

دکتر حسین خزاعی\*

## ساختار حقوقی و تعهدات ناشی از قرارداد دولت

چکیده:

قرارداد دولت بین دولت حاکم (دولت‌های کشورهای جهان سوم) و شرکت خصوصی خارجی منعقد می‌گردد. دولت حاکم از موضع حاکمیت قرارداد منعقد می‌نماید و حق حاکمیت خود را اعمال می‌نماید. شرکت خصوصی طرف قرارداد که خود را در مقابل دولت حاکم ضعیف می‌بیند با برتری فرهنگی و درج شرط تثبیت و عدم تغییر و داوری و تعیین قانون حاکم بر قرارداد حاکمیت دولت را از محتوا خالی می‌نماید. شرط تثبیت محتوا قرارداد را در طول مدت در مقابل تغییرات و اصلاح قوانین مصون از تعرض می‌نماید و شرط عدم تغییر مانع اثر تغییر مقررات جانبی بر قرارداد اصلی است. شرط رجوع به داوری قوه قضائیه دولت حاکم را کنار می‌گذارد و شرط قانون قابل اعمال مانع اعمال قوانین داخلی بر قرارداد می‌گردد. به این ترتیب طرف خارجی که ظاهری ضعیف به هنگام انعقاد قرارداد دارد در مجموع قدرتی برتر از دولت حاکم پیدا می‌کند. هدف این نوشتار آگاهی دادن به انعقاد قراردادهایی مانند ترک سل است.

واژگان کلیدی:

قرارداد دولت، قانون قابل اعمال، شرط تثبیت، شرط عدم تغییر، شرط داوری

\* از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:  
«روش‌های حمل کالا در تجارت بین‌المللی»، شماره ۲۹، مهر ۱۳۷۲؛ «روش‌های پرداخت ثمن در تجارت بین‌المللی»، شماره ۳۳، بهمن ۱۳۷۳؛ «ترجمه مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی»، شماره ۳۲، پاییز ۱۳۷۳؛ «ترجمه مقاله نظم حقوقی و نظریه منابع حقوق»، شماره ۳۵، پاییز ۱۳۷۲؛ «شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی»، شماره ۳۹، بهار ۱۳۷۷.

## مقدمه

در حقوق تجارت بین‌المللی قرارداد دولت به قراردادی گفته می‌شود که برای انجام پروژه‌ای بین یک دولت حاکم از موضع حاکمیت و شرکت خصوصی (شرکت‌های خصوصی ممالک پیشرفته صنعتی) خارجی خارج از نظم قضایی دولت متعاقد منعقد می‌گردد.<sup>(۱)</sup>

قرارداد دولت ریشه انگلیسی دارد و ترجمه اصطلاح State Contracts است که برای اولین بار توسط F. A. Mann در سال ۱۹۴۴ در مورد وام و استقراض مورد استفاده قرار گرفته است. (Mann, ۱۹۴۴، ص ۱۱) از این به بعد قرارداد دولت در فرهنگ حقوق ملل مختلف مورد استفاده قرار گرفته و مفهوم حقوقی خاص خود را ساخته است. (KAMTO, ۲۰۰۳، ص ۷۲۰)

کلمه دولت به معنی نماینده قدرت حاکمه و به عنوان یکی از موضوعات حقوق بین‌الملل عمومی شناخته شده است ولی به هنگام انعقاد قرارداد ابهام‌آمیز می‌شود. زیرا در روابط اقتصادی بین‌الملل همیشه خود دولت طرف قرارداد نیست و اغلب اتفاق می‌افتد که سازمان‌های وابسته به دولت طرف قرارداد قرار می‌گیرند. این سازمان‌ها از نظر حقوقی بعضاً دارای شخصیت حقوقی مستقل و در کنار دولت قرار و بعضی دیگر فاقد شخصیت حقوقی و در بطن دولت قرار دارند. از طرف دیگر دولت نقش دوگانه‌ای را ابراز می‌نماید که در حقوق روم *jure imperii* و *jure Gestionis* نامیده می‌شده است و در فرهنگ حقوقی زبان فارسی به اعمال حاکمیت و اعمال تصدی ترجمه شده است. مقصود از (*Jure Imperii*) اعمال حاکمیت آن دسته از اعمالی است که دولت به عنوان نماینده قدرت حاکمه انجام می‌دهد و به واسطه آن اعمال طبق معاهدات بین‌المللی مصونیت قضایی و اجرایی دارد. (Reymond, ۱۹۸۵، ص ۶۱۱) منظور از

---

۱- قرارداد دولت به معنای عام به هر قراردادی که با دولت حاکم منعقد گردد اطلاق می‌شود. اصولاً دولت در سه وضعیت حقوقی متفاوت قرارداد منعقد می‌نماید. گاهی دو یا چند دولت از موضع حق حاکمیت با یکدیگر قراردادی منعقد می‌نمایند که اصطلاحاً در حقوق بین‌الملل معاهده نامیده می‌شود. گاهی دو دولت از موضع حق تصدی قراردادی مربوط به همکاری اقتصادی و یا خرید و فروش کالا که جنبه سیاسی و یا حقوق عمومی ندارد منعقد می‌نمایند. در موارد دیگر فقط یک طرف قرارداد دولت واقع می‌شود: دولت ممکن است طرف قرارداد اداری قرار گیرد و یا اینکه با اشخاص حقوقی حقوق خصوصی داخلی قراردادی منعقد نماید. بر هر یک از وضعیت‌های فوق‌الذکر قواعد مخصوصی متفاوت از وضعیت دیگر حاکمیت دارد. وضعیت سوم وضعیتی است که در آن دولت از موضع حق حاکمیت با شرکت‌ها و موسسات خصوصی خارجی قرارداد منعقد می‌نماید. فقط این وضعیت آخر موضوع مطالعه این مقاله است.

اعمال تصدی آن دسته از اعمالی است که دولت از موضع حقوق خصوصی برای رفع نیازهای خود اعمال می‌نماید.

اداره منابع طبیعی که غالباً موضوع قراردادهای دولت است به شرکت‌های ملی و دولتی واگذار می‌شود که در اغلب موارد شخصیت حقوقی مستقل از دولت دارند ولی درآمد حاصله از آن در بودجه عمومی منظور و مدیران آن توسط دولت منصوب می‌شوند. به عنوان مثال در کشورهای نفت‌خیز شرکت‌های ملی نفت تأسیس شده که صد در صد سهام آن متعلق به خود دولت و مدیر آن دولتی است و در اغلب موارد این شرکت‌ها با اشخاص حقوقی خصوصی خارجی قرارداد استخراج و تصفیه و بهره‌برداری منافع نفتی را منعقد می‌نمایند. نمونه بارز این نوع شرکت‌ها شرکت ملی نفت ایران، عراق، عربستان سعودی، ونزوئلا و لیبی بین سال‌های ۱۹۵۰ تا ۱۹۷۰ است.

بنا به مراتب فوق دولت به عنوان طرف قرارداد بین‌المللی اصطلاحی مبهم می‌شود که نیاز به توضیح پیدا می‌کند. وجود ابهام در کاربرد اصطلاح دولت در سطح بین‌المللی شناخته شده است به حدی که در بعضی از موارد برای رفع ابهام اقدام به تعریف دقیق آن نموده‌اند. مثلاً در بندهای ۳ و ۴ ماده ۷ بیانیه دوم الجزایر در رابطه با روش حقوقی حل اختلافات بین دولت جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده آمریکا دو کلمه ایران و ایالات متحده آمریکا با دقت تعریف شده است و علاوه بر خود دولت به عنوان نماینده قدرت حاکمه هر نوع تقسیمات سیاسی و اداری و نمایندگی که تحت کنترل هریک از دو دولت مذکور باشند با اتباع آنها را جزء آن دانسته‌اند. (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۲۰۵) در مواردی هم که با این دقت در متن قرارداد و یا معاهدات اقدام به تعریف دولت نشده است در صورت بروز اختلاف مرجع رسیدگی کننده با توجه به مورد خاص اتخاذ تصمیم می‌نماید. (Bishoff، ۱۹۸۴، ص ۳۵) (Oppetit، ۱۹۸۴، ص ۶۲۹)

در قراردادهای دولت که دولت به عنوان حاکم اقدام می‌نماید اعمال او در حیطة شمول *jure imperii* و دارای مصونیت قضایی و اجرایی است. (Weil، ۱۹۶۹، ص ۱۰۴) (Lalive، ۱۹۸۳، ص ۲۸) و بر این اساس و خصوصیات با شخص خصوصی خارجی اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید - این شخصیت خارجی دارای تابعیت دیگری است که معمولاً از طریق ثبت آن در

کشور بیگانه مشخص می‌شود. بنابراین ضابطه تشخیص قرارداد دولت طرفین آن هستند که عبارتند از دولت دارای حق حاکمیت و طرف خارجی خصوصی، که شرکت یا مؤسسه خارجی است که در محلی غیر از سرزمین دولت طرف قرارداد ثبت شده است.

موضوع قرارداد دولت بر توصیف آن اثر نمی‌گذارد و می‌تواند انواع مختلف سرمایه‌گذاری مالی یا فنی باشد. موضوعات قراردادهای دولت در چهره‌های مختلف آن متنوع و شامل کلیه نیازهایی است که همکاری اقتصادی بین‌المللی ایجاب می‌کند. ولی در تجارت بین‌المللی سه موضوع سرمایه‌گذاری به معنی خاص (استقراض) و انتقال نیروی کار انسانی و انتقال تکنولوژی که در مجموع تحت عنوان سرمایه‌گذاری بین‌المللی توصیف می‌شود از اهمیت بیشتری برخوردار است. (Berlin, ۲۰۰۳، ص ۱۹۷) سرمایه‌گذاری مالی صور مختلف دارد. سرمایه‌گذاری مالی گاه به صورت انتقال مستقیم منابع مالی و گاه صورت وام و استقراض به خود می‌گیرد. سرمایه‌گذاری فنی در قالب‌های مختلف انتقال تکنولوژی صورت می‌پذیرد که بیشتر بر سرمایه فکری و کاردانی انسانی تکیه دارد و مربوط به آموزش فنی پرسنل و مهندسی و واگذاری اشکال مختلف حقوق مالکیت صنعتی جلوه می‌کند.

پس از این توضیحات مقدماتی راجع به قرارداد دولت و طرفین و موضوع آن، حال می‌توانیم حقوق و تعهدات طرفین قرارداد را در قالب قراردادهای کلاسیک مورد بررسی قرار دهیم. ولی قبل از بررسی تعهدات طرفین در فصل دوم لازم است که ساختار حقوقی قرارداد دولت را در فصل اول بیان نماییم.

لازم به یادآوری است که در حقوق خصوصی قراردادها را بر مبنای برابری طرفین و آزادی اراده آنها در انعقاد قرارداد استوار ساخته‌اند. در قرارداد دولت نیز به همین اصول پای‌بند هستند ولی به علت حقوق حاکمیت دولت همیشه این بیم وجود داشته است که تساوی قراردادی متزلزل شود و سعی شده است که با به کار گرفتن ابزار حقوقی دیگر قرارداد را از تحولات حقوق دولت طرف قرارداد مصون نگهدارند. (David, ۱۹۸۶، ص ۷۹)

## فصل اول - ساختار حقوقی قرارداد دولت

گفتیم که در قرارداد دولت، دولت به عنوان دولت حاکم یعنی به عنوان موضوع حقوق بین‌الملل عمل و حق حاکمیت خود را اعمال می‌نماید. اشخاص خصوصی هم که با دولت قراردادی منعقد می‌نمایند خطر اعمال حاکمیت را از جانب طرف قرارداد خود را می‌پذیرند. نباید انتظار داشت که اصل مشهور التزام به ایفای تعهدات قراردادی (Pacta sunt servanda) در موردی که طرف قرارداد دولت شخص خصوصی است مانند موردی که طرفین قرارداد حق حاکمیت دارند یکسان عمل نماید. (Berlin, ۱۹۷۸, ص ۲۱۰) (قسمت اول) ولی این نابرابری به این معنی نیست که دولت در هر مکان و هر زمان و تحت هر شرایطی بتواند خود را از قید تعهدات قراردادی رها نماید زیرا با انعقاد این نوع قراردادها حق حاکمیت دولت از محتوای حقوقی خالی می‌شود (قسمت دوم).

### قسمت اول - بقاء حق حاکمیت دولت

با مطالعه خصوصیات قرارداد دولت (الف) به این نتیجه می‌رسیم که دولت حق حاکمیت خود را اعمال می‌نماید. (ب)

### الف - خصوصیات قرارداد دولت

در قراردادهایی که با دولت منعقد می‌نمایند دو حد نهایی و یک حد وسط مشهود است. در نهایت اول با دولت قرارداد تجاری معمولی منعقد می‌نمایند. در این نوع قراردادها قانون حاکم بر قرارداد قانون دولت طرف قرارداد و دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلاف احتمالی دادگاه همان دولت است. موضع دولت در این قرارداد *jure gestionis* است یعنی دولت در انعقاد این نوع قراردادها با اشخاص معمولی تفاوتی ندارد و در صورت نقض قرارداد باید خسارات وارده را جبران نماید. ضرورت جبران خسارات در مواردی که دولت طرف عادی قرارداد است مورد قبول عامه است.

در نهایت دیگر با دولت قرارداد سرمایه‌گذاری منعقد می‌نمایند که قانون حاکم بر آن حقوق بین‌الملل و مرجع رسیدگی به حل اختلاف احتمالی دادگاه دآوری مرکز بین‌المللی حل اختلاف

ناشی از سرمایه‌گذاری (CIRDI) است. (Leben, ۲۰۰۳, ص ۶۴۱)

در حد وسط قراردادهایی با دولت منعقد می‌نمایند که گاهی قانون حاکم قانون دولت طرف قرارداد نیست و گاهی دادگاه صالح در نظم حقوقی این دولت قرار ندارد. در مواردی که هر دو عنصر وجود دارد شروط ضمن عقد این قراردادها از یکدیگر ممتاز می‌نماید. قرارداد دولت از این گونه قراردادها و بیش از سایر قراردادها مقید به قید و شرط است. منظور از قید شروط متعدد در قرارداد دولت حفظ تعهدات قراردادی و اجبار دولت به رعایت آن است. این تعهدات حفظ نخواهد شد مگر اینکه دولت از موضع حاکمیت با تکیه بر *jure imperii* و قبول داوری و شرط تثبیت اقدام به انعقاد قرارداد نماید. دادگاه‌های داخلی دولتی تحت هر شرایطی نخواهد توانست مقررات قراردادی را بر قانونگذاری دولت حاکم که منافع او را تأمین می‌کند ترجیح دهند. از طرف دیگر قانون داخلی در معرض تغییر با اراده یکجانبه دولت طرف قرارداد است و هر زمان ممکن است تعهدات طرف خارجی را سنگین‌تر و یا با تصویب قانون جدید اقدام به فسخ یکجانبه قرارداد نماید. به این دلیل با شرط تثبیت و با شرط رجوع به داوری و قبول حاکمیت حقوق بین‌الملل قرارداد دولت شکل مخصوص می‌گیرد و به اهداف تئورسین‌های آن پاسخ می‌گوید. به این صورت در قرارداد دولت دادگاه صالح دادگاه داوری و حقوق حاکم حقوق بین‌الملل و شرایط قرارداد تثبیت شده و قابل تغییر با اراده یکجانبه دولت نیست. در رویه داوری هم همین اصول به کار گرفته و تثبیت شده است. به عنوان مثال در داوری آرامکو دادگاه داوری استدلال می‌کند که به این دلیل که یکی از طرفین اختلاف دولت است داوری تابع حقوق بین‌الملل است. به همین ترتیب در رأی داوری تکراکو نیز آمده است که: *appropriate for the tribunal to declare that this arbitration is It is international governed by law* (J.D.I, ۱۹۷۷, ص ۳۵۰). این شرایط ضمن عقد مخصوص قرارداد دولت نیست و ممکن است تعدادی از این شرایط در قراردادهای دیگری هم که دولت منعقد می‌نماید وجود داشته باشد. در قراردادهای تجاری معمولی مانند قرارداد فروش کالا به دولت شرط رجوع به داوری وجود دارد ولی شرط تثبیت قرارداد و تعیین قانون حاکم بر قرارداد از ویژگی‌های قرارداد دولت و مخصوصاً شرط تثبیت منحصرأ مربوط به این نوع قرارداد است و در هیچ نوع قرارداد دیگری دیده

نمی‌شود. (Leben, ۲۰۰۳, ص ۶۳۲)

### ب - اعمال حق حاکمیت

به موجب قطعنامه‌های سال ۱۹۶۲ و ۱۹۶۶ سازمان ملل متحد حق حاکمیت دائمی مردمان و ملت‌ها بر منابع و ثروت طبیعی خود به نفع رشد ملی و بهبود حال مردم به رسمیت شناخته شده و عملیات اکتشاف و تولید و فروش منابع طبیعی و استفاده از سرمایه خارجی برای این منظور از هر جهت تابع قواعد و شرایط قرار گرفته است که هر ملت نسبت به لزوم و یا مطلوب بودن آنها آزادانه اتخاذ تصمیم می‌نماید. (موحد، ۱۳۴۹، ص ۱۳۷)

با تصویب این قطعنامه‌ها دولت‌های صاحب ثروت زیرزمینی مخصوصاً تولیدکنندگان نفت که از مدت‌ها قبل به تقلید از ایران اقدام به تأسیس شرکت ملی نفت کرده بودند بسیاری از منابع غنی ثروت خود را ملی اعلام نمودند. منابع غیرنفتی هم در همین کشورها و در کشورهای دیگر گاهی مانند منابع نفتی ملی اعلام شده است. از این به بعد قرارداد دولت که برای وام و استقراض تعبیه شده بود کاربرد مناسبی در سرمایه‌گذاری خارجی و قراردادهای منابع ملی شده نفتی و غیرنفتی پیدا نمود. از این به بعد داور بین‌المللی به ملی کردن منابع زیرزمینی ایرادی ندارد بلکه سعی بر کنترل مشروعیت آن و اثرات آن در روابط قراردادی و ارائه راه‌حل حمایت از سرمایه‌گذاری علیه اقدامات دولت سرمایه‌پذیر می‌نماید. نمونه بارز این رفتار در رأی داوری AMCO مشهود است. (Year book, ۱۹۹۱، ص ۲۸) در این رأی داور اعلام می‌کند که: ملی و مصادره نمودن اموال و حقوق قراردادی که قبلاً توسط خود دولت تضمین شده است، حتی در مواردی که مربوط به اتباع بیگانه است، حق مسلم دولت حاکم و منطبق بر حقوق ملی و بین‌المللی است. این قاعده با عبارات مختلف در آرای متعدد داوری بین‌المللی در موضوعات مختلف دیده می‌شود. به عنوان نمونه در داوری خاص Texaco Calasiatic به تاریخ ۱۹ ژانویه ۱۹۷۷ به طرفیت دولت لیبی همین اصل به زبان فرانسه اعلام شده است. (J.D.I, ۱۹۷۷، ص ۲۸)

دولت جمهوری اسلامی ایران پس از پیروزی انقلاب بسیاری از منابع و ثروت‌ها را ملی نموده است که قانون ملی شدن بانک‌ها مصوب خرداد ماه ۱۳۵۸ (روزنامه رسمی شماره ۱۰۰۱۲ مورخ ۱۳۵۸/۴/۱۷) و لایحه قانونی ملی شدن مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری

مصوب آبان ماه ۱۳۵۸ از آن جمله‌اند. (روزنامه رسمی ۱۰۱۸۵ مورخ ۱۳۵۸/۱۱/۲۰) ملی شدن این منابع در مواردی که بخشی از سرمایه آن متعلق به اتباع دولت آمریکا بوده است مورد اعتراض و رسیدگی و صدور رأی در دیوان داوران ایران - ایالات متحده قرار گرفته است. (افتخار جهرمی، ۱۳۷۲، ص ۱) در مواردی که سلب مالکیت بر اساس ضوابط ملی نمودن صورت گرفته است مورد ایراد دیوان قرار نگرفته است.

### قسمت دوم - خالی کردن محتوای حقوقی حق حاکمیت

به منظور تعدیل قدرت حاکمه دولت در قرارداد دولت به نفع شرکت خارجی شروطی گنجانیده می‌شود که هدف آن تأمین منافع شرکت در مقابل تغییراتی است که دولت می‌تواند با اتخاذ تصمیم خاص یکجانبه و یا تصمیم کلی و عمومی در قالب قانونگذاری برطرف قرارداد خود تحمیل کند. لذا با درج شرایطی در قرارداد محتوای حقوقی حق حاکمیت را خالی می‌نمایند. شایسته است که انواع شروط قرارداد مندرج در قراردادهای دولت و اعتبار آن را جداگانه مطالعه نماییم.

### مبحث اول - انواع شروط

چهار شرط عمده در قرارداد دولت گنجانده می‌شود که عبارتند از: شرط تثبیت Clause de stabilisation و شرط عدم تغییر Clause d'intangibilité شرط داوران Clause compromissoire و شرط حقوق قابل اعمال Clause de Droit applicable که محتوای حقوقی حق حاکمیت دولت را خالی می‌کند.

### الف - شرط تثبیت

در شرط تثبیت دولت از قدرت قانونگذار خود انصراف نمی‌جوید فقط التزام به این دارد که قانون یا مقررات جدیدی را بر قراردادی که با شرکت خارجی منعقد نموده است به مورد اجرا نگذارد و یا از قوانین موجود به نحوی استفاده نکند که طرف خارجی متضرر گردد و یا به قرارداد



لطمه‌ای وارد آید. (Kamto, ۲۰۰۳, ص ۷۴۴)

در اینگونه قراردادها دولت با استفاده از اختیارات قانونگذاری می‌تواند قرارداد اصلی را فسخ یا محتوای آن را تغییر دهد. یا اینکه همان طوری که قبلاً اشاره شد دولت می‌تواند با تغییر قوانین جانبی مانند قوانین ارزی یا گمرکی یا قانون کار بر شرایط انجام کار اثر گذارد.

یکی از مواردی که شرکت خارجی نگران آن است و با شرط تثبیت قرارداد رفع نگرانی می‌شود ملی کردن، ضبط و مصادره اموال شرکت خارجی است. قبلاً اشاره شد که به موجب قطعنامه‌های سال‌های ۱۹۶۲ و ۱۹۶۶ حق طبیعی دولت‌ها بر منابع زیر زمینی آنها به رسمیت شناخته شده است. (موحد، ۱۳۴۹، ص ۱۳۹) از این سنوات به بعد در اغلب کشورهای جهان سوم قوانینی در خصوص ملی کردن اینگونه منابع به تصویب رسیده و به مورد اجرا گذاشته شده است. شرط تثبیت قرارداد در واقع عکس‌العمل مآل‌اندیشانه شرکت خارجی در مقابل ملی نمودن منابع موضوع قرارداد است. همان طوری که گفته شد در جمهوری اسلامی ایران به دنبال پیروزی انقلاب اسلامی مصادیق متعدد ملی کردن منابع و سلب مالکیت از اتباع بیگانه و نقض شرط تثبیت قرارداد و عکس‌العمل شرکت خارجی قابل ذکر است. به عنوان مثال به شرط تثبیت مندرج در قراردادی که بین شرکت ملی پتروشیمی ایران و شرکت سوئسی آموکواینترنشنال که در سال ۱۳۴۵ برای احداث یک کارخانه پتروشیمی در جزیره خارک برای تبدیل گاز حاصل از استخراج نفت در خلیج فارس به مواد پتروشیمی منعقد شده بود، می‌توان استناد نمود. این قرارداد به حکم کمیسیون خاص که در اجرای (لایحه قانونی راجع به تشکیل کمیسیون خاص در مورد قراردادهای نفتی) در سال ۱۳۵۸ تشکیل شده بود، لغو شد. در این قرارداد شرط تثبیت به این عبارت درج شده بود که: (طرف ایرانی هیچ اقدام یک جانبه‌ای جهت لغو، اصلاح یا تغییر مفاد قرارداد بدون موافقت طرف مقابل انجام نخواهد داد). به دنبال لغو قرارداد شرکت آمریکایی آموکو که صاحب سهام شرکت سوئسی بود علیه دولت ایران در دیوان داوران ایران - ایالات متحده آمریکا اقامه دعوی کرد. یکی از ایرادات طرف آمریکایی لغو قرارداد و شرط تثبیت در آن بوده است که در پرونده معروف به خمکو در شعبه سوم دیوان داوران ایران - ایالات متحده آمریکا مورد رسیدگی و صدور رأی قرار گرفته است. در این رأی چون به نظر دیوان داوران دولت

ایران طرف قرارداد نبوده و شرکت پتروشیمی قرارداد را امضاء نموده است استناد به شرط تثبیت برای طرف آمریکایی منفعتی به بار نیاورده است. (افتخار جهرمی، ۱۳۷۲، ص ۵۹)

### ب - شرط عدم تغییر

در شرط عدم تغییر قضیه به گونه خیلی متفاوتی مطرح نمی‌شود و شاید شرط تثبیت و شرط عدم تغییر کلمات مترادفی باشند که در قراردادهای متفاوت به کار گرفته شده‌اند. ولی گاهی هر دو شرط در یک قرارداد دیده می‌شوند و باید سعی در فهم اختلاف آنها نمود. در این گونه قراردادهای در شرط تثبیت بیشتر به لغو قرارداد و از بین بردن کلیه امتیازات شرکت خارجی و در شرط عدم تغییر بیشتر به تغییر داده‌های اقتصادی قرارداد در خصوص تغییر قوانین مالیاتی و عوارض و حقوق گمرکی و سهم بیمه شرکت خارجی تکیه می‌شود. در این مورد دولت متعهد به عدم تغییر یکجانبه قرارداد با استفاده از ارجحیت‌های قدرت عمومی خواه از طریق قوه مقننه خواه از طریق قوه مجریه که حقوق ملی خودش به او اعطا کرده است می‌شود. در بعضی از قراردادهای صریحاً شرط می‌شود که قوانین و مقررات و یا هر مصوبه با دامنه شمول عمومی که توسط قدرت حاکمه اتخاذ شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم مقررات قرارداد را تغییر دهد و یا مانع اجرای قرارداد شود موجب پرداخت خسارت به طرف قرارداد است. ولی در موارد دیگر شرط می‌شود که تصویب قوانین و مقررات و مصوبه‌هایی که تغییری در شرایط خود قرارداد به وجود نمی‌آورد و فقط شرایط اجرای آن را مشکل و یا گران‌تر می‌نماید موجبی برای مطالبه خسارت نخواهد بود. مورد دیگری که در بعضی از قراردادهای دیده می‌شود مربوط به مصوبه‌های خاصی است که بر مقررات قرارداد اثر می‌گذارد و یا اینکه اجرای آن را مشکل‌تر یا گران‌تر می‌نماید که برخلاف جهت شرط قبلی موجب پرداخت غرامت است. ولی مواردی وجود دارد که به علت وابستگی اقتصاد ملی به عوامل خارجی و اقتصاد جهانی دولت ناچار از تصویب مقرراتی است که ممکن است بر قرارداد اثر گذارد. در این صورت غرامتی پرداخت نخواهد شد. در واقع شرط تثبیت و شرط عدم تغییر با شرایط دیگر قرارداد مانند فورس ماژور و حادثه غیرمترقبه هماهنگی پیدا می‌کند. گاهی ترکیبی از این شروط در قراردادهای دولت گنجانیده

می‌شود: مقررات قراردادی حاضر فقط با رضایت طرفین می‌تواند نقض و یا تغییر یابد و هیچ نوع مقررات قانونگذاری که مخالف این مقررات باشد قابل اعمال نخواهد بود.

انواع مختلف شروط تثبیت و شروط عدم تغییر در قراردادهای مختلف دیده می‌شود. ولی در مجموع محتوای همه این شرایط حاکی از این است که تا انقضاء مدت معین (بیست سال) استخراج (معدن)، دولت ثبات رژیم مالیاتی و گمرکی و ارزی و کار... که به موجب قرارداد و مقررات قانونگذاری قابل اعمال در تاریخ انعقاد قرارداد حاکم است تضمین می‌شود.

در سی سال گذشته درج این گونه شروط در قراردادهای نفتی معمول و اهمیت خاصی را حائز بوده است. در این نوع قراردادها شرط تثبیت به مفهوم وسیع آن به کار گرفته شده است و عبارت بوده است از ممنوعیت تغییر هر نوع مقررات مندرج در قراردادهایی که بین یک دولت یا شرکت ملی از یک طرف و شخصی که تابعیت آن دولت یا آن شرکت ملی را ندارد از طرف دیگر امضاء می‌شده است و به موجب آن طرف دولتی التزام به عدم تغییر یکجانبه قرارداد و یا مقرراتی که بر آن قابل اعمال بوده است می‌شود.

### ج - شرط رجوع به داوری

شرط رجوع به داوری در معاهدات بین‌المللی که بین دو یا چند دولت به امضاء می‌رسد گنج‌انیده می‌شود. به موجب این شرط حل اختلافات ناشی از تفسیر و یا اجرای معاهده به داوری ارجاع داده می‌شود. در حقوق خصوصی طرفین اختلاف حق دارند اختلافات ناشی از اجراء یا تفسیر قرارداد فی مابین را در حدی که مخالف قانون نباشد به داوری ارجاع دهند (ماده ۴۵۴ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های رجوع به داوری در همین قانون ذکر شده است.

در اینگونه موارد طرفین برابری کامل داشته‌اند. در مورد اول طرفین معاهده بین‌المللی دولت‌های حاکم و در مورد دوم اشخاص خصوصی حقوق داخلی و در هر دو مورد توافق طرفین برای رجوع به داوری ضروری بوده است.

در قرارداد دولت وضعیت حقوقی طرفین مشابه یکدیگر نیست. یکی از طرفین دولت با حق

حاکمیت و طرف دیگر شخص خصوصی حقوق خصوصی تابع قوانین داخلی. به این ترتیب تعارضی برای تعیین مرجع رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد دولت به وجود آمده است. نفع طرف دولتی ایجاب می‌کرده است که اختلاف در نظم حقوقی داخلی رسیدگی و حل شود و نفع طرف خارجی در این بوده است که اختلاف در مرجعی غیر از مرجع تعیین کننده نظم داخلی دولت طرف قرارداد مطرح و حل شود. در این مورد منطق حقوق پیروز شده است و با توجه به قرباتی که بین دادگاه داخلی و دولت حاکم وجود داشته است حل اختلاف را در جهت حفظ منافع طرف خارجی به داوری ارجاع داده‌اند. (Fouchard, ۱۹۸۴، ص ۳۳۷)

اخیراً با Arbitration without privity (Giardina, ۲۰۰۳، ص ۶۶۱) پا فراتر گذاشته شده است و بدون رضایت دولت و درج شرط در قرارداد به طرف خصوصی خارجی اجازه داده شده است تا برای حل اختلاف به داور مراجعه نماید. این نوع داوری بر مبنای ایجاب و قبول بنا نهاده شده است. ایجاب طرف دولتی قرارداد دولت را از قانون داخلی خود، از معاهده دوجانبه بین دولت طرف قرارداد و دولتی که شرکت خارجی تابعیت آن را دارد و یا معاهده چندجانبه‌ای که طرف دولتی امضاء کرده و شرط رجوع به داوری در آنها درج شده است استنتاج می‌کنند. در قرارداد سرمایه‌گذاری که بین دولت حاکم و شرکت خصوصی خارجی منعقد می‌شود اعم از اینکه شرط رجوع به داوری قید شده یا نشده باشد در صورت بروز اختلاف حل آن با مرکز بین‌المللی حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خواهد بود. در این نوع قراردادها به اعتبار نظم اقتصادی بین‌المللی در واقع انعقاد قرارداد و حل اختلاف ناشی از آن و سایر جنبه‌های قراردادی به صورت مجموعه منسجم و لاینفک در هم ادغام شده‌اند و تبدیل به نوعی قرارداد الحاقی برای متعاقدین شده است. به عنوان مثال در دعوی پیرامید چون دولت مصر در قانون سال ۱۹۷۴ مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی رجوع به داوری را پذیرفته است با قبول داوری و درخواست داوری از طرف سرمایه‌گذار، مرکز بین‌المللی حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خود را صالح برای داوری و رسیدگی و صدور رأی دانسته است. (I.C.C 3849). به همین صورت سریلانکا درخواست داوری از همان مرکز بین‌المللی حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی نموده است و این مرکز صلاحیت خود را احراز و اقدام به صدور رأی

نموده است. بالاخره با استناد به معاهدات چندجانبه مانند معاهده مرکز بین‌المللی سرمایه‌گذاری یا معاهده دیگری از این نوع می‌توان دادگاه صالح دولت طرف قرارداد را کنار گذاشت و دولت را به میز محکمه، داوری کشانید. جالب‌تر از همه استناد به شرط مندرج در قراردادی غیر از قرارداد منعقد بین طرفین است که دولت با شرکت خارجی دیگری منعقد نموده است. به عنوان مثال در دعوی (Giardin) Maffezini، ۲۰۰۳، ص ۶۶۳) پادشاهی اسپانیا شرکت خارجی با استناد به شرط کشور کامله الوداد در مرکز داوری حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری اقامه دعوی نموده و مرکز داوری صلاحیت خود را برای رسیدگی احراز نموده است. حتی با تکیه بر موضوع (ratione materiae) سرمایه‌گذاری شرکت Salini علیه پادشاهی مراکش طرح دعوی نموده است و مرکز صلاحیت خود را احراز و اقدام به صدور رأی نموده است. (Giardin، ۲۰۰۳، ص ۶۶۳) در ماده ۲۶ معاهده مربوط به انرژی‌های روش‌های حل اختلاف پیش‌بینی و به سرمایه‌گذار اجازه انتخاب داده شده است. یکی از این روش‌ها مراجعه به روشی است که مورد توافق قرار گرفته است ولی روش دیگر روش داوری است که در خود ماده ۲۶ تنظیم گردیده است. (Poirat، ۱۹۹۸، ص ۴۵) به این ترتیب بخشی از حاکمیت دولت بر قرارداد دولت در این مورد نیز از محتوای حقوقی خالی می‌شود.

#### د - حقوق قابل اعمال

مکرر دیده می‌شود که حقوق تثبیت شده دولت طرف قرارداد به عنوان حقوق قابل اعمال تعیین گردد. تعیین حقوق تثبیت شده دولت طرف قرارداد طرفین را راضی می‌نماید. طرف دولتی که با افکار عمومی داخلی مواجه است تعیین حقوق ملی را موافق با احساسات ناسیونالیستی و افتخارآفرین می‌دیده است. شخص خارجی طرف قرارداد در حقوق تثبیت شده دولت طرف قرارداد امتیاز تضمین شرایط موجود در زمان انعقاد قرارداد را برای تمام مدت قرارداد داشته است. به این ترتیب با قبول اعمال حقوق تثبیت شده دولت طرف قرارداد، قرارداد در عین اینکه در نظم حقوقی دولت حاکم باقی می‌ماند با درج شرط تثبیت از حاکمیت آن خارج می‌شود. زیرا قراردادی که به علت وجود شرط تثبیت، دولت توان تغییر یا فسخ آن نداشته

باشد در نظم حقوقی دولت جای ندارد. در این صورت این سؤال مطرح شده است که قرارداد دولت در کدام نظم حقوقی جای می‌گیرد؟ آیا باید مانند بعضی از حقوقدانان قرارداد دولت را قرارداد بدون نظم حقوقی دانست، یا با گروه دیگر هم عقیده شد که با خارج شدن قرارداد از نظم حقوقی داخلی، قرارداد وارد نظم حقوق بین‌الملل می‌گردد؟

در عمل تعداد اندکی از قراردادهای دولت صریحاً حقوق بین‌الملل را به عنوان حقوق قابل اعمال بر قرارداد برگزیده‌اند و اغلب حقوق بین‌الملل را بعد از حقوق داخلی به عنوان مکمل آن انتخاب کرده‌اند. به عنوان مثال در توافق نفتی منعقد شده بین دولت نپال و شرکت شل در سال ۱۹۸۶ مقرر شده است که: *This Agreement shall be interpreted according the law of Nepal and such principles of International Law as may be applicable* در چنین شرطی در قرارداد و قبول حقوق بین‌الملل به عنوان حقوق قابل اعمال بر قرارداد مانع از هرگونه تغییری در قرارداد با اراده یکجانبه دولت حاکم است و هرگونه تغییر به استناد *Pacta sunt servanda* توسط داور مردود اعلام خواهد شد. این موضعی است که در نیمه اول قرن بیستم بر روابط قراردادی بین‌المللی حاکمیت داشته است. دولت سوئیس در سال ۱۹۳۶ در دعوی *Losinger* در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و دولت بریتانیا در دعوی شرکت ملی نفت ایران در دیوان دادگستری بین‌المللی سال ۱۹۵۲ همین استدلال را ارائه داده‌اند. ولی از این پس قدرت الزام‌آور قراردادها در روابط بین‌المللی رو به تضعیف گذاشته است و قبول کرده‌اند که نقض یکجانبه قرارداد دولت توسط طرف دولتی فی نفسه تقصیر و موجب مسئولیت قراردادی نمی‌شود تا جایی که در رأی داوری *AMCO* داور اعلام می‌کند که: ملی و مصادره کردن حق مسلم دولت حاکم است حتی اگر خود دولت قبلاً آن را تضمین نموده باشد. دیدیم که در شرایط کنونی در آن قسمت از حقوق قابل اعمال که مربوط به رجوع به داوری می‌شود علی‌رغم اراده دولت حاکم برای طرف قرارداد بعد از پذیرفتن دادگاه دولتی به عنوان مرجع حل اختلاف با توسل به تئوری (داوری یکجانبه) امکان خروج از حاکمیت دادگاه‌های دولت حاکم با احترام به حق حاکمیت دولت بر منابع طبیعی و ملی نمودن آنها و رجوع به داوری اعمال قواعدی غیر آنچه که در قرارداد طرفین پیش‌بینی شده است وجود دارد. (*Paupsson*, ۱۹۹۶، ص ۴۲۸)

## مبحث دوم - اعتبار شروط

در قرارداد دولت گاهی شرط تثبیت و عدم تغییر و حقوق قابل اعمال و داوری به طور کامل و با تفسیر و بدون ابهام صریحاً درج می‌شود و گاهی با وجود عدم درج آن در قرارداد از اسناد خارج از قرارداد وجود آن استنتاج می‌شود. در قراردادهای نفتی درج شرط تثبیت که سابقه و قدمت بیشتری از سایر شروط دارد به قدری معمول بوده است که در مواردی هم که چنین شرطی صریحاً در قرارداد پیش‌بینی نمی‌شده وجود آن از معاهدات بین‌المللی استنتاج می‌شده است. همان‌طوری که ذکر شد در قرارداد مشارکت بین شرکت ملی پتروشیمی ایران و شرکت سوئسی آموکوایترونشال سال ۱۳۴۵ شرط تثبیت در قرارداد درج شده بود. ولی علاوه بر آن در سال ۱۳۳۴ (عهدنامه مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی بین ایران و دول متحده آمریکا) در مرداد ماه ۱۳۳۴ امضاء و قانون مربوط به آن در سال ۱۳۳۶ به تصویب مجلسین رسید. در بند ۲ ماده ۴ این عهدنامه نوعی شرط تثبیت گنجانیده شده است که حاکم بر کلیه قراردادهایی است که بین دولت‌های طرف معاهده و اتباع آنها منعقد شده باشد.

بنابراین اعتبار شروط تثبیت و عدم تغییر در دو حالت متفاوت قابل مطالعه است. مورد اول موردی است که شرط در قرارداد درج شده باشد و مورد بعدی موردی است که شرط در قرارداد درج نشده باشد. (David, ۱۹۸۶، ص ۸۲)

## الف - درج شرط در قرارداد

در دعوی ناشی از قرارداد ۱۳۴۵ که در شعبه سوم دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا مورد رسیدگی قرار گرفته است دیوان نظر به این داده است که شرط تثبیت دولت جمهوری اسلامی ایران را متعهد نمی‌کند ولی علت آن عدم اعتبار شرط نبوده بلکه دیوان به این علت دولت را مأخوذ ندانسته است که طرف قرارداد شرکت پتروشیمی بوده است و در انعقاد و امضاء قرارداد دولت نقشی نداشته است و پس از امضاء هم آن را تأیید نکرده است. و اگر نه اصولاً در حقوق بین‌الملل درج شرط تثبیت مخالف حق حاکمیت دولت تلقی نمی‌شود. (Weli, ۱۹۷۴،

ص ۳۰۱

به طور کلی در صورتی که شرط تثبیت در قرارداد درج شده باشد اعتبار آن بستگی به حقوق قابل اعمال بر قرارداد پیدا می‌کند. اگر حقوق قابل اعمال حقوق بین‌الملل یا اصول کلی حقوق باشد (در شرایط کنونی چنین گرایشی وجود دارد) به موجب قاعده آزادی انعقاد قراردادها و اصل حاکمیت اراده در اعتبار شروط تثبیت و عدم تغییر تردیدی وجود نخواهد داشت. در بعضی از آراء دآوری بین‌المللی به این استدلال اراده و آزادی انعقاد قراردادها احترام گذاشته شده است و مورد استناد قرار گرفته است و آن را مخالف حاکمیت دولت ندانسته‌اند. در رأی آرامکو داوران اعلام داشته‌اند که: هیچ مانعی وجود ندارد که دولت در اعمال حاکمیت خود به طور الزام‌آوری متعهد به شروطی شود که به موجب آن به صاحب امتیاز حقوق غیر قابل فسخی اعطا نماید. در آرای دآوری لیاکو داور موضع مشابهی گرفته است به این عبارت که: شروط فوق‌الذکر قسمتی از شروطی است که شرط تثبیت و عدم تغییر نامیده می‌شود و التزام به آن در حقوق بین‌المللی به رسمیت شناخته است. (Rev.arb. ۱۹۸۰، ص ۱۳۶)

ممکن است حقوق قابل اعمال بر قرارداد حقوق ملی باشد و در قوانین داخلی تصریح به شرط تثبیت قرارداد شده باشد که در این صورت تردیدی در اعتبار شرط وجود ندارد. به عنوان مثال در قانون نفت ایران شرط تثبیت مورد قبول واقع شده است. (روزنامه رسمی، ۱۳۳۶) در قانون مربوط به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی (روزنامه رسمی شماره ۳۱۸۷ مورخ ۱۳۳۴/۹/۲۲) به همین ترتیب عمل شده است. بنابراین در صورت انعقاد قرارداد و قبول حاکمیت حقوق ایران شرط تثبیت مندرج در قوانین اعتبار خواهد داشت و دولت را متعهد خواهد نمود.

### ب - عدم درج شرط در قرارداد

در موردی که شرط در قرارداد درج نشده باشد فرض بر این است که دولت در سندی جداگانه و خارج از قرارداد پذیرفته است که قرارداد تثبیت شود. به عنوان مثال شرکت خارجی با دولت ایران قرارداد نفتی بعد از ۱۳۳۷ امضاء می‌نماید با وجود قانون نفت و درج شرط تثبیت در آن دولت نخواهد توانست بدون پرداخت خسارت به داده‌های قرارداد نفتی بی‌توجهی نماید و یا با



وجود قانون مربوط به جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی دولت نخواهد توانست حمایت خود را از سرمایه‌گذار خارجی دریغ دارد. مگر اینکه قانون دیگری با ارزش برتر با قانونی که اجازه پذیرش شرط تثبیت در قرارداد را می‌دهد تعارض داشته باشد. زیرا طرف خارجی به هنگام انعقاد قرارداد وضعیت قانونگذاری روز امضاء قرارداد را مدنظر داشته است و با توجه به قوانین موجود قرارداد را امضاء نموده است. ولی عدم قید شرط در قرارداد با دو ایراد مواجه است. ایراد اول ارزش سند مورد استناد است. ممکن است به موجب معاهده‌ای دولت متعهد به دادن تضمین ثبات به بعضی از قراردادها شده باشد. به عنوان مثال عهدنامه مودتی که بین ایران و اغلب کشورهای خارجی در سال‌های ۱۳۳۴ به دنبال تصویب قانون مربوط به جلب و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی به امضاء رسیده است در بخش مربوط به مسائل اقتصادی تلویحاً دارای شرط تثبیت و عدم تغییر است. در این صورت به حقوق شرکت خارجی ارجحیت خاص داده شده و قبول شرط تثبیت مشکل به نظر نمی‌رسد جز اینکه تحت تأثیر قانون حاکم بر قرارداد قرار خواهد گرفت. در این خصوص اولین فرض بر این است که قرارداد تحت حاکمیت حقوق دولت قرار دارد و بنابراین مشکلی به وجود نخواهد آمد زیرا دولتی که شرط تثبیت را پذیرفته است عواقب آن را خواهد پذیرفت. ولی فرض دوم این است که قانون حاکم بر قرارداد و شرط تثبیت قرارداد تابع حقوق دیگری قرار داشته باشد. در این صورت طبق قاعده کلی ارزیابی شرط تثبیت قرارداد و سندی که به استناد آن ادعای وجود شرط تثبیت می‌گردد با توجه به قانون حاکم باید مورد بررسی و قضاوت داور قرار گیرد. در دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا به بند ۲ ماده ۴ عهدنامه مودت ۱۳۴۴ چندین مرتبه به عنوان قانون خاص استناد شده است و در بعضی از موارد مانند پرونده INA مربوط به ملی شدن صنعت بیمه مورد قبول هیأت داوری قرار گرفته است. (افتخار جهرمی، ۱۳۷۲، ص ۴۵)

### ج - صلاحیت امضاءکننده شرط

اعتبار شرط کافی نیست بلکه باید توسط شخصی قبول و امضاء شده باشد که صلاحیت متعهد کردن دولت را داشته باشد. دیدیم که شعبه سوم دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات

متحده شرط تثبیت را به این علت که دولت قرارداد پتروشیمی ۱۳۴۵ را امضاء نکرده است معتبر ندانست. بنابراین در موردی که شرط تثبیت در قرارداد درج شده است برحسب اینکه قرارداد را دولت امضاء کرده باشد یا شرکت دولتی وابسته به دولت، با دو وضعیت متفاوت مواجه هستیم. اگر قرارداد را خود دولت امضاء کرده باشد مشکلی به وجود نمی‌آید. شرط تثبیت یا عدم تغییر بخشی از شروط ضمن عقد است و دولت متعهد به آن است. موردی که چندین مرتبه در قراردادهای دولت ایران با شرکت خارجی ایجاد مشکل نموده است وضعیتی است که شرکت ملی قرارداد را با سرمایه‌گذار خارجی امضاء نموده است.

در اختلاف سازمان انرژی اتمی ایران و شرکت فرانسوی فراماتم قرارداد توسط رئیس سازمان انرژی اتمی امضاء و سپس به تصویب دولت رسیده است. در پی بروز اختلاف و ارجاع امر به داور، طرف ایرانی مدعی شده است که چون دولت قرارداد را امضاء نکرده است و طرف قرارداد واقع نشده است شرط تثبیت مندرج در آن دولت را متعهد نمی‌کند. ولی هیأت داور این استدلال را نمی‌پذیرد و اظهار می‌دارد که بعد از تأیید و قبول قرارداد توسط دولت اعتراض به اعتبار آن نقض صریح اصل اجرای با حسن نیت قراردادها است. (Opptit، ۱۹۸۴، ص ۱۱۱)

وضعیت قرارداد شرکت ملی پتروشیمی ایران در پرونده خمکو با قرارداد سازمان انرژی اتمی در پرونده فراماتم از این لحاظ متفاوت است که در اولی دولت ایران امضاء شرکت ملی پتروشیمی را تأیید نموده است و در دومی دولت ایران امضاء رئیس سازمان انرژی اتمی را تأیید نموده است در نتیجه به نظر داوران در حالت اول دولت طرف قرارداد واقع نشده و نسبت به شرط تثبیت مندرج در قرارداد متعهد نیست و حال آنکه در دومی دولت با تأیید قرارداد طرف قرارداد تلقی می‌شود و نسبت به شروط قرارداد از جمله شرط تثبیت متعهد بوده و نمی‌تواند بدون جبران خسارت وارده قرارداد را نقض نماید.

در بعضی از موارد به شرکت ملی نوعی نمایندگی فنی برای ارزیابی و انعقاد قرارداد از طرف دولت داده می‌شود و همین نمایندگی فنی کافی برای انعقاد قرارداد و متعهد دانستن دولت است. در موارد دیگر شرکت ملی اگرچه از نظر حقوقی شخصیت مستقل دارد ولی اداره آن جزئی از مدیریت دولتی است و مدیر آن مدیر دولتی و نماینده دولت است در این صورت نیز صلاحیت

شرکت برای امضاء قرارداد دولت محرز خواهد بود. (David, ۱۹۸۶, ص ۱۰۵)

اهمیت درج شرط رجوع به داوری و قانون قابل اعمال به اندازه شرط تثبیت و عدم تغییر نیست. زیرا شرط تثبیت و عدم تغییر بر اعمال قوانین دولت حاکم و دامنه شمول آن اثر می‌گذارد و آثار آنها الزاماً از لحظه امضاء قرارداد ظاهر می‌شود و حال آنکه آثار شرط رجوع به داوری یا قانون قابل اعمال ممکن است ظاهر نشود به این دلیل ساده که اختلافی به وجود نیاید و اگر هم اختلافی به وجود آید اعمال این یا آن قانون توسط این یا آن دادگاه خیلی فاجعه‌آفرین نیست.

تحت هر شرایطی درج شروط ضمن عقد مانع تغییر و تحول قرارداد نخواهد شد و دولت در صورت ضرورت حق حاکمیت خود را اعمال خواهد کرد. ولی در مورد ضمانت اجرای آن می‌شود بین وجود و عدم دو شرط قائل به تفکیک شد و بر این عقیده بود که نقض شرط تثبیت از طرف دولت موجب تشدید غرامت خواهد شد.

به این ترتیب در قراردادهای دولت با درج شرط تثبیت، شرط عدم تغییر، رجوع به داوری، قانون قابل اعمال اهداف شرکت خصوصی خارجی تأمین و دولت متعاقد با تبعیت از حقوق بین‌الملل اقتدار خود را بر قرارداد از دست داده است. به موجب شرط تثبیت دولت از هر نوع تغییر یکجانبه قرارداد اصلی در زمان آینده محروم می‌شود و به این ترتیب قرارداد در زمان انعقاد خود منجمد و تصویب قوانین بعدی بر آن بی‌اثر می‌شود. فرق شرط تثبیت و عدم تغییر در دامنه شمول قوانینی است که تصویب آن بر قرارداد اثر می‌گذارد. با قید شرط رجوع به داوری عدم دخالت محاکم داخلی دولت طرف قرارداد تضمین می‌شود و با تعیین قانون قابل اعمال حقوق دیگری برای تشخیص حق در موارد اختلاف ملاک عمل قرار می‌گیرد. به این طریق چهار شرط به حمایت یکجانبه از طرف خارجی می‌پردازد و دولت را از اعمال حق حاکمیت و اقتدار عمومی خود بر قرارداد محروم می‌کند.

درج این نوع شروط در قراردادهای دولت مورد انتقاد شدید قرار گرفته است. اگر قدرت الزام‌آور قراردادها به عنوان احترام به آزادی انعقاد آنها مورد ملاحظه قرار می‌گیرد، منافع عالی دولت را قربانی تثبیت و عدم تغییر قرارداد نمی‌توان کرد.

## فصل دوم - تعهدات طرفین

در این فصل ابتدا تعهدات دولت و سپس تعهدات شخص خصوصی خارجی را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

### قسمت اول - تعهدات دولت

#### الف - التزام به همکاری

شرکت خارجی پس از انعقاد قرارداد باید وارد سرزمینی شود که از نظر جغرافیایی، اقتصادی فرهنگی و اجتماعی، نظامی و سیاسی و ارتباط با مردم و رعایت اخلاق حسنه و نظم عمومی و رسوم محلی بیگانه است و تنها کسی که بر همه این مسائل اشراف و آگاهی دارد و می‌تواند شرکت خارجی را یاری دهد طرف قرارداد او یعنی دولت است. به این لحاظ دولت التزام به کمک به شرکت خارجی برای ورود به محل و انطباق با اوضاع و احوال و استقرار سرمایه در سرزمین خود دارد. به این منظور برای ورود پرسنل و اعطای اجازه اقامت و در صورت ضروری اجازه کار و اعطای سایر مجوزها و تسهیلات ضروری برای انجام موضوع قرارداد مانند اجازه ورود ماشین آلات و سایر ادوات ضروری که طبق قرارداد می‌بایست توسط شرکت در خارج تهیه و وارد شود و در صورت نیاز اجازه بنای ساختمان جهت مدیریت کارگاه‌ها و اسکان پرسنل و موارد مشابه که لازمه انجام موضوع است از تعهدات دولت به حساب می‌آید. علاوه بر آن ارائه واژه‌های فنی و فرهنگ سازی و دادن اطلاعات ضروری برای تهیه طرح‌ها و آموزش پرسنل از وظایف دولت است. در قراردادهای مربوط به اکتشاف و استخراج معادن دولت متعهد به اعطای امتیاز و تحویل اراضی و همکاری در تعیین محورهای استخراج است. (Baptista, ۱۹۸۶، ص ۷۹) در حقوق خصوصی اصطلاح (اذن به شیء اذن به لوازم آن است) تمام این تعهدات جانبی را تحت پوشش خود قرار می‌دهد. ولی در قراردادهای دولت از بیم اعمال حق حاکمیت دولت شرکت خارجی ترجیح می‌دهد تعهدات جزئی ناشی از تعهد اصلی را نیز در قرارداد درج نماید. از طرف دیگر با توجه به نیاز دولت به سرمایه‌گذاری خارجی و تشویق سرمایه‌گذار

معمولاً نه تنها در اجرای تعهدات فرعی ناشی از تعهد اصلی مشکلی ایجاد نمی‌نماید بلکه رفتاری سخاوتمندانه در خصوص مهمان خارجی دارد و مزایای زیادی را به شرکت خارجی می‌دهد. حتی از دادن تأمین‌هایی برای ارجحیت دادن یا حداقل عدم تبعیض میان این شرکت و سایر شرکت‌های خارجی و داخلی امتناع نمی‌ورزد.

در قراردادهایی که موضوع آن ساخت کارخانه و یا تأسیسات مشابه آن است در صورت نیاز و ضرورت دولت باید پروانه ساختمانی ارائه و پس از اتمام کارخانه تأسیسات را تحویل گرفته و به کاراندازی موقت آن را به عهده گیرد. در این نوع قراردادها تصریح به این می‌شود که کمک اداری دولت خارجی در ایفاء تعهدات قراردادی مخصوصاً در مورد پرداخت‌ها و مهلت‌های تحویل است. به عبارت دیگر تصریح به این می‌شود که اینگونه تکالیف لازمه انجام موضوع قرارداد و اخلاقی و غیرمعموز است و در مقابل آن به شرکت خارجی وجهی تحمیل نخواهد شد.

علاوه بر اعطای تسهیلات شرط عدم تغییر قرارداد که قبلاً مورد بررسی قرار گرفت مربوط به تثبیت مقررات جانبی است که قرارداد دولت را محاط نموده است. لازم به توضیح است که شرکت خصوصی خارجی با ورود به شرکت سرمایه‌پذیر تابع قوانین آن بوده و باید کلیه مقررات حاکم را رعایت نماید. تغییر یا اصلاح بعضی از این قوانین اگرچه مربوط به محتوای قرارداد دولت نمی‌شود ولی بر قرارداد اثر می‌گذارد. در این گونه موارد شرکت خصوصی خارجی اصرار بر این دارد که به نحوی از شرط تثبیت استفاده نماید که تغییر این‌گونه مقررات تعادل قراردادی قرارداد دولت را نامتعادل ننماید. (Baptista, ۱۹۸۶, ص ۱۲۷)

### ب - پرداخت اجرت

در مقابل اجرای موضوع قرارداد یعنی ایفاء تعهدات قراردادی شرکت خارجی پرداخت اجرت بر عهده طرف دولتی قرار می‌گیرد. پرداخت اجرت شرکت می‌تواند اشکال مختلف به خود گیرد و با تضمین‌های متعددی که معمولاً در متن قرارداد پیش‌بینی می‌شود، مورد حمایت قرار گیرد. در بعضی از قراردادهای نفتی روش پرداخت اجرت شرکت خارجی (الف) و ضمانت

اجرای عدم پرداخت درج شده است. (ب)

### ۱- خصوصیات عمومی پرداخت

به دلیل طویل‌المدت بودن قراردادهای سرمایه‌گذاری و اهمیت منابعی که موضوع آن است اجرت شرکت خارجی به صورت پرداخت‌های جاری در طی مدت قرارداد انجام می‌شود. معمولاً دولت یا مؤسسه دولتی مبلغی تحت عنوان پیش پرداخت اجرت نقدی که در قرارداد پیش‌بینی شده است را پرداخت می‌نماید. در اغلب موارد پیش‌بینی می‌شود که مبلغ پیش‌پرداخت در صدی از تعهد اجرت انجام کار را تشکیل می‌دهد که باید به فاصله زمانی معین (سی روز) پس از قدرت اجرایی یافتن قرارداد پرداخت شود. در مورد پرداخت‌های بعدی طرفین جدول زمان‌بندی تنظیم می‌نمایند که دفعات پرداخت و مبلغ و شرایط آن را متناسب با پیشرفت پروژه تعیین می‌کند. در قراردادی که موضوع آن ساخت کارخانه تصفیه‌گاز طبیعی بوده است پیش‌بینی شده است که پرداخت طبق درصد معینی از قیمت با پیشرفت تدریجی در هجده ماه اولیه انجام خواهد شد. در بعضی قراردادهای دیگر پرداخت موکول به ظهور نتیجه قرارداد می‌شود و در آن به نرخ محصولات معین و روش احتساب قیمت و احتمالاً فرمول‌هایی برای تعدیل نرخ‌ها در مهلت‌های معین پیش‌بینی می‌شود.

در قراردادهای نفتی که اجرت قسمتی از تولید را تشکیل می‌دهد و اصطلاحاً (تقسیم تولید) نامیده می‌شود خصوصیات ویژه تحول‌یافته‌ای وجود دارد. حقوق نفت از اولین قرارداد که امتیاز نفت نامیده می‌شد تاکنون به طور قابل ملاحظه‌ای تکامل یافته است. این حق از حق امتیاز که حاکمیت بر زمین را به صاحب امتیاز واگذاری می‌کرده است به انعقاد توافق‌های همکاری بین شرکت خارجی با دولت در خصوص نحوه پرداخت تغییر شکل داده است. در آخرین وضعیت اجرت شرکت خارجی معمولاً به صورت حقی بر روی قسمتی از تولید محصول درمی‌آید. جالب توجه است که در رابطه با اجرت شرکت خارجی حقوق نفت در جهت عکس یک طلبکار تکامل یافته است و طلبکار را بدهکار و بدهکار را طلبکار نموده است. کشورهای تولیدکننده نفت در ابتدا برای خود حقی بر منافع محصولات تولیدی استخراج شده از منابع زیرزمینی که توسط شرکت خارجی به ارزش اقتصادی می‌رسد قائل می‌شدند. ولی وقتی که اصل حاکمیت

دائمی بر منافع طبیعی در نظم بین‌المللی مطرح شد و بعد از اینکه ملی کردن منابع طبیعی حق مسلم دولت‌ها شناخته شد، انتقال حق استخراج این منابع به شرکت خارجی طلب دولت از شرکت و بدهی شرکت به دولت تبدیل شد که می‌بایست با انتقال متقابل قسمتی از محصول تهاتر گردد.

از این پس با تمتع از امتیازات جدید به دلایل گوناگون از جمله عدم وجود ارزش خارجی و نیاز به آن و ضرورت تجاری کردن محصولات توسط شرکت خارجی، کشورهای تولیدکننده نفت بیش از پیش به واگذاری تجسس و اکتشاف میادین نفت به شرکت‌های خارجی در مقابل قسمتی از تولید نفت خام و گاز طبیعی اقدام نمودند. به این ترتیب در تعداد زیادی از قراردادها یک چنین حقی را برای دولت از شرکت خارجی پذیرفته‌اند.

در قراردادی که یک شرکت فرانسوی برای اولین مرتبه با دولت عراق در ۲۳ نوامبر سال ۱۹۶۷ امضاء کرده است، شرکت ملی نفت عراق متعهد به خرید ۳۰ درصد کل تولید در طی ۲۵ سال به قیمت برابر با آنچه که دولت هزینه کرده است از شرکت فرانسوی شده است و به این مبلغ مبالغ متعدد دیگری مربوط به انواع مختلف مالیات‌ها به نسبت سهم تولید اضافه شده است.

در قراردادهای دیگری شرطی گنجانیده می‌شده است که به موجب آن شرکت خارجی به‌عنوان اجرت، بخشی از محصول نفت خالص را دریافت می‌کند. در رابطه با این شرط این سؤال مطرح می‌شود که ماهیت حقوقی این گونه پرداخت اجرت چیست؟ آیا حقی که به شرکت خارجی بر محصول داده می‌شود حق عینی است و یا حق دینی؟ این تحلیل از این جهت اهمیت دارد که بر قدرت دولت در مالکیت و تصرف سهم تولید اثر می‌گذارد.

اگر حق شرکت خارجی بر محصول حق عینی باشد دولت حق مالکیت آن را نخواهد داشت ولی اگر برعکس حق دینی تلقی شود باید قبول نمائیم که پرداخت طبیعی فقط یکی از روش‌های پرداخت است و ممکن است به صورت دیگری تغییر یابد.

باید توجه داشت که حق شرکت خارجی بر تولید به‌عنوان حق عینی با حق حاکمیت دائمی دولت بر منابع طبیعی منافات دارد. قرارداد هر ماهیتی که داشته باشد چه امتیاز و چه مشارکت

اگر برای شرکت خارجی ایجاد حق عینی نماید در صورتی که دولت با اتخاذ تصمیم یکجانبه تولید را کاهش دهد و اجرت شرکت خارجی را نقداً پرداخت نماید به حقوق قراردادی تجاوز می‌کند و در این صورت شرکت خارجی حق توسل به اقداماتی برای حفظ حقوق خود و مطالبه خسارت وارده را خواهد داشت. به این دلیل حق شرکت خارجی بر سهمی از تولید به عنوان حق دینی با منطبق حقوق سازگارتر است. دولت متعاقد فقط متعهد به پرداخت است و تعهد پرداخت می‌تواند به طور طبیعی و یا به صورت نقد ایفا شود. بنابراین در قرارداد شرکتی و یا خدمات، دولت هرگز متعهد به ایفاء تعهد با پرداخت طبیعی نمی‌شود. موضوع قرارداد هم مصرفی است و ماهیت حقی که به اشیاء مصرفی تعلق می‌گیرد حق دینی است و نه عینی.

با وجود این به حقوق دینی در استخراج منابع زیرزمینی و تولید محصولات مصرفی از مواد خام می‌توان تفسیر وسیع‌تری دارد. در این زمینه شاید بتوان پذیرفت که شرکت خارجی در تولید متمتع از حقی است که به جریان انداختن اکتشاف و استخراج و بهره‌برداری و تجارتي کردن کمک کرده است. ماهیت حق، حقی دینی است که نوعی ارجحیت بر منقول را به او داده است. به این معنی که تعهد تحویل محصول را در فرض ما (ماده اولیه) به جای انجام کار دارد. با وجود این تحت این شرایط فرض بر این است که انتقال مالکیت فوری انجام‌پذیر است و نمی‌تواند مربوط به اشیایی باشد که در آینده به وجود خواهد آمد. به عنوان مثال در قراردادی که دولت اندونزی با شرکت خارجی منعقد نموده است حقوق شرکت خارجی بر قسمتی از تولید را در لحظه‌ای که نفت در بندر بارگیری می‌شود و نه در لحظه خروج از چاه، تعیین نموده‌اند. در این صورت چون نفت در مالکیت دولت است تا بندر هیچ حق دیگری بر آن تعلق نخواهد گرفت. با حرکت از این ایده اگر بپذیریم که انتقال مالکیت در لحظه تسلیم محصول انجام می‌پذیرد اگرچه تسلیم متوالی باشد می‌توان پذیرفت که حق تسلیم سهمی از محصول به عنوان حق عینی تحلیل گردد. در این صورت انتقال مالکیت و تسلیم در یک لحظه همزمان و متوالی انجام می‌شود و به این اعتبار ایرادی وجود ندارد. ولی غیرقابل انکار است که پرداخت اجرت به این صورت حالت پیچیده‌ای پیدا خواهد کرد که عبارت از دادن اجرت انجام وظیفه طرف قرارداد به شکل مواد اولیه است که خود او باید استخراج کند. (Berlio, ۱۹۸۷، ص ۲۰۱)



## ۲- ضمانت اجرای عدم پرداخت

تعهد پرداخت به هر صورتی که باشد باید توسط مؤسسه دولتی یا دولت ایفا گردد. در صورت عدم ایفاء تعهد پرداخت طبق اصول کلی شرکت خارجی مطمئناً حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارت را دارد. ولی در بعضی از موارد فسخ قرارداد به علت عدم انجام تعهد پرداخت با مشکلات عدیده‌ای مواجه است. در قرارداد دولت شرکت خارجی طرف قرارداد دولت به سادگی نمی‌تواند قرارداد را فسخ و محوطه کاری را ترک و روابط تجاری را رها سازد؟ ابعاد اقتصادی، اجتماعی، کارگری و گاهی سیاسی موضوع به قدری پیچیده است که چاره دیگری باید اندیشید. ولی در رجوع به عرف تجاری بین‌المللی به نظر می‌رسد که به اعمال حق فسخ شرکت خارجی ایرادی وارد نباشد. حداقل در داوری که در اختلاف بین یک شرکت اسپانیایی و دولت لیبی انجام شده است به حق فسخ استناد شده است. شرکت اسپانیایی به موجب قرارداد متعهد به انجام کارهایی الکتریکی در لیبی بوده است. این شرکت ادعا کرده است که طرف قرارداد او (دولت لیبی) در مهلت قراردادی متعهد به گشایش اعتبار اسنادی به نفع شرکت بوده است و می‌بایست قیمت انجام موضوع قرارداد را با این روش پرداخت ایفا می‌نمود و چون در موعد معین اقدام به گشایش اعتبار اسنادی ننموده است به تعهد خود عمل ننموده و به این علت شرکت قرارداد را فسخ و میدان کاری را ترک و با رجوع به داوری مطالبه خسارت نموده است. داور ادعای شرکت اسپانیایی را رد و استدلال کرده است که در لحظه ترک محوطه کار توسط خواهان داوری، طرف قرارداد قسمت عمده اجرت را پرداخت کرده بوده است و به نظر داور طرف لیبیایی تعهداتی اساسی خویش را که عبارت از پرداخت اجرت بوده ایفا نموده است و موردی برای فسخ و ترک محوطه کار وجود نداشته است. (Tschanz, ۱۹۸۵, ص ۵۴)

نظر به اینکه در این گونه قراردادها طبق اصول کلی عدم ایفاء تعهد موجب فسخ قرارداد است باید روش‌هایی به کار گرفته شود که از یک طرف منجر به دادن تضمین به مؤسسه خارجی علیه خطرات ناشی از عدم پرداخت دولت گردد و از طرف دیگر اجرای قرارداد را از طرف شرکت خارجی در مقابل دولت متعاقد تضمین نماید.

به دلیل خصیصه بین‌المللی این‌گونه قراردادها می‌بایست یادآوری نمائیم که در حقوق بین‌الملل خصوصی چه قواعدی بر ضمانت اعمال می‌شود و تأثیر دخالت دولت به عنوان ضامن بر قانون قابل اعمال بر قرارداد ضمانت چیست. ضمانت قراردادی تبعی و اصولاً تابع همان قانون تعهدات اصلی است. این تبعیت برحسب اینکه طرفین قانون قابل اعمال بر قرارداد را قانون دولت متعاقد قرار دهند و یا اینکه استناد به قانون کشور ثالث برای حاکمیت بر قرارداد نمایند، آثار متفاوتی خواهد داشت که با توجه به آثار آن باید اقدام به تعیین قانون حاکم نمود. گذشته از این تضمین‌های بانکی را یک خطر تجارتي مهم تهدید می‌کند که عبارت است از ورشکستگی بدهکار اصلی. در این صورت بانکی که ضمانت نموده است با مشکل مواجه خواهد شد.

تضمین‌هایی که توسط شرکت خارجی داده می‌شود دو شکل متفاوت به خود می‌گیرد. این تضمین‌ها گاهی شکل ضمانت‌نامه سنتی دارد و گاهی به شکل آنچه که امروز تضمین‌های قراردادی نامیده می‌شود، درمی‌آید. در بعضی موارد شرکت خارجی مجبور به دادن ضمانت‌نامه بانکی است. به عنوان مثال در مواردی که شرکت باید سرمایه‌گذاری نماید و ماشین‌آلات و ابزار اولیه کار خود را خریداری و از خارج برای انجام موضوع قرارداد وارد نماید دولت طرف قرارداد معمولاً تقاضای تضمین بانکی برای خرید و ورود ابزار کار در مدت معین می‌نماید، در واقع دولت نمی‌خواهد تعلل شرکت خارجی را تحمل نماید. به عنوان مثال یکی از شرایطی که در قرارداد ساخت کارخانه‌ای دیده می‌شود عبارت از این است که: سازنده کارخانه متعهد به تهیه تضمین بانکی به دلار آمریکایی به مبلغ ۵ درصد کل ارزش قرارداد و قابل پرداخت به دینار برای محصولاتی است که از ایالات متحده آمریکا وارد و به کار خواهد گرفت. این تضمین بایستی در شرایط قابل قبول برای دولت تأمین و تا ورود و دریافت قطعی معتبر باقی بماند. ارزش این ضمانت به تحویل هر قسمت تقلیل پیدا خواهد کرد. معمولاً هزینه‌های ضمانت‌نامه و حق‌العمل و سود بانکی بر عهده شرکت خارجی است که باید آن را پرداخت نماید. مدت زمان تضمین برحسب قرارداد متفاوت است و می‌تواند محدود به زمان شروع یا اجرا و یا کل مدت زمان قرارداد باشد و در موارد خاص به مدت بهره‌برداری نیز تسری داده شود. در هر صورت

ضمانت‌نامه و اعتبارنامه در انقضاء مدت باید به بدهکار اصلی اگر تعهدات تحت پوشش تضمین را درست انجام داده باشد، دعوت داده شود.

در کنار تضمین‌های سنتی در تجارت بین‌المللی اشکال مختلف جدید تضمین‌های بین‌المللی به کار گرفته شده است که تضمین‌های قراردادی نام گرفته‌اند. منظور تضمین‌هایی است که به منظور تأمین خطرات به دولت یا مؤسسه دولتی حقوق عمومی علیه ورشکستگی احتمالی طرف خارجی داده می‌شود. این موارد اغلب در قراردادهای ساخت کارخانجات صنعتی و پروژه‌های عمرانی دیده می‌شود. ضمانت تعهدهای جانبی متفاوت استمرار انجام تعهد اصلی شرکت خارجی را نیز تحت پوشش قرار می‌دهد. (Berlin, ۱۹۸۷, ص ۲۰۵)

### ج - رقابت صحیح و بهره‌دهی از امتیازات

در مورد تجارتي کردن محصولات ساخته شده دولت از طرف خارجی قرارداد باید حمایت کند. به این معنی که نه تنها به شرکت دیگری اجازه رقابت نامشروع در بازار داخلی و حتی بین‌المللی به ضرر طرف قرارداد نخواهد داد، بلکه از انعقاد هر نوع قراردادی منجر به ساخت تأسیسات و ماشین‌آلاتی که محصولی مشابه محصول تولیدی ناشی از قرارداد دولت تولید کند، خودداری خواهد کرد. در انعقاد قراردادهای دولت با شرکت‌های خارجی اغلب شرایطی در این خصوص گنجانیده می‌شود. ولی در صورت سکوت نیز به موجب اصول کلی حقوق طرفین متعهد به خویشتنداری در این مورد هستند. اصل عدم رقابت به طرف قرارداد و شریک در حقوق داخلی و تجارت بین‌الملل به صورت یکی از اصول کلی حقوق پذیرفته شده و در مواردی مورد استناد داور بین‌المللی نیز قرار گرفته است. به عنوان مثال ماده ۱۳۴ قانون تجارت ۱۳۱۱ و ماده ۱۳۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۳ در مورد شرکت‌های سهامی متذکر این ممنوعیت شده است. در حقوق شرکت‌های فرانسه و سایر کشورهای اروپایی هر یک ملهم از دیگری همین اصل عدم رقابت بین شرکاء پذیرفته شده و شرکاء مکلف به داشتن روابط اخلاقی بالا در سطح پدر خوب خانواده هستند (Un bon pere de Famili) در حقوق شرکت‌های آمریکایی اصطلاح (رفتار ایثارگرانه مدیران شرکت) Fiduciary Relationship

تضمین کننده اجتناب از رقابت با شریک و طرف قرارداد است. تکرار وجود این اصل در نظام‌های مختلف حقوقی آن را تبدیل به اصل کلی حقوق و لزوم رعایت آن در روابط بین طرفین قرارداد نموده است. (خزاعی، ۱۳۶۹، ص ۱۰۱) در قرارداد دولت هم اجتناب از رقابت با شریک از اصول حقوقی لازم‌الرعایه است و گاهی پا فراتر گذاشته می‌شود و به بهره‌دهی از امتیازات نیز تسری پیدا می‌کند.

در خصوص بهره‌دهی از امتیازات لازم به یادآوری است که در تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در مقابل طرف قرارداد شرطی با سابقه کاربرد طولانی در حقوق بین‌المللی عمومی وجود دارد که به تجارت بین‌المللی نیز تسری پیدا کرده است. به موجب شرط *Most favoured clause* یا به زبان فرانسه *La clause du pays le plus favorise* دولت طرف قرارداد متعهد می‌شود طرف قرارداد حاضر را از امتیازاتی که در قراردادهای آینده به طرف‌های قراردادهای دیگر داده خواهد شد بهره‌مند نماید. به این ترتیب دولت متعهد می‌گردد که ورای شرایط قراردادی و بعد از امضاء قرارداد اگر در آینده امتیازات مناسب‌تری به شرکت دیگری در موارد مشابه اعطا نماید این شرکت نیز از آن امتیازات استفاده کند. به عنوان مثال، اگر در لحظه امضاء قرارداد قرار بر پرداخت مالیات به دولت است و در قرارداد مؤخری که دولت به شرکت خارجی دیگر منعقد نموده است معافیت از مالیات پیش‌بینی شود و یا نرخ ارزان‌تری مورد توافق قرار گیرد، این معافیت یا این تخفیف به طرف قرارداد نیز تعلق داده شود. (Cistac، ۱۹۹۶، ص ۱۸۱)

### قسمت دوم - تعهدات شخص خصوصی خارجی

به‌طور کلی شرکت خارجی متعهد به انجام فنی موضوع قرارداد است ولی در قراردادهای دولت تعهدات شرکت خارجی همیشه منحصر به انجام کارهای فنی نیست و گاهی به به‌کار انداختن تأسیسات موضوع قرارداد یا آموزش و آماده کردن پرسنل و تجارتي کردن محصول و داشتن رفتار تجاری مناسب و پرهیز از رقابت نامشروع تسری پیدا می‌کند. این تعهدات را به ترتیب مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

### مبحث اول - تعهد اصلی

انجام فنی موضوع قرارداد در اغلب موارد تشکیل دهنده هسته اصلی و علت اساسی انعقاد قرارداد است به این معنی که هدف کارفرما از انعقاد قرارداد انجام فنی این موضوع است در حدی که اگر دولت توان فنی انجام موضوع قرارداد را می‌داشت با شرکت خارجی چنین قراردادی امضاء نمی‌کرد. از این تعهد اصلی تعهدات فرعی دیگری برای شرکت خارجی ناشی می‌شود.

### الف - تحولات تعهد اصلی

در قراردادهای بین‌المللی مانند قراردادهای داخلی در انجام فنی موضوع قراردادهای این پیشرفت حاصل شده است که شرکت خارجی باید با توجه به تکنولوژی روز و در حد پیشرفت صنعتی روز کار پروژه را به انجام رساند. در قراردادهای بین‌المللی معمولاً شرطی گنجانیده می‌شود که به موجب آن شرکت خارجی موظف به اعمال قواعدی هنری و فنی مدرن روز در انجام قرارداد است. قصور در این مورد می‌تواند مورد اعتراض دولت قرار گیرد و در این صورت داور با کمک کارشناسان فنی در مورد قصور شرکت خارجی و شناخت مسئولیت او اتخاذ تصمیم خواهد کرد. فرضاً اگر موضوع قرارداد ساخت بیمارستانی بوده است که پیشرفت پزشکی روز اقتضای استقرار تأسیسات لازم برای به کارگرفتن اشعه ایکس در مداوای بعضی از بیماری‌ها را دارد و این تأسیسات عرفاً تأسیساتی به حساب می‌آید که شرکت خارجی می‌بایست آن را تهیه و نصب نماید در صورت قصور مسئول خواهد بود. هماهنگی با تکنولوژی روز در قراردادهای دولت مقوله‌ای غیر از شروط ضمن عقد است. مسلماً شرکت خارجی باید موضوع پیمان را طبق شرایط پیمان انجام دهد ولی در قراردادهای دولت که بیشتر منافع عمومی ملت مورد توجه است با توجه به تغییرات سریع ابزار فنی و از روز افتادن ابزار دیروز انتظار هماهنگی یا ابزار فنی روز وجود دارد. (Baptista، ۱۹۸۶، ص ۸۳) در بعضی از قراردادهای شرط انجام موضوع با بهترین کیفیت و کاربرد تکنیک‌هایی که مطابق با پیشرفته‌ترین داده‌های علم روز باشد تصریح می‌شود. به عنوان مثال در رهنمودهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی تصریح

به این شده است که: سرمایه‌گذار می‌بایستی آخرین داده‌های تکنولوژی موجود را در مقابل پرداخت مناسب ارائه دهد و آن را مطابق اوضاع و احوال کشور سرمایه‌پذیر به روز نگه دارد. واقعیت این است که کیفیت انجام کار بستگی به نوع قرارداد دارد.

گاهی برای انجام موضوع قرارداد از شرکت‌های متخصص درجه اول استفاده می‌شود و مبلغی مناسب انجام کار طبق بهترین داده‌های علمی روز پرداخت می‌شود و حتی گاهی فراتر رفته و داده‌های علمی که در طی مدت انجام قرارداد تحقق پیدا خواهد کرد در آن منظور می‌شود. در این گونه موارد قرارداد با ظرافت و دقت کافی تنظیم و جزئیات کیفیت انجام کار در آن پیش‌بینی می‌شود. در موارد دیگر کیفیت فنی کار در حد متعارف خواهد بود و استاندارد آن در حد آخرین داده‌های علمی نخواهد بود. اگر در قرارداد راجع به کیفیت کار هیچ نوع پیش‌بینی نشده باشد داور با توجه به اوضاع و احوال و متن قرارداد میزان کیفیت را مشخص خواهد کرد. در هر حال انجام فنی کار باید به نحوی باشد که مناسب با هدف ساخت آن باشد.

### ب - حداقل سرمایه اکتشاف

در بعضی از قراردادهای معدنی و نفتی شرطی گنجانیده می‌شود که به شرط حداقل سرمایه‌گذاری معروف است. به موجب این شرط دولت معمولاً برطرف قرارداد خود حداقل سرمایه‌گذاری در مدت معین به منظور تحقیقات برای تعیین وجود و ارزش مواد نفتی یا معدنی در منطقه انحصاری اکتشاف را تحمیل می‌کند. گذشته از این در این نوع قراردادها که از نوع قراردادهای طویل‌مدت است دولت یا شخص حقوقی عمومی طرف قرارداد حق کنترل دائمی بر چگونگی عملیات را برای خود محفوظ نگه می‌دارد و آن را برطرف دیگر قرارداد تحمیل می‌کند. به موجب این حق شرکت خارجی موظف است کلیه مدارک نقشه‌ها و اسناد را با نظر کارفرما تهیه و او را مرتباً در جریان پیشرفت امور قرار دهد. به عنوان مثال در ماده ۲ قرارداد آرشیکتک که بین شرکت عمران تهران و شرکت هاوس اینترنشنال در سال ۱۹۷۷ منعقد شده مقرر شده است که: آرشیکتک بایستی شخصی را به عنوان آرشیکتک ناظر با تصویب قبلی مالک تعیین نماید. در خلال مدت این قرارداد از جمله مدت طراحی و فنداسیون و مدت ساختمان و

همچنین در طول مدت تضمین آرشیوتکت ناظر مسئول دائمی طرح و بازرسی آن می‌باشد. شروع و خاتمه مدت تضمین در ویژگی‌های قرارداد درج شده است. در خلال مدت قرارداد آرشیوتکت ناظر بایستی جهت دادن مشورت به مالک یا نمایندگان او در تهران و سایر نقاط مربوط به اجرای طرح با تعیین وقت قبلی در دسترس باشد. (قرارداد آرشیوتکت رأی شماره ۱۴۷ دیوان داوری ایران ایالت متحده آمریکا).

توافق بر وجود مهندس ناظر در این گونه قراردادها برای تسهیل نظارت و کنترل کارفرما است و اگر نه نمایندگان دولت حق ورود به محوطه کارگاه بازدید تأسیسات و پی‌گیری اجرای طرح را دارند. گذشته از این نمایندگان دولت صلاحیت پرسنل و استحکام و مرغوبیت ابزار کار و تجهیزات را می‌توانند کنترل نمایند و در هر مورد دستورات ضروری لازم را صادر کنند. البته در این نوع قراردادها طبیعت کار به گونه‌ای است که عدم رعایت این نوع ملاحظات نباید از موجبات فسخ تلقی گردد. تعهد همکاری متقابل اقتضا دارد که با تعامل بیشتری انجام شود. در بعضی از قراردادها شرط بر این می‌شود که نقشه‌ها و خصوصیات کار مورد تأیید مقدماتی نمایندگان دولت قرار گیرد. در این گونه موارد تعهد مخصوصی به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد درج می‌شود که در بعضی از موارد نقض آن موجب فسخ قرارداد است و باید آن را از مسئله همکاری متقابل کلی قرارداد جدا دانست. گذشته از این نقشه‌ها و طرح‌های تأسیساتی قبل از شروع کار باید مورد تأیید طرف قرارداد (دولت) قرار گیرد تا بتواند چنانچه آن را مطابق با تعهدات قراردادی یا در راستای هدف پروژه تشخیص نداد از اجرای آن ممانعت به عمل آورد. در نهایت نقشه‌ها و طرح‌ها باید مورد تأیید همان مقام دولتی طرف قرارداد و یا مقام دیگری وابسته به دولت قرار گیرد. در کارهای ساختمانی مثل هتل‌های زنجیره‌ای بزرگ که با سرمایه‌گذاری شرکت‌های بزرگ بین‌المللی و دولت ساخته می‌شود اجازه شهرداری برای صدور پروانه ساختمانی کافی نخواهد بود. جزئیات نقشه‌ها و طرح‌ها نیز می‌تواند از دیدگاه‌های متفاوت توریستی و زیست‌محیطی توسط سازمان‌های مختلف محل بحث واقع شود. ولی در صورت انعقاد قرارداد صلاحیت فنی شرکت خارجی برای تحمیل بعضی از تعهداتی که در قرارداد پیش‌بینی نشده است کافی خواهد بود. اینگونه موارد را داور تعهدات از جمله تلقی خواهد شد.

### ج - منابع تأمین تجهیزات

غالباً در مورد شرایط مربوط به تأمین سرمایه از نظر مواد اولیه و تجهیزات تضاد وجود دارد. این شرایط سعی بر تحقق توافق ظریفی بین منافع دولت و منافع شرکت خارجی دارد. منفعت دولت در این است که نیازهای شرکت خارجی در وسیع‌ترین حد آن توسط منابع داخلی تأمین گردد. منفعت شرکت خارجی در تأمین نیازهای خود چه از نظر قیمت و چه از نظر کیفیت در هر جا که مناسب‌تر است می‌باشد. تلفیق بین این دو منفعت نقش اساسی درج این شرایط است. در ارتباط با این مسئله شرکت‌های چندملیتی سعی بر تأمین مایحتاج خود در میان اعضاء گروه دارند و به این منظور اقداماتی در جهت تثبیت قیمت‌ها و مقررات مالیاتی در مناطق مختلف تحت فعالیت خود می‌نمایند. این نوع شرط که در تعداد زیادی از قراردادهای بین‌المللی دیده می‌شود نفع شرکت خارجی را تأمین می‌کند. ماحصل شرط این است که شرکت خارجی در حد امکان از خدمات و تولیدات از عرضه آن توسط مؤسسات داخلی استفاده خواهد کرد ولی مشروط بر اینکه عرضه این خدمات و تولیدات از عرضه آن توسط مؤسسات خارجی خصوصاً از نظر کیفیت و قیمت و مهلت تضمین مناسب‌تر باشد. در عین حال شرکت خارجی آزاد است تا عرضه‌کننده خدمات و تولیدات مورد نیاز خود را انتخاب نماید. عمومیت این شرط نیز مناسب به نظر نمی‌رسد و در هر مورد خاص در مذاکرات مقدماتی باید با توجه به استطاعت و توان مادی دولت عرضه‌کننده خدمات و تولیدات موضوع را دقیقاً بررسی و پیش‌بینی نمایند. رفتار باید به گونه‌ای باشد که از یک طرف موجب هجوم شرکت‌های چندملیتی به سرزمین دولت نگردد و از طرف دیگر مسائل اقتصادی مطروحه در طرح در کل اقتصاد جامعه قابل توجه باشد.

### د - حفظ رموز تجاری

در تجارت بین‌المللی مسأله رموز شغلی و شخصی و حفظ اسرار از اهمیت خاص برخوردار است. طبق اصول کلی شرکت خارجی ملزم به حفظ اطلاعات محرمانه‌ای است که در سرزمین دولت طرف قرارداد خود به مناسبت کار بدست آورد و در صورت افشاء مسئول شناخته خواهد



شد. در رابطه با حفظ اسرار محرمانه رعایت اخلاق حسنه و نظم عمومی قوانین و مقررات سرزمین دولت طرف قرارداد حاکمیت دارد. در این خصوص رهنمودهای اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر می‌دارد که سرمایه‌گذار باید به قوانین ملی و اهداف سیاسی، اقتصادی و اجتماعی در کشور سرمایه‌پذیر به همان نحوی که انگار یک تبعه خوب این کشور است، احترام گذارد و به تعهداتی که به دولت در رابطه با سرمایه‌گذاری داده است پایبند بماند. گذشته از این شرکت به عنوان شخص حقوقی و اشخاص حقیقی ترکیب‌کننده آن موظف به حفظ بی‌طرفی سیاسی محض در مسائل داخلی و بین‌المللی هستند. (کنوانسیون وین درباره روابط دیپلماتیک ۱۹۶۱).

## مبحث دوم - تعهدات جانبی

### الف - آموزش پرسنل

قرارداد باید اقدام به توسعه با استخدام و آموزش و ایجاد محیط اجتماعی مناسب‌تر نماید. صنعتی کردن فقط به معنی ساخت و تأسیس کارخانه‌جات نیست و تهیه نیروی انسانی لازم برای مدیریت اهمیت خاص دارد. به این علت در اغلب قراردادهایی که با کشورهای در حال توسعه منعقد می‌شود شرط می‌شود که سرمایه‌گذار سرمایه لازم را برای ساخت مدرسه و بیمارستان یا خدمات اجتماعی برای اعضاء خانواده پرسنلی که استخدام می‌کند دارد. این وظایف که معمولاً از وظایف دولت است بر سرمایه‌گذار خارجی یک وظیفه واقعی خدمات عمومی تحمیل می‌کند. این شروط بومی شدن به این علت در قراردادها درج می‌شوند که قرارداد را در طرح توسعه اقتصادی و اجتماعی قرار دهند و مجموعه منسجمی را بوجود آورند.

(Baptista, ۱۹۸۶، ص ۸۸)

آموزش پرسنل می‌تواند شکل همکاری‌های فنی به خود گیرد. استخدام پرسنل محلی برای مبارزه با بیکاری و آموزش فنی آنها در چشم‌انداز به دست گرفتن کار توسط دولت قرار دارد و از تعهدات واقعی طرح قرارداد تلقی می‌شود. ولی در صورت سکوت قرارداد ضمانت اجرای عدم ایفاء این تعهد ضمنی چیست؟ اصولاً می‌تواند اقتضای جبران خسارت داشته باشد ولی در این

صورت با مشکل ارزیابی حقوقی آن و طبیعت تعهد که آیا تعهد از نوع تعهد به نتیجه و یا اینکه تعهد به سعی و کوشش است مواجه خواهیم بود. در این خصوص باید قائل به تفکیک شد. ورود پرسنل محلی به بطن تکنولوژی موضوع قرارداد مطمئناً تعهد به نتیجه است که شرکت خارجی متعهد به انجام آن است و لولاینکه پرسنل شایستگی بالایی نداشته باشد. برعکس به نظر می‌رسد که آموزش همان پرسنل فقط یک تعهد سعی و کوشش است. شرکت مطمئناً باید تمام سعی خود را برای به منصفه ظهور رساندن این امر انجام دهد ولی از یک طرف این ظهور تعهد تعهدی فرعی است و اجرای قرارداد نباید به علت مشکلات ناشی از آموزش اشخاصی که احتمالاً توان فراگیری بالایی ندارند به تأخیر یا خطر افتد. از طرف دیگر شرکت نمی‌تواند برای نتایج حاصله از آموزش پرسنل متعهد باشد اگرچه باید تمام سعی و کوشش خود را برای انجام موضوع به کارگیرد. ضمانت اجرای عدم آموزش پرسنل و به دست نیامدن نتیجه مطلوب در این خصوص موجب خواهد شد تا دولت طرف قرارداد مزایای مالی و مالیاتی و غیره را که به موجب قرارداد به این امر اختصاص یافته است لغو نماید. هر نوع قصور در آموزش پرسنل تقصیر تلقی می‌شود که عکس‌العمل متقابل به صورت فوق‌الذکر را به دنبال دارد.

### ب - تجاری کردن محصول

این تعهد در همه قراردادهای دولت وجود ندارد زیرا بعضی از آنها ماهیت تجاری ندارند و صرفاً در راستای توسعه اقتصادی و عمران و آبادانی صورت می‌گیرند. تجاری کردن تعهد قراردادهایی می‌تواند باشد که بعد از انجام فنی موضوع قرارداد بهره‌برداری آن علت غایی و یا یکی از علت‌های غایی انعقاد قرارداد باشد. به عنوان مثال اگر موضوع قرارداد ساخت مجتمع توریستی یا هتل‌های زنجیره‌ای است و یا قرارداد مربوط به اکتشاف و بهره‌برداری و فروش موادمعدنی است، پس از ساخت و پس از اکتشاف موادمعدنی تبدیل آن به مواد مصرفی و حتی گاهی تجاری نمودن و فروش آن ممکن است از وظایف مقاطعه‌کار تلقی شود. در گذشته به دولت‌های صادرکننده نفت امروز نه تنها قادر به اکتشاف و استخراج میادین نفتی نبوده‌اند بلکه قدرت تصفیه و فروش نفت را هم نداشته‌اند و بازاریابی و فروش نفت و گاهی خرید خام آن در

بعضی از قراردادهای نفتی از وظایف شرکت بوده است. همچنین در ساخت کارخانجات صنعتی پس از تأسیس و استقرار و به کار انداختن کارخانه، محصول تولیدی مورد نظر باید ارزش اقتصادی برای انجام معامله خرید و فروش را داشته باشد. محصولات معمولاً یا در بازارهای داخلی و یا در بازارهای خارجی و بین‌المللی به فروش می‌رسد. ممکن است شرکت تعهد فروش محصول را نداشته باشد و برای مدت زمان کوتاهی این تعهد را داده باشد ولی محصول به دست آمده باید تجاری و قابل خرید و فروش و از نظر کیفیت قابل رقابت با محصولات مشابه موجود در بازار باشد.

### ۱- تجاری کردن محصول در بازار داخلی

نحوه فروش محصول در بازار داخلی متنوع بوده و بستگی به آزادی عمل شرکت خارجی دارد. در بعضی از قراردادها به شرکت خارجی آزادی زیادی داده‌اند به این صورت که بتوانند آزادانه قیمت فروش را خود تعیین و در صورت عدم فروش کالا را به بازار بین‌المللی عرضه نمایند. در این گونه موارد شرکت خارجی تعهدی در مورد عرضه به بازار داخلی ندارد. قراردادهای نفتی از نوع امتیاز به این صورت تنظیم می‌شده است. به عنوان مثال قرارداد کنسرسیوم که به دنبال کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲ و سقوط دولت مرحوم دکتر مصدق به وجود آمد تا سال ۱۹۷۲ یعنی حدود ۱۸ سال خود کمپانی‌های عضو قیمت‌گذاری نفت را انجام می‌دادند تا اینکه در قرارداد تهران به تاریخ ۱۴ فوریه ۱۹۷۱ و موافقت‌نامه‌های تکمیلی آن قیمت‌گذاری نفت از سلطه انحصاری شرکت‌های نفتی خارج شد. در شرایط فعلی این نوع قراردادها که هدف اساسی آن بهره‌برداری اقتصادی کمپانی‌های خارجی است به ندرت منعقد می‌شود و قیمت تمام شده محصولات با در نظر گرفتن ضوابط اقتصادی مثل قدرت خرید مردم و بازده کارخانه ساخته شده تعیین می‌شود و می‌توان انتظار داشت که قیمت فروش با در نظر گرفتن عناصر فوق‌الذکر به طور معقول تعیین گردد.

### ۲- تجاری کردن محصول در بازار بین‌المللی

در خصوص تجارت بین‌المللی محصول هیچ قاعده کلی وجود ندارد و روش‌ها از قراردادی به قراردادی دیگر متفاوت است. در بعضی از موارد برای نرخ‌گذاری به تعیین نرخ محصول در تاریخ معین توسط یک مؤسسه بین‌المللی معتبر استناد می‌شود. در بعضی از توافق‌ها پیش‌بینی می‌شود که قیمت فروش را صاحب امتیاز با توجه به متوسط بالاترین قیمت سهمیه‌بندی همان محصول در بازار آزاد تعیین خواهد کرد. در صورت عدم سهمیه‌بندی و در صورتی که طرفین توافق بر قیمت ننمایند موضوع تعیین قیمت در داوری مطرح خواهد شد. در این صورت در قرارداد شرط می‌نمایند در صورت اختلاف داوران ضابطه مشابهی را مورد استناد قرار خواهند داد. شرط دیگری که به صورت اختیاری در بعضی از قراردادها دیده می‌شود به این عبارت است که سرمایه‌گذار محصول را به بهترین قیمت در بازار بین‌المللی عرضه خواهد کرد. در بعضی اوقات صاحب امتیاز عضو گروهی است که به صورت کنسرسیوم عمل می‌کند. در این گونه موارد امتیازاتی را برای تغذیه اعضاء گروه خود از دولت سرمایه‌پذیر می‌خواهد. تنوع و پیچیدگی راه‌حل‌های ارائه شده در این مورد مانع ارائه فرمول کلی و دقیق است. ولی آنچه قابل توصیه است اینکه با توجه به ملاحظات اقتصادی چه در بازار داخلی و منطقه‌ای و یا بازار بین‌المللی شروط مربوط به قیمت‌گذاری را دقیقاً در قرارداد پیش‌بینی نماید. گذشته از این محصول ساخته شده و معادن استخراج شده باید به نیازهای کشور سرمایه‌پذیر پاسخ گوید.

در بعضی از قراردادها شرط خرید دوباره محصول توسط خود دولت می‌شود. زیرا مالکیت آن متعلق به دولت است و خرید دوباره محصول منطقی به نظر می‌آید. به عنوان مثال معادن متعلق به دولت است و اکتشاف و استخراج آن نیز در مالکیت دولت قرار دارد و خرید دوباره آن توسط همان دولت حق طبیعی او تلقی می‌گردد و به این ترتیب در اینگونه موارد فقط باید قیمت خدمات شرکت خارجی را پرداخت. از طرف دیگر نپذیرفتن حق نظارت دولت به محصول و عدم تمتع او از مزایای خاص غیر معقول به نظر می‌رسد و هر نوع شرط مخالف با آن مخالف نظم عمومی داخلی دولت و نظم عمومی بین‌المللی تلقی می‌گردد.

### ج - حفظ تعادل اقتصادی قرارداد

آمارهای اقتصادی گاهی بیانگر تفاوت فاحش بین مبالغی که شرکت خارجی تحصیل نموده و مبلغی که در سرزمین کشور سرمایه‌پذیر توزیع شده است، می‌باشد. این تفاوت به قدری زیاد است که نه تنها نابرابری اقتصادی بین کشورهای صنعتی را که شرکت خارجی تابعیت آنها را دارد با کشورهای جهان سوم از میان نمی‌برد بلکه آن را بیشتر می‌کند. امروزه هیچ کس منکر این واقعیت نیست که این عدم تعادل علت اساسی توسعه کشورهای غربی و عقب‌افتادگی کشورهای جهان سوم بوده است. برای مقابله با این وضعیت نامتعادل تئوری منافع خارج از حد و مباشرت شخصی در انجام پروژه ارائه شده است که به شرح زیر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

این تئوری برای اولین بار توسط دولت شیلی به هنگام ملی کردن مؤسسات خارجی و داخلی که چرم را مورد بهره‌برداری قرار می‌دهند به کار گرفته شده است. به موجب این تئوری کسب منافع خارج از حد نقض حاکمیت اقتصادی دولت تلقی می‌شود و مشروعیت قرارداد را از نقطه نظر حقوق بین‌الملل از میان می‌برد. به نظر ثنورسین‌های شیلی آن زمان ملی کردن شرکت‌های خارجی باید اجازه دهد تا توزیع عادلانه اموال ملی شده به مورد اجرا درآید. به نظر آنها با ملی کردن باید به اهدافی نائل آمد که اگر حقوق بین‌الملل بر مبنای انصاف استوار شده بود به همان اهداف نائل می‌آمد. تعیین منافع خارج از حد با مقایسه منافعی که در شیلی کسب شده و منافعی که در خارج از شیلی مخصوصاً در بازارهای بزرگ بین‌المللی کسب شده، آشکار شده است. از مقایسه این دو دسته از منافع با احتساب دقیق این نتیجه به دست آمده که در شیلی ۳۰ درصد و در خارج از شیلی منافع این شرکت‌های خارجی ۱۰ درصد ارزش سرمایه احتسابی بوده است و این چنین فکر کرده‌اند که ۲۰ درصد اضافی به عنوان منافع خارج از حد باید به دولت برگشت داده شود. اگرچه این مفهوم منافع خارج از حد در رابطه با ملی کردن در شیلی ارائه شده است ولی این سؤال را به طور کلی مطرح کرده است که آیا نباید منافع پیمان با خارجی بر مبنای انصاف و عدالت بین دولت و شرکت خارجی تقسیم شود و بر موارد خارج از منابع ملی شده نیز اعمال گردد؟ اگرچه جواب طبیعی این سؤال مثبت است ولی عملکرد دولت‌ها که به سرمایه خارجی متوسل می‌شوند در نهایت برخلاف پاسخ مناسب سؤال است. عملی هم که توسط دولت شیلی به مورد اجرا گذاشته شده است مورد اعتراض شدید شرکت قرار گرفته است. به

علاوه با قبول اصل آن در عمل ارزیابی و تعیین منافع خارج از حد مشکلات خاص خود را دارد. تعیین حدود تئوری منافع خارج از حد برحسب اینکه ملی کردن و یا حقوق سرمایه‌گذاری مدنظر قرار گیرد متفاوت است. از نقطه نظر ملی کردن غیر از پرداخت غرامت عادلانه هیچ اصل دیگری پذیرفته نشده است. تئوری منافع خارج از حد نیز عنصر تازه‌ای ارائه نداده است به جز اینکه به پرداخت غرامت عادلانه اثر متقابل داده است به این مفهوم که اگر درست است که به شرکت خارجی باید غرامت عادلانه پرداخت شود مبلغ آن باید با میزان ثروتی که برای دولت سرمایه‌پذیر به ارمغان آورده است هماهنگ گردد. از طرف دیگر منافعی که شرکت خارجی تحصیل می‌کند هرگز قابل مقایسه با منافعی که دولت طرف قرارداد برای توسعه اقتصادی خود کسب می‌کند نیست. بهترین روش برقراری یک تقسیم مناسب منافع بین طرفین است و به این طریق در مقابل تعهد پرداخت غرامت متقابل قرار می‌گیریم. در این صورت باید ارزش تئوری را در مقابل نظم عمومی کشوری که در سرزمین او به آن استناد می‌شود سنجید. طبق نظر حقوقدانان شیلی که مبتکر این تئوری هستند تئوری ارزش اصول کلی حقوق بین‌المللی را دارد و به این عنوان باید مورد شناسایی و استناد محاکم خارج به عنوان تخفیف دهنده قاعده پرداخت غرامت ملی کردن قرار گیرد. این تئوری با ارزش‌های اساسی حقوق داخلی تضادی ندارد ولی شیلی منکر اصل پرداخت غرامت منصفانه در صورت ملی کردن نیست. اگرچه شیلی مانند بسیاری از کشورهای جهان سوم نمی‌تواند چنین غرامتی را پرداخت نماید و باید تا بهره‌برداری از منابع ملی شده منتظر بماند که در این صورت حدود تئوری از چارچوبه ملی کردن تجاوز می‌کند. در ورای جنبه‌های اصلاحی و ابتدایی که به هنگام ارزیابی دوباره پرداخت غرامت متداول شده است، تئوری منافع افراطی می‌تواند به منظور مشروعیت سرمایه‌گذاری بین‌المللی نقش بازی کند. مبلغی از منافع افراطی کسب شده بعد از تجاوز از حد معینی در کشور سرمایه‌پذیر سرمایه‌گذاری دوباره شود. با توسل به چنین ترفندی که ارزش اصول کلی حقوق را خواهد داشت، طبیعتاً اختلاف بین کشورهای صنعتی و کشورهای در حال توسعه کاهش خواهد یافت و توزیع منصفانه ثروتی که توسط سرمایه‌گذاری ایجاد می‌شود ممکن خواهد شد. به این ترتیب هدف تئوری عبارت از متعادل کردن مزایای افراطی اعطایی به شرکت خارجی توسط

دولت است. مبنای این تعادل در انتقال عدالت توزیعی که اهمیت آن در تئوری کلی حقوق شناخته شده است، یافت می‌شود. به طور محسوس‌تر در این تئوری می‌توان تئوری سوءاستفاده از حق را که در اغلب سیستم‌های حقوقی شناخته شده است، در حقوق بین‌المللی یافت. به این ترتیب تئوری منافع افراطی به عنوان ضمانت اجرایی در حقوق بین‌الملل برای ایفاء تعهد به رفتار شرافتمندانه که سرمایه‌گذار در سرزمین دولت خارجی متعهد به آن است ظاهر می‌شود و از طرف دیگر به عنوان تعادل مزایای قراردادی که در هر قراردادی باید وجود داشته باشد، عمل خواهد کرد. (Oppetit, ۱۹۷۴، ص ۸۰۰)

#### د - مباشرت در انجام موضوع قرارداد

قراردادهای دولت با توجه به شخصیت طرفین منعقد می‌گردد و به قول حقوقدانان رومی *intuitus personae* است. یعنی در انعقاد قرارداد خصوصیات طرف قرارداد مدنظر بوده است به طوری که اگر طرف قرارداد فاقد صلاحیت‌های لازم می‌بود قرارداد منعقد نمی‌شد. توجه به شخصیت و صلاحیت طرف قرارداد در این حد به این معنی است که او نتواند انجام موضوع قرارداد را به کس دیگری واگذار نماید. و هرگاه بعد از شروع سرمایه‌گذاری و شروع مقدمات انجام تعهد و یا پس از انجام بخشی از تعهد بخواهد حقوق و تعهدات خود را به غیر واگذار نماید دولت حق مالکیت سرمایه با شرایطی که آزادانه به توافق خواهند رسید را خواهد داشت. گذشته از این اگر دولت تحت این شرایط نخواهد مالکیت آن را خود کسب نماید حق مخالفت با مالکیت شخص ثالث را حفظ خواهد نمود. بنابراین هر نوع انتقال بعد از شروع سرمایه‌گذاری منوط به موافقت مقدماتی دولت است و لو اینکه در قرارداد در این مورد صراحتی وجود نداشته باشد. اعطای این حق به دولت در واقع دنباله همان حق کنترل و نظارت بر انجام کار است. به این ترتیب دولت خواهد توانست حق کنترل خود را بر سرمایه‌گذاری اعمال نماید و از طرف دیگر از ورود شخص ثالثی که در بعضی از موارد مخالف مصالح ملی است جلوگیری به عمل آورد. دنباله اعمال همین حق، حق فسخ قرارداد است. دولت می‌تواند با استفاده از قدرت عمومی قرارداد را فسخ کند. البته متذکر شدیم که دولت با انعقاد قرارداد خصوصاً اعمال تصدی

می‌نماید و در راستای اعمال این حق نمی‌تواند به طور یکجانبه قرارداد را فسخ نماید و فسخ قرارداد تابع موارد پذیرفته شده در حقوق خصوصی است ولی چنانچه طرف قرارداد دولت بخواهد در انجام قرارداد اشخاص دیگری را دخالت دهد و دولت مداخله این اشخاص را مخالف نظم عمومی داخلی و یا بین‌المللی خود تشخیص دهد مسلماً حق استفاده از حق حاکمیت خود را دارد. به عنوان مثال اگر شرکت تابعیت کشوری را دارد که از نظر دولت کشور دوست تلقی می‌شود در حین انجام کار نمی‌تواند اتباع کشور غیردوست را در انجام تعهد وارد نماید. ولی ممکن است دولت به علت عدم انجام تعهدات قراردادی طرف مقابل اقدام به فسخ قرارداد نماید. فسخ قرارداد در صورت عدم انجام تعهدات قراردادی از جانب هریک از طرفین اصل مسلم حقوق خصوصی است. بدیهی است که عدم اجرای تعهدات قراردادی از جانب شرکت خارجی اختیار فسخ قرارداد را به دولت می‌دهد. ولی در هر صورت دولت از حق حاکمیت خود در اعمال این حق استفاده نخواهد کرد.

### نتیجه

از مطالعه ساختار حقوقی قراردادهای دولت و تعهدات ناشی از آن دو نتیجه متضاد حاصل می‌شود. در قسمت حقوق و تعهدات طرفین تا وقتی که مشکلی به وجود نیامده است اصل لزوم ایفاء تعهدات قراردادی حاکمیت دارد. در این قسمت طرفین به تعهدات خود عمل خواهند نمود و با احترام به حقوق یکدیگر قرارداد خاتمه خوشی خواهد داشت.

ولی به محض اینکه مشکلی به وجود آمد طرف خارجی از وضعیت حقوقی حقوق خصوصی به وضعیت دولت حاکم تغییر موضع خواهد داد و شرط قانون حاکم و دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلاف را نقض خواهد نمود. شرط قانون حاکم و دادگاه صالح تحت تأثیر معاهدات بین‌المللی رنگ می‌بازد. اگر قرارداد مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی باشد (در شرایط کنونی چنین است) شرط حاکمیت قانون ایران و دادگاه صالح ایران (شرکت ترک سل اخلاقی، روزنامه ایران، ص ۱۳) مانع مراجعه شرکت خارجی به مرکز داوری حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی و اعمال حقوق بین‌الملل بر قرارداد نخواهد بود. (خزاعی، روزنامه ایران، ص ۱۸)



## منابع و مأخذ:

### الف - فارسی

- ۱- جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر.
- ۲- صفایی، سیدحسین، (۱۳۷۵)، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، تهران، نشر میزان.
- ۳- موحد، (۱۳۴۹)، نفت ما و مسائل حقوقی آن، تهران، افست.

### - مقاله

- ۱- اخلاقی، (۱۳۸۳)، پروژه‌هایی که عقیم می‌ماند، روزنامه ایران، چهارشنبه ۲۸ بهمن، شماره ۳۰۶۰.
- ۲- افتخار جهرمی، (۱۳۷۱-۷۲)، دیوان داوری دعاوی ایران، ایالات متحده و عملکرد آن در حقوق بین‌الملل، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۶ و ۱۷.
- ۳- خزاعی، (۱۳۶۹)، (بررسی اجمالی مفهوم حقوقی J.V) دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۳.
- ۴- خزاعی، (۱۳۸۳)، حقوقدانان جهان سوم را هم فریب می‌دهند، روزنامه ایران، سه‌شنبه ۱۱ اسفند، شماره ۳۰۷۱.

### ب - لاتین

#### - آراء داوری

- 1 - Amaco, CIRDI, Le 21 nov 1984, I.LM 1985 p 10 22 ets. "This is the fundamental principle of the right of a sovereign state to nationalize or expropriate property, including contractual rights previously granted by itself, even if they belong to aliens, by now clearly admitted in national legal systems as well as in international law."
- 2 - Aramco. Rev. Crit.Dip, 1963, p. 277, "Le tribunal arbitral considerant que l'arbitrage est soumis aux regles du droit des gens pour la raison que l'une des partis est un Etat."
- 3 - Pyramides. I.C.C. n. 3879 du 25 mars 1984 J.D,I, 1985.
- 4 - texaco calasiatic, j.d.i 1977, p. 350 "it is appropriate for the tribunal to

declare that this arbitration (...) is governed by international law".

5 - maffezini. 25, janvier 2000, C.I.R.D.I rev. arb. 2001, 212.

6 - Salini, 23 Juillet 2001, J.D.I. 2002, 296.

### - کتاب و مقاله -

- 1 - Baptista et Barthez, (1980), "les associations d'entreprises", Joint venture Dans le commerce internationa, FEDUCI-L.G.D.J paris.
- 2 - Berlin, Dominique, les contrats d'Etats "State-contracts" et la protection des investissment internationaux. D.P.C.I to 13 N. 2.
- 3 - Burdeau G., (1995), Nouveles perspectives, pour l'arbitrage dans le contentieux economique interessant les Etats, Rev arb, 3.
- 4 - Cistac, G. (1996), Le renouvellement du role de l'Etat contractant dans le commerce international. D.P.C.I, n 2.
- 5 - David, Nicolas, (1986), les Clauses de stabilite dans les contrats pétroliers. Questions d'une praticien. J.D.I.
- 6 - Deraine. Y. (1943), Statue des usayes du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. arb.
- 7 - Fauchard, Ph. (1984), "L'arbitrage Elf Aquitaine IRAN"/ national Iranien oil company, Une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage., Rev, arb.
- 8 - Kahn, Rh. (1985), Souveraineté de l'Etat et reglement de litige, Regime juridique de contrat d'Etat, Rev arb.
- 9 - Kamto, Murice, (2003), La notion de contrat d'Etat: Une contribution au debat, Rev arb.
- 10 - Kosheri A.S., (1975), Le régime juridique créé par les accords de participation dans le demaine peterolier, Recuile des cours.
- 11 - Lagarde, une notion ambivalente, l'emanation de l'Etat nationalisant Melanges colliard, paris pedone.

- 12 - Lalive, (1983), "Contrats entre Etats ou entreprise etatique et personnes privees", Developpements recents RCADI, III.
- 13 - Lebaulanger, (1985), Les contrats entre Etats et entreprises etrangers, paris, Economica.
- 14 - Leben, Charles, (2003), L'evolution de la notion de contrat d'Etat, Rev, arb.
- 15 - Mnn.F.A. (1944), The law governing state contracts, bybil.
- 16 - Mayer, P. (1984), "La Neutralisation du pouvoir Normatif de L'Etat, JDI".
- 17 - Oppetit, B. (1974), L'adaptation des contrats internationaux aux chagements de circonstens clunet.
- 18 - Oppetit, B. (1984), "L'arbitrage et contrat d'Etat, 1'arbitrage Framatome et autres, AEDI 111 Clunet".
- 19 - Paulsson, (1996), "Arbitration without privity", London.
- 20 - Reymonde, C., (1985), "Souverainte de L'Etat et participation a l'arbitrage", Re arb. Cass civ, I, 14 mars 1984, R. Cirt.Dip 1984 note. D. 1984, 629. Rapport Fabe. Rev, arb. 1985, p. 69 note Couchez.
- 21 - Tschanz. Py: Contrats d, Etat et mesurse, unilaterales de L'Etat devant l'arbitre international, Rev. Crit D.I.P 1985.
- 22 - Verhoeven, L'arbitrage entre Etats et entreprises Etrangers, des régles specifiques, Rev, arb 1985, N.4.
- 23 - Weil, P. (1969), Problems relatifs aux contrats passes entre un Etat et un particulier R.C.A.D.I.
- 24 - Poirat (1998), "L'article 26 du traite ralafif a la charte de L'Energie: Procédure et réglemant des differends et statut des personnes privees", RGDIP.