., ۲۱ I.L.M. at ۱۰۰۹ (۱۹۷۰-۷۱)

^{۲۴} American Independent Oil Company

ماده ۹- «اگر، در نتیجه تغییر شرایط امتیازات موجود در حال حاضر و یا تغییر در نتیجه شرایط امتیازی اعطایی، در منافع دولتهای خاورمیانه حاصل از قراردادهای امتیازی افزایشی حاصل شود، شرکت با امیر وارد مذاکره میشود که آیا با توجه به شرایط موجود از قبیل شرایط انجام عملیات و پرداختهای انجام شده، تغییر شروط توافق میان امیر و شرکت برای طرفین منصفانه خواهد بود یا نه»

نقد:

از بین پنج عنصر مزبور درباره شرط تعدیل، حوادث موجب در این شرط را میتوان تغییر در امتیازات دیگر کشورهای خاورمیانه دانست. اما از مسئله الزام به مذاکره مجدد و ضمانت اجرای آن یاد نشده است. معیاری که باید در تعدیل به کار رود همان امتیازات افزایش یافته دیگر کشورهای خاورمیانه است. نتیجه خاص نیز در این بند همان منصفانه بودن تغییر شروط برای طرفین است.

۲) شرط OK Tedi

قرارداد امتیازی اوکی تدی نیو جیونیا^{۲۵} مورخ ۱۹۷۰ این شرط کلی را داشته:

«طرفین می توانند هر وقت بخواهند مقرراتی را اضافه یا تمام یا بخشی از مقررات را لغو یا تغییر دهند».

نقد:

این بند هیچ یک از عناصر شرط تعدیل را دربرندارد، حتی طرفین بدون این شرط نیز میتوانند مقرراتی را اضافه یا لغو یا تغییر دهند زیرا وظیفه اصلی شرط تعدیل این است که مکانیزمی را برای تعدیل به وجود آورد.

۳) شرط مربوط به قرارداد میان غنا و شرکت شل

ماده ۴۷- «ب) توافق میشود که اگر در مدت قرارداد تغییراتی در اوضاع احوال مالی و اقتصادی مرتبط با صنعت اتفاق بیفتد، مفاد این قرارداد را میتوان مورد تجدید نظر یا مذاکره مجدد قرارداد، البته با توجه به اینکه این اصلاحات

^{۲۵} OK Tedi Pupua New Guinea Concession Agreement.

و تغییرات باید با توجه به سرمایه عامل یا پیمانکار و ریسک وارده به او بوده و نیز اینکه هیچ اصلاحی در ۵ سال پس از شروع تولید نباید اتفاق بیفتد. این اصلاحات قهقرای نیستند».

نقد:

این مثال حوادث موجب را داراست و معیار تعدیل را نیز میتوان با توجه به همین حوادث که همان اوضاع و احوال مالی و اقتصادی مرتبط با صنعت است، برداشت کرد. ولی دیگر شاخصهای یک شرط تعدیل را دارا نیست.

(۴) شرط لازم

قرارداد مشارکت در تولید مورخ ۱۹ آگوست ۱۹۹۲ میان شرکت ملی نفت ویتنام و شرکت توسعه انرژی اتمی این بند را داشته است:

ماده ۸/۱۷-وضع قوانین و مقررات جدید

« اگر پس از تاریخ لازم الاجرا شدن قرارداد، قوانین و یا مقررات جدید در ویتنام علیه منافع پیمانکار وضع یا قوانین موجود اصلاح شوند، طرفین باید با یکدیگر دیدار و مذاکره کرده و تغییرت لازم را نسبت به این موافقت نامه اعمال میکنند بطوریکه انگار قوانین و مقررات جدید وضع نشده اند».

نقد:

در این مثال حوادث موجب در اختیار یکی از طرفین است، پس نمیتوان این عنصر را در مورد این شرط محقق دانست. مخصوصاً اینکه این شرط مسئله الزام به مذاکره و ضمانت اجرای آن را حل نکرده است.

(۵) شرط قطر

قرارداد نمونه مشارکت در اکتشاف و تولید پادشاهی قطر مورخ ۱۹۹۴ دربردارنده این بند است:

ماده ۱۲/۳۴- توازن قرارداد

« هر چند موقعیت مالی پیمانکار بطور ثابت بر اساس قرارداد، قوانین و مقررات لازم الاجرا در زمان لازم الاجرا شدن قرارداد نباشد، ولی اگر قانون، فرمان یا مقررات جدیدی در آینده موقعیت مالی پیمانکار را تحت تاثیر قرار دهد، و یا اینکه تشریفات گمرکی در طول مدت اجرای قرارداد از درصد دریافتی پیمانکار تجاوز کند، هردوی طرفین برای حفظ توازن اقتصادی قرارداد با حسن نیت وارد مذاکره مجدد می شوند».

نقد:

در این مثال نیز حوادث موجب در اختیار یکی از طرفین است. همچنین دیگر معیارهای یک شرط را دارا نیست.

۲-۳- تعهدات طرفین برای رسیدن به توافق

شروط مذاکره مجدد اغلب دربردارنده کلیاتی برای رسیدن به توافق هستند و تعهدات طرفین بیشتر به حسن نیت و انصاف یا هدف اصلی مذکره مجدد که آن "بازسازی توازن به شکل اولیه و روح قرارداد" است.

تعهدات کلی طرفین در جریان مذاکرات از این قرار است: پایبند بودن به چارچوبی که توسط شرط مذاکره مجدد طراحی شده؛ رعایت مواردی که نباید تعدیل شوند؛ لحاظ داشتن قراردادهای پیشین طرفین؛ تلاش جدی برای رسیدن به توافق؛ توجه به منافع طرف مقابل؛ افشای اطلاعات لازم برای تعدیل؛ ابراز تحلیلی صادقانه برای رسیدن به مصالحه؛ حفظ قابلیت انعطاف در جریان مذاکره؛ پیدا کردن راه حلهای متعارف و مناسب برای تعدیل؛ ابراز اظهارات متقن و متعارف برای تعدیل به جای اعلامیه های کلی مبنی بر تمایل به تعدیل؛ پرهیز از اظهارات عجولانه درباره تعدیل؛ بیان استدلال خود برای تعدیل؛ کسب نظر از متخصصان در مواجهه با مسائل پیچیده؛ پاسخ سریع به پیشنهادها طرف مقابل برای تعدیل؛ تلاش برای حفظ روابط مربوط به قیمت؛ پرهیز از ضرر زدن به دیگری (قاعده نه ضرر و نه منفعت - *no profit-no loss*)؛ تلاش برای رسیدن به توافق در مدت زمان مناسب؛ پرهیز از تاخیرهای غیر موجه.

۳-۳- معایب شروط تعدیل

کاهش ثبات قرارداد؛ این عیب در صورتی وجود دارد که شرط تعدیل مربوط به منافع عمده و اصلی طرفین باشد. افزایش هزینه کلی معامله؛ با این توضیح که تعدیل مذاکره مجدد را به بار آورده و مذاکره خود هزینه هایی دربر خواهد داشت در حالی که تعدیل اتوماتیک چنین هزینه هایی را به بار نمی آورد.^{۲۶}

امکان امتناع محکمه داوری از تعدیل قرارداد به این دلیل که اساساً میان طرفین "دعوایی" (*dispute*) وجود ندارد؛ معمولاً داوران به موارد اختلافی رسیدگی میکنند تا توافقی، با این توضیح ارجاع مربوط به شرط تعدیل به داوران بیشتر به دلیل مزایای تعدیل توسط ثالث است تا اینکه اساساً دعوایی بین طرفین وجود داشته باشد، البته طرفین میتوانند این امر را نیز به درج واژه موضوع (*any subject*) به داوری ارجاع دهند.

اگر تعدیل به شخص ثالثی واگذار شود امکان دارد تعدیل به صورتی انجام پذیرد که مطابق میل طرفین نباشد؛ تعدیل مورد بحث همیشه با مذاکره مجدد همراه است بطوریکه انگار قرارداد جدید بسته خواهد شد، به این ترتیب تعدیل توسط ثالث مانند آن است که قرارداد را ثالث منعقد کرده است. این عیب را میتوان با درج معیار تعدیل در شرط مربوطه برطرف کرد.

امکان دارد حوادث موجب در کنترل کشور میزبان باشد؛ مانند اینکه وضع قوانین حوادث موجب محسوب شوند.

۴-۳- مزایای شروط تعدیل

جلوگیری از اختتام قرارداد؛ با مذاکره مجدد شرایط قرارداد سرمایه گذاری و توافق مجدد بر شرایط جدید از ساکت گذاشتن آن توسط یکی از طرفین جلوگیری میشود.

احتمال بروز اختلاف میان طرفین را کاهش میدهد؛ اختلاف به این معنی که در صورت عدم وجود شرط تعدیل، ممکن است یکی از طرفین با استناد به قانون حاکم تعدیل را خواستار شود و طرف مقابل با استناد به عدم وجود

^{۲۶} HORN, at ۲۸; PETER, at ۲۰۶; NELLE, at ۲۹۰; ICC AWARD NO. ۲۵۰۸ (۱۹۷۶), reprinted in JARVIN, at ۲۹۲.

شرط تعدیل آنرا انکار کند. به نوعی در این مورد اختلاف در اصل تعدیل کاهش پیدا میکند که همانا یکی از عناصر قراردادهای بلند مدت محسوب می شود.^{۲۷}

تعدیل توسط داوری با معیارهای هدایت کننده که توسط طرفین تعیین شده میتواند مفید باشد چرا که بهتر میتواند توازن اقتصادی قرارداد را احیا کند درحالی که تعدیل توسط طرفین به دلیل وجود مذاکره تاخیر بیشتری دارد.

۵-۳- ادعای خسارت

مسئولیت یکی از طرفین در قبال نقض تعهد ناشی از شرط تعدیل تنها در بعضی از موارد استثنائی مطرح است. در این مورد نیز ماهیت خاص این نوع شروط باید مورد توجه قرار گیرد یعنی صرف نرسیدن به توافق به خودی خود نقض تعهد مربوط به شرط تعدیل محسوب نمیشود، بلکه مسئولیت در جایی مطرح است که ثابت شود نرسیدن به توافق ناشی از نقض آشکار تعهد مربوط به شرط تعدیل توسط طرف با عدم حسن نیت بود. مثلاً موردی که فرآیند مذاکره مجدد به طور غیر موجهی توسط یکی از طرفین به تاخیر افتاده یا پیشنهادات یک طرف به دلایل غیر از آنچه که مربوط به درک تجاری عادی است رد شده باشد. در این موارد مسئله ای که مطرح میشود این است که چگونه باید ثابت کرد رفتار طرف مقابل دلیلی برای عدم انجام مذاکره مجدد تلقی میشود و دیگر اینکه چگونه میتوان مقدار دقیق خسارت را تعیین کرد. دیوانهای داوری برای تعیین خسارت موقعیت را با موقعیت مذاکره موفقیت آمیز مقایسه میکنند یعنی فرض میکنند که اگر مذاکره موفقیت آمیز بود زیان دیده چه موقعیتی داشت.

۳- نتیجه

^{۲۷} See Horn, at ۲۸۳; Norbert Horn, *Vertragsbindung unter veränderten Umständen*, ۳۸ NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT ۱۱۱۸, ۱۱۲۳ (۱۹۸۵);

بررسی نظامهای مختلف حقوقی نشان میدهد که اصل لزوم قراردادها به صورت گسترده ای پذیرفته شده است. با این وجود، مطابق با حقوق بین الملل عمومی و حقوق بسیاری از کشورهای دیگر، این اصل مطلق نیست ولی صرفاً تحت اوضاع و احوال خاصی تغییر شرایط قرارداد میتواند منجر به تعدیل قرارداد یا معافیت از مسئولیت قراردادی گردد. این اوضاع و احوال و آثار حقوقی آنها بستگی به قانون حاکم بر قرارداد دارد. طرفین قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی نباید انتظار داشته باشند که صرفاً به دلیل سختی اجرا از مسئولیت معاف می شوند. هیچ یک از شروط عسر و حرج و فورس ماژور حمایت کافی در مقابل تغییر غیر مطلوب توازن قراردادی را ارائه نمی دهند. تنها در صورتی می توان اصل لزوم را نقض کرد که طرفین بر شرط تعدیل یا مذاکره مجدد توافق کرده باشند. شرط تعدیل نیز در صورتی عملکرد مطلوبی را خواهد داشت که دربردارنده مسائل و نکات مزبور باشد. الزام غیر حقوقی مذاکره مجدد به قدری کافی است که نیازی به درج مکانیزم الزام و یا نفس وجود الزام نیست چراکه الزام غیر حقوقی ضمانت اجرای قوی تری نسبت به الزام حقوقی دارد که درنهایت میتواند وجه التزامی ناچیز در مقابل حجم مبادلات سرمایه گذاری باشد، موید این امر عدم وجود الزام حقوقی در مثالهای مزبور است. به نوعی در این مورد ضمانت اجرای تجاری یا سیاسی قوی تر از ضمانت اجرای حقوقی خواهد بود. از طرفی اگر قائل به این باشیم که مذاکره مجدد به مثابه مذاکره برای یک قرارداد جدید است، اصل حاکمیت اراده مانع از الزام به مذاکره مجدد خواهد بود ولی این توجیه از لحاظ حقوقی نمیتواند مورد قبول باشد. تعدیل توسط داوری نیز به دو بخش تقسیم می گردد؛ یکی خود وجود تعدیل و دیگری انجام تعدیل توسط داور است. مورد اول باید مانند دیگر اختلافات ناشی از قرارداد عنوان اختلاف داشته باشد تا داوران به آن رسیدگی کنند مگر اینکه طرفین بطور دیگری توافق کرده باشند. انجام تعدیل توسط داوری مانند تعدیل توسط ثالث است و همان مزایا و معایب را دارد با این تفاوت که داوران معمولاً از تجربه ی حقوقی بالایی برخوردار هستند. جبران خسارت عدم انجام شرط تعدیل نیز بستگی به رویکرد نظام حقوقی حاکم بر دیوان داوری است، که معمولاً برای تعیین خسارت موقعیت را با موقعیت موفقیت آمیز مقایسه می شود.

منابع

فارشی

۱. شریفی، سید الهام‌الدین؛ صفری، ناهید؛ مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (یونیدروا) و حقوق ایران؛ نامه مفید؛ شهریور ۱۳۸۹؛ شماره ۷۹.
۲. صادقی مقدم، محمد حسن؛ مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران؛ نشریه حقوقی بین‌المللی، بهار ۱۳۷۹، شماره ۲۵.
۳. فخار طوسی، جواد؛ پژوهشی در تعدیل قرارداد؛ نشریه فقه و اصول «فقه اهل بیت»، پاییز ۱۳۸۰، شماره ۲۷.
۴. کاتوزیان، ناصر؛ تفسیر قرارداد، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی؛ شماره ۷۰؛ زمستان ۸۴.
۵. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ جلد سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۳.

خارجی

٦. Abba Kolo & Thomas W. Wälde, *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects*, ٢٠٠٠ J. WORLD INVESTMENT ٥, ٢١ (٢٠٠٠).
٧. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ٢٢-٢٩ (Emmanuel Gaillard & John Savage eds., ١٩٩٩).
٨. Jeswald W. Salacuse, *Renegotiating International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form*, ٣٥ INT'L LAW. (٢٠٠١).
٩. Jeswald W. Salacuse, *Direct Foreign Investment and the Law in Developing Countries*, ١٥ FOREIGN INVEST. L.J. (٢٠٠٠).
John Y. Gotanda, *Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited*, August ٢٠٠٣, Villanova University School of Law.
١٠. Joseph M. Perillo, *Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, ٥ TUL. J. INT'L & COMP. L. ٥, (١٩٩٧).
١١. Medda, F., ٢٠٠٦. "A game theory approach for the allocation of risks in transport public private partnerships", *International Journal of Project Management*, ٢٥, pp. ٢١٣-٢١٨.
١٢. NASSAR, at ١٧٨; van Houtte, ١٨, at ١٠٥, ١١٠; ICC Award No. ٢٤٧٨ (١٩٧٤), ٣ Y.B. COM. ARB. ٢٢٢ (١٩٧٨); No. ٢٢١٦ (١٩٧٤),
١٣. Piero Bernardini, *The Renegotiation of Investment Contracts*, ١٣ FOREIGN INVEST. L.J. ٤١١, ٤١٦ (١٩٩٨).
١٤. Zeyad Al Al Qurashi, *Renegotiation of International Petroleum Agreements*, *Journal of International Arbitration* ٢٢(٤)Y ٢٦١-٣٠٠, ٢٠٠٥.