

مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی¹

در حقوق تجارت بین الملل

□ دکتر حمیدرضا نیکبخت²
□ دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

چکیده

قراردادهای دولتی با آنکه در تجارت بین المللی از مقبولیت و گستردگی بسیاری برخوردار است، بنا به دلایل متعددی همچون نابرابری دو طرف، بحث انگیز بوده و ابهامها و خطرهای حقوقی و همچنین سیاسی و اجتماعی بسیاری در پی داشته است. این وضعیت، نگرانیهایی را نسبت به آینده قراردادهای مزبور برای طرفهای قرارداد (که بخشهای دولتی و خصوصی کشورمان نیز به گونه‌ای در گیر این قراردادها هستند) ایجاد می کند. این نوشتار، با بررسی نکات اساسی این قراردادها، مانند خصوصیات، چگونگی مذاکره، موقعیت طرفها، تفاوت بین دولتها و ماهیت آنها از یک سو و مواد تخصصی - حقوقی عمده قراردادهای مزبور، همچون قانون قابل اعمال، شرط ثبات، روش حل و فصل اختلافات و قوه قاهره از سوی دیگر، باعث

می‌شود تا طرفهای آن بتوانند آنها را بهتر و موفق‌تر منعقد کرده و در فضایی آرام و دور از سوء تفاهم اجرا کنند.
کلید واژگان: قراردادهای دولتی، تجارت بین‌الملل، قانون قابل اعمال، ماده (شرط) ثبات، روشهای حل و فصل اختلافات.

مقدمه

امروزه کشورها در تجارت بین‌الملل معمولاً به دو صورت فعال‌اند؛ هم از طریق اشخاص خصوصی (بخش خصوصی) و هم از طریق دولت یا مؤسسات و سازمانهای دولتی (بخش دولتی). این فعالیت، در قالب تنظیم قراردادهای کوچک و بزرگ یا ساده و پیچیده صورت می‌گیرد. کشورهای در حال توسعه غالباً از طریق بخش دولتی، واردکننده و یا میزبان تجارت بین‌الملل و کشورهای توسعه‌یافته از طریق بخش خصوصی، صادرکننده و میهمان این تجارت به شمار می‌روند. البته تجارت بین‌الملل در بین کشورهای توسعه‌یافته یا کشورهای در حال توسعه نیز به صورت دادوستدهای متقابل جریان دارد.

از میان قراردادهای متنوع و مختلف رایج در عرصه تجارت بین‌الملل، نوعی از قراردادها موسوم به قراردادهای دولتی (قراردادهایی که یک طرف آن دولت و طرف دیگر شخص خصوصی خارجی است) به رغم اینکه نسبت به سایر قراردادها مقبولیت و گستردگی بیشتر دارد، در حقوق تجارت بین‌الملل بحث‌انگیزتر بوده و با ابهامها و خطرهای حقوقی و همچنین سیاسی و اجتماعی بیشتری مواجه است. این وضعیت، بدین سبب است که مسائل غیرمتعارفی در آنها مطرح است؛ از قبیل طرفین نابرابر، قدرت معاملاتی نابرابر، موضوعات قراردادی حیاتی و اقتصادی بسیار مهم، عدم انسجام و تثبیت و یک‌نواختی قواعد حقوقی یا قوانین حاکم، تأثیرات سیاسی و اجتماعی.

در این قراردادها، یک طرف آن، دولت با ابزار و امکانات حاکمیت است و طرف دیگر، شخص خصوصی خارجی با ابزار و امکانات سرمایه‌ای و اقتصادی و بعضاً با حمایت و اغراض پنهان دولتهای خود. گرچه دولتها انعقاد این قراردادها را برای خود مفید و لازم می‌دانند، از اثرهای جانبی آنها نگران‌اند که بعضاً هم ممکن است ناروا باشد.

ممکن است اعمال و اقدامهای اشخاص خارجی طرف قرارداد در جهت اجرای قرارداد در کشور دیگر، نوعی مداخله در امور داخلی دولت، یا نوعی بهره‌کشی از کشور مربوط تلقی گردد، یا آن دولت، چنین قراردادهایی را مانع آزادی اراده یا حاکمیت و اعمال اقتدار حکومتی خود بداند و یا به تدریج از نیاز به استفاده از توانایی و تخصص یا سرمایه‌گذاری اشخاص خارجی در آن کشور بکاهد. شخص خصوصی خارجی هم از این نگران است که از طرف دولت، در روند قرارداد مشکلی ایجاد شود و با توسل به ویژگیهای حاکمیتی‌اش در اجرای قرارداد مانع ایجاد کند؛ مثلاً با استفاده از قدرت قانون‌گذاری خود، بعضی از قوانین مرتبط را تغییر دهد و عملاً اجرای قرارداد را غیر ممکن سازد و یا طرف دیگر را در اجرای آن با زیان عمده مواجه کند و حتی ممکن است به اعمالی مانند ضبط یا مصادره اموال طرف قرارداد اقدام کند. بنابراین، دو طرف قرارداد نسبت به اطمینان از آینده وضعیت قرارداد نگران‌اند. از این رو، به سبب این شرایط خاص و اینکه در کشور ما نیز چنین قراردادهایی هم برای بخش دولتی و هم برای بخش خصوصی مطرح است و هر کدام به گونه‌ای با این قراردادها درگیرند، این مقاله، بر آن است تا برای انعقاد هر چه بهتر و موفق‌تر و همچنین ایجاد فضایی آرام و دور از زمینه‌های سوء تفاهم برای اجرای آنها به تبیین نکات اساسی در این قراردادها پردازد، ابهامهای موجود در این باره را مطرح سازد و روش برطرف کردن و شفاف ساختن آنها را ارائه کند.

در نوشتار حاضر، در بخش نخست، نکات اساسی مربوط به قراردادهای دولتی، مانند خصوصیات، نحوه مذاکره، موقعیت طرفین، تفاوت بین دولتها و ماهیت آنها و در بخش دوم، مواد تخصصی-حقوقی عمده این نوع قراردادها، همچون قانون حاکم، ماده ثابت، روش حل و فصل اختلافها (دعاوی) و قوه قاهره بررسی می‌شود.

نکات اساسی مربوط به قراردادهای دولتی

الف) مفهوم قراردادهای دولتی

مراد از قراردادهای دولتی، قراردادهایی است که از سوی دولتها (اعم از مؤسسات

دولتی فاقد ماهیت حقوقی مجزا از دولت یا دارای شخصیت حقوقی مستقل) با اشخاص خصوصی خارجی (اعم از حقیقی یا حقوقی) منعقد می‌شود. قراردادهای یا موافقتنامه‌های بین دولتها یا بین دولت و سازمانهای بین‌المللی داخل این بحث نیست.^۱ روشن است که یک دولت می‌تواند وارد قراردادهای متنوع با طرفهای خصوصی خارجی شود.

کلاً این قراردادها را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

۱. قراردادهای مربوط به معاملات ساده؛ از قبیل قراردادهای مربوط به خرید و فروش (صادرات و واردات) کالاهای مورد نیاز یا تولیدات معمولی یک کشور؛ مثل غلات، روغن، شکر، منسوجات و وسایل حمل و نقل کوچک و بزرگ و.... این قراردادها با عنوان کلی «قراردادهای خرید و فروش» نیز شناخته می‌شوند.

۲. قراردادهای مربوط به معاملات پیچیده و مهم؛ از قبیل قراردادهای مربوط به کشف، استخراج معادن و مخازن طبیعی؛ قراردادهای مشترک تولیدی، کمکهای فنی و انتقال فن آوری؛ قراردادهای مربوط به امور کشاورزی و سازندگی، تأسیسات صنعتی (کارخانه‌ها و نیروگاهها)؛ قراردادهای ساختمانی عمده برای احداث شهر، شهرکها، بندرها، جاده‌ها، بزرگراهها و فرودگاهها؛ و از این قبیل. این قراردادها با عنوان کلی «قراردادهای اجرای پروژه» یا «قراردادهای طولانی مدت» هم معروف‌اند. در این دو دسته از قراردادها جنبه‌های حقوقی مشترک فراوان وجود دارد، ولی از آنجایی که دسته دوم، همان‌طور که اشاره شد، از پیچیدگی و اهمیت زیادی برخوردار است و اجرای غالب این نوع قراردادها ممکن است برای مدتهای طولانی

۱. عنوان قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل، بر قراردادهایی که یک دولت با یک شخص دولتی (عمومی) خارجی از باب تجارت و تصدی و نه از باب حاکمیت، منعقد می‌کند، نیز اطلاق می‌شود که مورد نظر این نوشتار می‌باشد. این بحث، شامل قراردادهای سرمایه‌گذاری بین اتباع بیگانه و دولت سرمایه‌پذیر که هدف آن، تشویق و حمایت متقابل طرفهای متعاقد از سرمایه‌گذاری اتباع یکدیگر در قلمرو طرف متعاقد دیگر است، نیز می‌شود. چنین قراردادهایی معمولاً براساس معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری (Bilateral Investment Treaties - BITs) منعقد می‌شود که این معاهدات نیز عموماً دارای همان اوصاف و خصوصیات قراردادهای دولتی است که در این نوشتار بحث می‌شود.

سالها) ادامه یابد، در این مقاله، بیشتر بررسی می‌شود.¹

ب) خصوصیات قراردادهای دولتی

قراردادهایی که بین دولتها و اشخاص خصوصی خارجی منعقد می‌شود، با قراردادهایی که بین اشخاص خصوصی از دو کشور مختلف منعقد می‌شود، تفاوتی دارد. پاره‌ای از این تفاوتها از این قرار است:

1. قراردادهای دولتی مورد بحث، غالباً برای یک مدّت طولانی ۵ تا ۲۰ سال و حتی بیشتر منعقد می‌شود.
2. غالباً دولت طرف قرارداد، یک کشور در حال توسعه است و طرف خصوصی خارجی، یک شرکت بزرگ یا چندملیتی است که موجودیت حقوقی آن در کشورهای صنعتی و توسعه‌یافته قرار دارد.
3. در این قراردادها تا حدّ زیادی، عناصر سیاسی و اجتماعی ممکن است مؤثر باشد؛ چون بعضاً دولت طرف قرارداد مجبور است قسمتی از خاک یا سرزمین خود را در اختیار طرف دیگر نهد، یا امکانات خاصی از لحاظ مالکیت، صادرات و واردات برای وی فراهم کند و یا حتی مقررات و قوانینی اختصاصی در امور خاصی، مانند مالیات، حقّ مالکیت، اجاره، گمرک و... برای عملکرد طرف دیگر وضع کند، یا ممکن است افکار عمومی در سرنوشت قراردادی که موضوع آن، منابع حیاتی کشور است، نقشی اساسی داشته باشد؛ از این رو، موضوعاتی نظیر حقّ مالکیت یا حقّ اعمال حاکمیت که از موارد خاصّ قراردادهای دولتی است، در قراردادهای خصوصی مطرح نیست.
4. خطر عمده‌ای این قراردادها را تهدید می‌کند؛ بدین معنا که چون یک طرف قرارداد، دولت با در دست داشتن کلیه ابزارهای قدرت است، ممکن است در هر شرایطی و در هر مرحله‌ای، بنا به صلاح‌دید خود، قرارداد را یک‌طرفه فسخ کند و یا شرایطی از آن را تغییر دهد و چنانچه طرف خصوصی، حقّی داشته باشد، آن را

1. در این نوشتار، از ورود به جزئیات و بحث در مسائل و مشکلات حقوقی مبتلا به در قراردادهای دولتی خودداری می‌شود. برای آگاهی از تفصیل بیشتر در این باره، ر.ک:

H. R. Nikbakht, State Contracts and Arbitration, Exeter University (U.K.), Law Library Thesis, ۱۹۹۱.

نادیده بگیرد و هیچ گونه گرامتی هم نپردازد.^۱

۵. این قراردادها ممکن است مورد سوء استفاده دولت متبوع شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد قرار گیرد و به ابزاری برای مداخله در امور سیاسی و اقتصادی کشور دولت طرف قرارداد (خصوصاً در کشورهای ضعیف و در حال توسعه) تبدیل شود؛ بنابراین، این احتمال هست که دولتها، قراردادهای منعقد شده از سوی اتباع خود را در جهت اهداف سوء خود سوق دهند.^۲

۶. چگونگی حل اختلاف در این نوع قراردادها از مسائل مهم و پیچیده است. اصولاً در قرارداد، مقرراتی درج می شود که تا حد امکان از بروز اختلاف جلوگیری کند و نیز قرارداد را از حالت تزلزل خارج سازد و از فسخ، ابطال یا تغییر یک جانبه آن جلوگیری کند؛ با وجود این، اختلاف در بعضی موارد اجتناب ناپذیر است و در سطح بین المللی، دیوان دادرسی مشخصی برای رسیدگی به چنین اختلافی وجود ندارد. از این رو، در این قراردادها طرفین معمولاً روش حل اختلاف (دعوا) را از راه داوری بین المللی بر سایر روشها ترجیح می دهند.^۳

ج) مذاکره

نخستین مرحله مذاکره در تنظیم قراردادهای دولتی، مشخص کردن موضوع

۱. بدیهی است که هیچ گاه چنین اختیار یک طرفه ای برای دولتها در این گونه قراردادها پیش بینی نمی شود و بحثهای فراوانی در حقوق بین الملل درباره فسخ یک طرفه یا نقض قراردادها با پرداخت یا بدون پرداخت غرامت، مطرح است. اما ویژگیهای این قراردادها باعث فسخ بسیاری از آنها در صحنه بین المللی شده که معمولاً در قالب ملی کردن موضوع قراردادها، مصادره اموال بیگانگان، اخراج بیگانگان از کشور یا وضع قوانین بازدارنده بوده است.
۲. اشخاص خصوصی خارجی طرف قراردادهای دولتی قاعداً خود چنین اهدافی ندارند و معمولاً به دنبال جنبه های اقتصادی قرارداد و منافع شخصی خود هستند، لکن دولتهای متبوع آنها ممکن است چنین نیاتی را داشته باشند و شرکتهای خصوصی را پوششی برای اجرای نیات خود بدانند.
۳. شخص خصوصی خارجی در قراردادهای خرید و فروش با دولت، معمولاً با روشهای مبادلات بانکی، تضمینهای لازم را از طرف دولتی برای اجرای قرارداد می گیرد و در قراردادهای اجرای پروژه، علاوه بر آن، بر صلاحیت محاکم و گاهی بر صلاحیت قوانین آن دولت تمکین نمی کند تا در صورت نقض قرارداد از سوی دولت یا مواردی چون ملی کردن یا مصادره سرمایه یا اموالش، راهی برای احقاق حق داشته باشد.

قرارداد است. هدف از مذاکره، رسیدن طرفین به فهم و درکی کامل از ماهیت و دامنه قراردادی است که می‌خواهند منعقد کنند؛ چراکه کلیه جوانب و زوایای آن باید بدون هیچ ابهام و تردیدی برای طرفین روشن شود. این فرض که یک طرف قرارداد، همه جوانب امر را می‌داند و اطلاعات کامل را در اختیار طرف دیگر نیز قرار می‌دهد، اشتباه است. در مذاکره، هر یک از طرفین باید جزئیات لازم را از طرف دیگر بخواهد، در واقع، هر دو طرف باید به طور کامل به تبادل خواسته‌ها و انتظاراتشان از همدیگر و نیز از قرارداد پردازند.

در مواردی، دولت طرف قرارداد، از موضوع آن یا پروژه مورد نظرش، در حدود کلیات آگاهی دارد، در واقع، اصطلاحاً طرح خامی از آن را در اندیشه دارد؛ از این رو، باید در برخی موضوعات حتی قبل از ورود به بحث از تنظیم قرارداد، مطالعات جزئی اجرایی را درباره آن داشته باشد تا بتواند به نتیجه یا تصمیم‌گیری نهایی پردازد و سایر دستگاه‌های مربوط را آگاه کند و در صورت لزوم، موافقت یا مجوز سایر اشخاص یا ارگانها را (همچون اعضای کابینه یا بخش خاصی از کابینه یا قوه مقننه و یا سایر مراجع ذیربط) کسب کند. ممکن است دولت مربوط به کسب اطلاعات مشخص و مفصلی نیاز داشته باشد مبنی بر اینکه موضوع قرارداد منظور، چه تأثیری در توسعه و پیشرفت بخش‌های مربوط کشورش می‌گذارد و از نظر اقتصادی نیز چه منافعی را نصیب کشورش می‌کند؛ یعنی، مثلاً از نظر مسائل کارگری و ایجاد اشتغال و به کارگیری اتباع آن، تا چه اندازه مؤثر خواهد بود و چه تحرک و انگیزه‌ای را برای سایر صنایع یا فعالیتهای تجاری ایجاد خواهد کرد. برای روشن شدن موارد فوق، لازم است افزون بر شروطی که در قرارداد ذکر می‌شود، یادداشتی دربردارنده نکات لازم (گزارش توجیهی) نیز به دولت ارائه گردد؛ برای نمونه، حسب موضوع قرارداد تخمینی از بازدهی موضوع مورد قرارداد، تخمین مقدار خریدهایی که در داخل کشور انجام خواهد شد، تخمین به کارگیری کارگران محلی در موضوع قرارداد و دستمزدهایی که به آنها پرداخت خواهد شد، تخمین مالیاتی که از طرح ایجادشده در اثر قرارداد اخذ خواهد شد و پیش‌بینی صرفه‌جویی در ارز خارجی و بنا به مورد، پیش‌بینی ایجاد یا افزایش توان صادراتی

از موضوع قرارداد و ارزش خارجی که عاید دولت خواهد شد و... ممکن است برای انعقاد قراردادی خوب و مطمئن، مفید باشد؛ از جمله اینکه توضیحات توجیهی در قرارداد ممکن است حمایت عمومی را در کشور دولت طرف قرارداد جلب کند. می‌توان قسمتهایی از آنچه در گزارش یا یادداشت توجیهی آمده است، به صورت کلی در مقدمه یا دیباچه قرارداد درج کرد تا از آنها در مراحل بعدی برای تفسیر قرارداد استفاده گردد، اما باید تلاش شود مطالب به گونه‌ای باشد که تعهدات یا الزامهایی افزون بر شرایط قرارداد برای طرفین ایجاد نکند.

از طرف دیگر، شخص خصوصی خارجی نیز برای انعقاد قرارداد با یک دولت به اطلاعات جامع نیاز دارد. مذاکرات برای این منظور، منبع مهمی به شمار می‌رود. او برای انعقاد یک قرارداد مؤثر و فراگیر که منافعش را تأمین کند، باید اطلاعات کافی از اوضاع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور دولت طرف قرارداد داشته باشد. نخست اینکه باید شناخت و آگاهی خوبی از قوانین آن کشور داشته باشد، خصوصاً اینکه معمولاً دولتها تأکید دارند که قانون کشورشان، قانون قابل اعمال (قانون حاکم) بر قرارداد باشد؛^۱ از این رو، شخص خصوصی خارجی باید مطالعه و تحقیقی عمیق از اوضاع مختلف کشور دولت مربوط به عمل آورد و آگاه باشد که قانون اساسی آن کشور، از اهمیت خاصی برخوردار است.^۲

مطالعه اوضاع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور دولت طرف قرارداد، در بسیاری از موارد، ممکن است آینده قرارداد و عملی یا اجرایی بودن آن را روشن سازد. برای اطلاع از این اوضاع و جو سرمایه‌گذاری یا انتقال سرمایه و نیروی کار و فن‌آوری در کشور طرف قرارداد، دولت متبوع شخص خصوصی از طریق وزارت امور خارجه یا دفتر اقتصادی-تجاری مربوط، کمک بزرگی برای او خواهد بود. سازمانهای دیگر دولت متبوع نیز ممکن است در برخی از زمینه‌های مذکور،

۱. معمولاً طرفین قراردادهای دولتی، مذاکره و تنظیم قرارداد را به وسیله نمایندگان خود که قاعدتاً حقوق‌دان (وکیل یا مشاور حقوقی) نیز در میان آنها می‌باشد، انجام می‌دهند. امور حقوقی و قانونی مذاکرات و قرارداد بر عهده حقوق‌دانان تیم مذاکره‌کننده است.
۲. در این باره، توضیحاتی را در صفحات بعدی می‌آوریم.

اطلاعات خوبی برای شخص خصوصی، از کشور مورد نظر داشته باشند. همچنین گاهی دولت متبوع شخص خصوصی، ممکن است مناسب بودن مذاکره برای انعقاد قرارداد را به وی اعلام کند.¹ سفارتخانه کشور دولت طرف قرارداد در کشور متبوع شخص خارجی و انتشارات سازمان ملل نیز ممکن است اطلاعات خوبی به شخص خصوصی ارائه دهد.

اهمیت آگاهی از قانون اساسی کشور دولت طرف مذاکره، بدین سبب است که اساساً ماهیت دولت را برای شخص خارجی، حدود اختیارات دولت یا مؤسسه‌ای خاص که ممکن است طرف قرارداد باشد و همچنین شرایط و چگونگی انعقاد قرارداد از سوی دولت را مشخص می‌کند. بعلاوه، پاسخ سؤالاتی درباره محدودیتهای دولت در بخش تجارت یا اقتصاد، محدودیتهای موجود برای خارجیا یا سرمایه‌گذاری خارجی و وجود حمایت‌های احتمالی برای اشخاص خارجی در قرارداد با دولت و امثال این موارد را روشن می‌کند.

قوانین وضع شده دولت نیز باید بررسی شود؛ زیرا این کار، مقررات قابل اعمال بر سازمانها و شرکتهای خارجی طرف قرارداد و همچنین چگونگی، اشکال و وضعیت سازمانهای تجاری خصوصاً شرکتهای خارجی و ثبت آنها را تعیین می‌کند. همچنین بررسی قوانین مالیاتی و قوانین مربوط به صادرات و واردات و محدودیتهای آنها در کشور طرف قرارداد و نیز مقررات مربوط به کنترل و خروج ارز از کشور، حدود منافع اقتصادی و مشکلات احتمالی شخص خصوصی خارجی را روشن می‌کند.

افزون بر این، اهمیت آگاهی از این قوانین و مقررات ممکن است به این دلیل باشد که موضوع همه آنها در کنترل طرف دولتی بوده و احتمال تغییر آنها از سوی

1. باید در نظر داشت که در قراردادهای مورد بحث ممکن است دولت متبوع شخص خارجی با دولتی که طرف قرارداد آینده خواهد بود، ملاحظات خاص سیاسی-اقتصادی داشته باشد؛ مثلاً تحریم اقتصادی یا تعهدات کمک اقتصادی به آن کشور را وضع کرده باشد. در این صورت، آگاهی شخص خارجی از این ملاحظات برای انعقاد قرارداد با دولت مربوط لازم است؛ زیرا یا انعقاد قرارداد را مانع خواهد شد، یا انعقاد آن را تسهیل خواهد کرد.

دولت و ایجاد خطر برای طرف خصوصی خارجی را در بر داشته باشد. شخص خصوصی خارجی نیز با اطلاع از این قوانین برای اطمینان از برخورداری از سود لازم، انتقال سود و سرمایه خود به خارج از آن کشور در هر زمان و نیز اجرای قرارداد در شرایط مناسب بدون مواجه شدن با مشکلات غیر منتظره، تدابیر لازم را می‌اندیشد.

یادآوری می‌شود که ممکن است معاهدات بین‌المللی دو یا چند جانبه بین دولت طرف قرارداد و دولت متبوع شخص خصوصی خارجی نیز وجود داشته باشد که حقوقی را برای شخص خصوصی خارجی مقرر کرده باشد؛ مانند تعهد به رفتار غیر تبعیض‌آمیز، یا پرداخت غرامت عادلانه در صورت مصادره اموال و یا قواعدی را برای رسیدگی به اختلافات طرفین و اجرای احکام صادره از سوی مراجع خاص پیش‌بینی کرده باشد.^۱ اطلاع از چنین معاهداتی نیز همانند موارد فوق، از مسائل مهمی است که ممکن است در مذاکرات تبیین گردد.

در هر صورت، به کارگیری حقوق‌دانی مبرّز و تأثیرناپذیر از کشور دیگر نه تنها از نظر اینکه از قانون کشور خود مطلع‌اند، بلکه بدین سبب که بسیاری از جنبه‌های وضعیت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور خود را هم می‌دانند، ممکن است مفید باشد.

درباره طرف دولتی، قطعاً نمایندگانی از دولت، مأمور مذاکره و تهیه مقدمات قرارداد خواهند بود. گرچه این نمایندگان، اصولاً از طرف سازمانهای دولتی‌اند، این احتمال هست که آنها از طبقه وزرا یا اجزایی از کابینه یا معاونان آنها باشند. این افراد، گرچه ممکن است از لحاظ پست و مقام، شایستگی و توانایی لازم را دارا باشند، بعید است که بیشتر آنها از ملاحظات تجاری و مشکلات عملی حقوقی یا رسوم تجاری که ممکن است قرارداد با آن مواجه باشد، اطلاع کافی داشته باشند.

بنابراین، آنچه تاکنون در خصوص نیاز شخص خصوصی به اطلاعات ذکر شد، در بسیاری از موارد، برای دولت طرف قرارداد نیز مطرح است. طرف دولتی نیز برای اجرای قرارداد، به آگاهی از کفایت و توانایی شخص خصوصی خارجی

۱. نمونه این گونه معاهدات، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری است که در قسمتهای بعدی به آن می‌پردازیم.

علاقه دارد. ممکن است شخص خصوصی، یک مؤسسه بزرگ پیمانکاری و دارای شهرت جهانی باشد، اما برای نمایندگان طرف مذاکره مهم است که از فعالیتهایش آگاه باشند و بدانند چه فعالیتهایی برای موفقیت موضوع مورد قرارداد به کار گرفته می‌شود؛ برای مثال، امکانات تحقیقاتی، لوازم فن آوری و در صورت لزوم، امکانات پخش و بازاریابی وی چیست؟ برای این منظور، یک یادداشت یا گزارش سابقه که در آن، شخص خصوصی معرفی شده و عملکردش در کشورها، مکانها و شرایط مختلف با درجه موفقیتش بیان شده باشد، لازم خواهد بود. در هر صورت، فرض آن است که طرف دولتی، با به کار بردن کلیه تمهیدات و آشنایی کامل با طرف خارجی خود، تمامی جوانب موضوع قرارداد برایش روشن و از کلیه حقوق و مزایای قرارداد خود آگاه است.

در مذاکرات معمولاً آگاهی از حدود اختیارات و مسئولیتهای نمایندگان دولتی برای طرف خصوصی خارجی لازم است؛ بنابراین، اگر فرضاً طرف دولتی قرارداد، یکی از ارکان دولت یا مؤسسه‌ای از دولت باشد، باید حدود اختیارات وی و همچنین ماهیت حقوقی و گستره فعالیتش برای طرف خارجی مشخص شود؛ زیرا ممکن است این اشکال شود که آیا اصولاً مذاکره کننده، صلاحیت لازم را برای مذاکره یا انعقاد قرارداد داشته است یا نه و آیا طرف قرارداد، مؤسسه دولتی به شمار می‌رود یا نه و استقلال حقوقی او چگونه است؟ بنابراین، باید با دلایل و اسناد قطعی، مانند سند نمایندگی و اساسنامه مؤسسه، مشخص گردد که نمایندگان دولت دارای کلیه اختیارات و وضعیتهای لازم برای انعقاد قرارداد هستند و تصمیم یا امضای آنها، نافذ، الزام‌آور و اجراشدنی است.

درباره تکنیک یا فن مذاکره باید متذکر شد که اساساً به سختی می‌توان ادعا کرد که یک راه جامع و کامل وجود دارد، یا یک روش بر دیگر روشها برتری دارد؛ بنابراین، نمی‌توان راه خاصی را برای مذاکره تجویز کرد. این امر، به توانایی، تجربه و حتی شخصیت مذاکره کننده بستگی دارد. یک مذاکره کننده کارآمد حتی ممکن است از تجربه و سوابق کاری دیگران نیز بهره گیرد، اما در نهایت، در شرایط و موارد خاص، باید با اتکا به نظر و درایت خود عمل کند. چنانچه مذاکره توسط

نماینده انجام می‌شود، گاهی لازم است در جهت نفع و صلاح اصیل خود در رفع نارساییها و موانع با طرف دیگر نیز همکاری کند تا به تفاهمی مشترک از موضوعات برسند، در واقع، باید تلاش کند تا طرفین را از هر لحاظ، شکلی یا ماهیتی به همدیگر نزدیک سازد. به هر صورت، در نهایت، طرفین یا نمایندگان آنها باید مطمئن شوند که از تمام نکات لازم و جوانب قرارداد و همچنین مقررات حقوقی مربوط به آن، کاملاً آگاه‌اند.

همان‌طور که گفته شد، هدف از مذاکره، تنظیم موافقت‌نامه‌ای (قراردادی) است که کاملاً برای طرفین آن مفهوم، و فاقد نکات مبهم و نامعلوم باشد. طرفین مذاکره‌کننده تلاش می‌کنند پیش‌نویسی از قرارداد را تهیه کنند که با در نظر گرفتن ملاحظات خاص سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، تجاری و حقوقی که ممکن است با آن مواجه شود، با موضوع قرارداد مناسبت تنگاتنگی داشته باشد.

باید در نظر داشت که ممکن است مذاکره‌کننده از طرف دولت برای نهایی کردن مذاکرات و امضای قرارداد، به تصویب یا تأیید اقدامهای خود از سوی سایر ارکان دولت یا قوه مقننه نیاز داشته باشد؛ از این رو، همیشه ممکن است آنها باز کردن مجدد هر قسمت از مذاکرات قبلی را خواهان باشند تا بررسیها و توضیحات لازم را داشته باشند. به هر حال، اگر طرف دیگر مذاکره (شخص خصوصی خارجی) از ابتدای مذاکرات، نکات خاص و بنیادی را درک و بررسی کرده باشد، در این موارد، مشکلی در پیش رو نخواهد داشت.

(د) موقعیت طرفین

برخلاف قراردادهای خصوصی بین دو تبعه بیگانه، یا یک موافقت‌نامه بین دو دولت، موقعیت طرفین قرارداد در قراردادهای دولتی یکسان و برابر نیست. در این قراردادها یک طرف آن، دولت با تمامی ابزارهای قدرت و کنترل است،^۱ در حالی که طرف دیگر، شخصی خصوصی است که چنین خصیصه‌ای را ندارد. دولت

۱. در قراردادهای دولتی که طرف دولتی آن، مؤسسه‌های دولتی باشد، نیز در مواردی، خصوصیات و موقعیت خاص دولت مطرح است.

طرف قرارداد ممکن است یک کشور کوچک یا از کشورهای در حال توسعه باشد که با این حال، دارای تمامی اختیارات، حقوق و مصونیت‌هایی است که در روابط حقوق بین‌الملل برای دولت‌ها متصور است و می‌تواند از همه آنها بهره‌مند شود و در صورت لزوم، آنها را به اجرا گذارد. دولت، دارای قدرت قانون‌گذاری است و می‌تواند با اعمال این قدرت، بسیاری از شرایط قرارداد را کنترل و یا محدود کند و قوانین و مقرراتی را که در لوای آنها قرارداد اجرا می‌شود، تغییر دهد یا نسخ کند و عملاً اجرای قرارداد را غیر ممکن سازد.

قلمرو حاکمیت یا سرزمین دولت طرف قرارداد، محل اجرای قرارداد است و شخص خصوصی خارجی باید در این قلمرو، عملیات اجرایی خود را انجام دهد؛ از این رو، دولت به مثابه میزبان و شخص خصوصی خارجی، میهمان است. برای شخص خارجی موارد فراوانی در کشور میزبان و در محدوده اختیارات دولت طرف قرارداد مطرح است که با نظر و تصمیم دولت و معمولاً به صورت وضع قوانین و مقررات از سوی دولت کنترل می‌شود؛ مواردی از قبیل ورود و خروج افراد مورد نیاز شخص خصوصی خارجی به کشور مذکور، نقل و انتقال آزادانه اموال مورد نیاز، حمل و نقل و ارتباطات داخل و خارج از کشور، استفاده از اموال دولتی در داخل کشور و نیز بعضاً استفاده از اموال خصوصی دیگران و سلب مالکیتشان از آنها به منظور بهره‌برداری شخص خصوصی خارجی از آنها برای اجرای قرارداد، در هر جا که لازم باشد، صدور مجوز یا اخذ مجوزهای لازم برای ساختمان و احداث تأسیسات، امکان به کارگیری کارگران محلی و خارجی، تنظیم روابط بعضی از مؤسسات داخلی با شخص خارجی، نقل و انتقال ارز خارجی به داخل و خارج از کشور، پرداخت عوارض مختلف مربوط به صادرات و واردات و مالیات، انتقال عواید مربوط به شخص خصوصی خارجی، سرمایه و امکانات وی به خارج از کشور، و موارد مشابه دیگر.

دولت، دارای حق حاکمیت است و می‌تواند با توسل به این حق، قراردادهایی را که خصوصاً به منابع طبیعی یا حیاتی آن کشور یا ارائه بعضی از خدمات مهم، مربوط می‌شود، لغو و باطل کند، اموال و سرمایه شخص خارجی را مصادره یا ملی

کند و حتی از پرداخت غرامت به او امتناع ورزد.^۱ این خطر، زمانی بیشتر است که قانون حاکم بر قرارداد، قانون کشور طرف دولتی باشد؛ زیرا دولت می‌تواند با استفاده از قدرت قانون‌گذاری خود، قانون حاکم را نیز تغییر دهد، یا قانون جدیدی را وضع کند و در نتیجه، اجرای تعهدات خود یا مؤسسه‌اش را مشکل یا کاملاً غیر ممکن سازد، یا حتی عملاً باعث ابطال قرارداد یا اجرا نشدن آن گردد.

نابرابری موقعیت طرفین قرارداد دولتی در هنگام بروز اختلاف یا اقامه دعوا از مشکلات مهم، به‌ویژه برای شخص خصوصی طرف قرارداد، خواهد بود؛ زیرا مسئولیت دولتها تابع قواعد حقوقی بین‌المللی است، در حالی که مسئولیت اشخاص خصوصی، تابع قوانین ملی است. چنانچه اختلافی بین دو دولت به وجود آید، قواعد حقوق بین‌الملل عمومی بر آن حاکم می‌باشد و اگر بین دو شخص خصوصی (بیگانه) ایجاد شود، با قوانین داخلی یک کشور مرتفع می‌شود.^۲ اما هنوز این مسئله که اختلاف بین اشخاص خصوصی خارجی و دولتها تابع چه قانونی است، حل نشده و نظریه‌ها در این باره، بسیار متفاوت است. همچنین در سطح بین‌الملل، دادگاه یا مرجعی نیست که شخص خصوصی بیگانه بتواند با توسل به آن، علیه یک دولت، اقامه دعوا کند. رسیدگی به اختلاف بین شخص خصوصی خارجی و دولت، ممکن است با یک روش زمان‌بر و سخت دیپلماتیکی انجام گیرد، به این صورت که دولت متبوع شخص خصوصی، دعوای تبعه‌اش را با عنوان حمایت دیپلماتیک^۳ بر عهده گیرد و آن را در یک دادگاه بین‌المللی (دیوان بین‌المللی دادگستری)^۴ اقامه کند. از طرف دیگر، اقامه دعوا علیه یک دولت در دادگاههای داخلی کشوری غیر از کشور آن دولت نیز با موانع خاصی روبه‌رو است که باعث می‌شود دادگاه مزبور نتواند به

۱. اینکه آیا این‌گونه اعمال از طرف دولتها با قواعد حقوق بین‌الملل مغایر است یا نه، محل بحث جدی حقوق‌دانان حقوق بین‌الملل است.

۲. اینکه آیا باید فقط قوانین داخلی (ملی) بر روابط اشخاص خصوصی (با عنصر خارجی) حاکم باشد یا قواعد حقوقی فرامرزی نیز ممکن است بر این روابط حاکم باشد، از بحثهای جدی حقوق‌دانان بین‌المللی و برخی از نظامهای حقوقی داخلی است.

3. Diplomatic Protection.

4. International Court of Justice.

دادخواهی شخص خصوصی خارجی علیه یک دولت پردازد؛ مثلاً «اصل مصونیت قضایی»^۱ و «نظریه عمل دولتها»^۲ ممکن است از موانع عمده احقاق حق شخص خارجی از یک دولت باشد.^۳

همچنین به فرض اینکه شخص خصوصی خارجی بتواند نهایتاً دولت ناقض قرارداد را تعقیب قضایی کند و حکم محکومیت او را بگیرد، در مرحله اجرای حکم هم بدین سبب که محکوم علیه، یک دولت است، با مشکلات و موانع مهمی روبروست، خصوصاً اینکه ممکن است دولت با کمک دو اصل فوق، اجرای حکم را کاملاً عقیم سازد.

ه) وضعیت دولتهای طرف قراردادها

دولتهای طرف قرارداد با اشخاص خصوصی خارجی، همان گونه که گذشت، غالباً از کشورهای در حال توسعه‌اند و در موارد اندکی ممکن است این دولتها از کشورهای توسعه یافته باشند. در هر صورت، شرایط و اوضاع حاکم بر انعقاد قرارداد با دولت، در کشورهای مختلف متفاوت است. یک کشور ممکن است از سیستم حقوقی بسیار پیشرفته‌تر، قانون مدنی پیشرفته، قوانین سرمایه‌گذاری خاص، قوانین مالیاتی و حتی قانون خاص برای موضوع قرارداد (مثل قوانین منابع طبیعی) برخوردار باشد، اما در کشور دیگر، یک سیستم حقوقی ابتدایی و مبهم حاکم باشد. همچنین سیستم قضایی یک کشور ممکن است شهرت خوبی از نظر توانایی و استقلال در دادرسی داشته باشد، در حالی که کشور دیگر، چنین شهرتی را نداشته باشد، تا آنجا که تعهد غیر رسمی یک دولت در عرصه تجارت بین‌الملل از نظر

1. «Principle of Sovereign Immunity»؛ براساس این اصل، دولتها و نمایندگانشان و قسمتی از اموال دولتی از تعقیب و محاکمه شدن در دادگاههای کشور خارجی یا از اقدامهای اجرایی علیه آنها معاف هستند.
2. «Act of States»؛ براساس این نظریه، دادگاههای داخلی صلاحیت ندارند اعتبار، نفوذ یا مشروع بودن عمل دولت دیگری (نظیر وضع قانون یا صدور یک فرمان و...) را که در محدوده قلمرو آن دولت صورت گرفته، بررسی و داوری کنند.
3. بر هر دو اصل مذکور، به‌ویژه اصل مصونیت قضایی دولتها، محدودیتهای فراوانی وارد شده است که بحث از آن، مقاله‌ای دیگر را می‌طلبد.

اعتبار مالی ممکن است همچون تعهد رسمی دولت دیگر قابل اتکا و الزام آور باشد. قانون اساسی یا بعضی قوانین دیگر وضع شده در بعضی از کشورها ممکن است تسهیلات و مقرراتی برای حمایت از قراردادهای دولتی مثل موارد مرتبط با سرمایه گذاری خارجی، پیش بینی کرده باشد و یا دولت طرف قرارداد، طرف معاهدات بین المللی دو یا چند جانبه ای باشد که مشارکت اشخاص خصوصی خارجی را در توسعه اقتصادی- تجاری کشورش، تشویق و تسهیل کند و آنها را در مقابل خطرهای احتمالی حفظ و حمایت کند. در یک کشور ممکن است محرکهای خاصی برای انعقاد قراردادهای دولتی یا مواردی مانند سرمایه گذاری و جذب سرمایه های خارجی در یک کشور [کشور سرمایه پذیر خارجی] پیش بینی شده باشد، اما در یک کشور دیگر، ممکن است انواع محدودیتهای حقوقی در این باره وجود داشته باشد؛ مثلاً تمام یا بخشی از فعالیتهای خاص اقتصادی در رشته های معین به بخش عمومی واگذار شود و هر قراردادی در این باره، به بخش عمومی منحصر باشد، یا اینکه قانوناً برای اجرای هر قرارداد مهمی باید به نسبتی از نیروی کار محلی استفاده گردد و یا اینکه آموزش اتباع آن کشور بخشی از قرارداد مربوط باشد.

سرانجام اینکه بعضی از کشورها، خصوصاً کشورهای در حال توسعه، در صورت نقض تعهدات و قراردادهایشان، برخی از مقررات و اصول موجود بین المللی در این باره را معتبر نمی دانند، بلکه آنها را قدیمی، کهنه و یک طرفه به نفع کشورهای پیشرفته می دانند؛ از این رو، برای آنها اهمیتی قائل نیستند، در حالی که برخی دیگر، به ویژه کشورهای پیشرفته، بر نفوذ، اعتبار و اعمال آنها تأکید دارند. حال، باید به این نکته نیز اشاره کرد که اگر قرار است مؤسسه ها یا سازمانهایی از دولت، طرف قرارداد باشند، باید ماهیت حقوقی و استقلال آنها دقیقاً مشخص شود؛ چه این مؤسسه ها و سازمانها متفاوت اند، بعضی، از هر نظر مستقل اند و آیین نامه اداری و اجرایی خاص خود را دارند و می توانند در امور مربوط به خود تصمیم بگیرند که در مقابل، دولت، فقط نقش ناظر یا کنترل کننده دارد. حتی این قبیل مؤسسه ها یا سازمانها به کارهایی می پردازند (صرفاً فعالیتهای تجاری) که ارکان

دولت نیز آنها را انجام نمی‌دهند، در حالی که برخی دیگر، جزئی از دولت به شمار می‌روند و به عنوان وسیله و بازوی او، دستورها و تصمیمهای او را اجرا می‌کنند و تقریباً استقلالی از دولت ندارند. مسلم است که در چنین صورتی، بین دولت و این قبیل مؤسسه‌ها یا سازمانهای دولتی تفاوتی نیست. اهمیت تمایز بین این دو دسته از مؤسسه‌ها و سازمانها (که هر دو دولتی نامیده می‌شوند) به سبب این اعتقاد است که در محدوده حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق تجارت بین‌الملل، فقط قراردادهای دسته دوم ممکن است از ضوابط و قواعد حاکم بر اعمال دولتها (اعمال حاکمیت) تبعیت کند و در هنگام بروز اختلاف و اقامه دعوی مربوط به این قراردادها، مزیت و امتیازات ویژه‌ای که برای دولتها ممکن است وجود داشته باشد؛ مثل اصل مصونیت دولتها، یا اقامه دعوا علیه طرف دولتی در دادگاههای کشور آن دولت، اعمال‌شدنی است.

در همین راستا، باید در نظر داشت که مؤسسه‌ها و سازمانهای دولتی نیز که شخصیتی مستقل از دولت نیستند، ممکن است از لحاظ وظایفی که بر عهده دارند، متفاوت باشند؛ یعنی هر کدام در انجام دادن امر خاصی تخصص داشته باشند؛ از این رو، انعقاد قرارداد خاصی ممکن است در محدوده وظایف یک مؤسسه دولتی نباشد، بلکه در تخصص مؤسسه‌ای دیگر باشد. بنابراین، در انعقاد یک قرارداد با مؤسسه‌ها و سازمانهایی از دولت باید به حدود وظایف و اختیارات آنها هم توجه شود و هر تردید احتمالی در این باره را باید از ابتدا برطرف کرد و یا در هر شرایطی، دولت را طرف مسئول در قرارداد درج کرد، در غیر این صورت، ممکن است دولت به آسانی به صورت مانعی در اجرای تعهدات مذکور در قرارداد یکی از سازمانهایش یا وابسته به خودش ظاهر شود؛ مثلاً مقرراتی وضع کند که مؤسسه یا سازمان دولتی طرف قرارداد نتواند تعهداتش را به خوبی ایفا کند، یا بدون اینکه مسئولیتی برای خود تصور کند، قرارداد را فسخ کند، یا اجرای قرارداد را به اجرا شدن یا فراهم آمدن شرایط خاص دیگری که خارج از عهده مؤسسه یا سازمان دولتی و در اختیار دولت است، مقید سازد و دولت نیز در این باره، با آن مؤسسه یا سازمان وابسته، به طور شایسته‌ای همکاری نکند.

و) ماهیت حقوقی قراردادهای دولتی

موضوع ماهیت حقوقی قراردادهای دولتی و آثار منتج از آنها، موضوع بسیار گسترده‌ای است که در این مقاله، مجال برای تفصیل آن نیست، اما اهمیت آن باعث می‌شود که اشاره‌هایی به آن داشته باشیم. قواعد یا قوانین خاصی، به‌ویژه در سطح بین‌المللی، وجود ندارد که ماهیت حقوقی این نوع قراردادها را مشخص کند؛ آیا همانند قرارداد بین دو شخص خصوصی و موضوع حقوق خصوصی است، یا همانند قرارداد بین دو دولت و موضوع حقوق بین‌الملل عمومی است.

توافق طرفین قرارداد در متن و شروط قرارداد ممکن است تا حد زیادی تعیین‌کننده ماهیت قرارداد باشد؛ بنابراین، برای شناسایی ماهیت حقوقی قراردادهای دولتی ممکن است از قانون حاکم بر قرارداد که مورد نظر طرفین است، کمک گرفت. اگر این قانون، قانون داخلی یک کشور باشد، با موردی که این قانون، غیر از یک قانون داخلی است (مثلاً قواعد حقوقی بین‌المللی یا عرف و رسوم تجارت بین‌الملل [در صورت وجود داشتن]) وضعیت متفاوت خواهد بود.

در قوانین داخلی یک کشور ممکن است قانون خاصی دربارهٔ قراردادهای دولت با اشخاص خصوصی خارجی وجود نداشته باشد، اما شاید بتوان در مجموع قوانین کشورهایی که با چنین قراردادهایی درگیرند، مقررات مختلفی را یافت که با موضوع مرتبط باشد.^۱ این قوانین و مقررات در کشورهای مختلف ممکن است متفاوت باشد، به گونه‌ای که مثلاً در یک کشور، این قراردادها در محدودهٔ قواعد حقوق عمومی و در کشور دیگری، تحت مقررات حقوق خصوصی باشد، به طوری که بین دولت و اشخاص خصوصی خارجی به عنوان دو طرف قرارداد، هیچ فرقی وجود نداشته باشد. قانون اساسی یک کشور نیز ممکن است کاملاً به دولت اجازهٔ انعقاد قرارداد با اشخاص خارجی را ندهد، یا با شرایط خاصی، این اجازه را بدهد، یا شیوهٔ حل اختلاف در این قراردادها را به روش خاصی مشخص کند؛ مثلاً فقط صلاحیت

۱. قوانین سرمایه‌گذاری خارجی، قانون واگذاری سهام، برخی از حقوق منابع طبیعی به خارجیها یا قواعد و مقررات عمومی قراردادها در یک کشور از این نوع است.

دادگاههای داخلی را بپذیرد و یا مراجع قضایی خاصی (جدا از مراجع عمومی) را برای رسیدگی به این گونه دعاوی تعیین کند، یا قرارداد داوری را که دولت یک طرف آن باشد، نپذیرد، یا این حق را برای دولت محفوظ بدارد که هر کجا اقتضا کند و بنا به هر دلیلی که خودش تشخیص دهد، قراردادش را فسخ یا نقض کند و یا اگر مؤسسه یا سازمانی دولتی طرف قرارداد است، آن را منحل کند یا ماهیت آن را تغییر دهد و قراردادش را باطل اعلام کند، یا اجرای آن را غیر ممکن سازد و حتی هم برای طرف دیگر قرارداد قائل نباشد.

اهمیت موضوع ماهیت قراردادهای دولتی بدین سبب است که در صورت فقدان توافق طرفین، تعیین کننده قانون یا قواعد حاکم بر قرارداد و در نتیجه، تعیین کننده وضعیت آینده قرارداد، حقوق و تکالیف قانونی طرفین آن خواهد بود. ماهیت قرارداد به طرفین قرارداد این نگرش را می دهد که تا چه اندازه قادرند به ثبوت و اعتبار شرایط قرارداد در آینده امیدوار باشند. اگر فرضاً ماهیت قراردادهای دولتی را خصوصی یا عمومی و تابع قوانین داخلی کشور دولت طرف قرارداد بدانیم، در واقع، آنها را با اوصاف مذکور در بالا، دستخوش اراده دولت قرار داده ایم، یا اگر آنها را کاملاً خصوصی و تابع قوانین ملی (غیر از کشور دولت طرف قرارداد) بدانیم، با این تفسیر روبه رو هستیم که این نوع قراردادها در قالب قراردادهای خصوصی داخلی به هیچ وجه با اراده یک طرف، فسخ شدنی یا تغییر پذیر نیست؛ یعنی قرارداد در این سیستم، نتیجه توافق اراده دو طرف است و فسخ یا تغییر آن، جز با توافق هر دو طرف ممکن نیست. این نظر هم وجود دارد که در محدوده قوانین ملی، چنین قراردادهایی به عنوان قراردادهای عمومی ممکن است در شرایطی مثل رعایت نفع عمومی یا تغییر اوضاع، ایجاد تغییر در شرایط قرارداد و حتی ابطال آن از طرف دولت، میسر باشد. از طرف دیگر، اگر آنها را دارای ماهیت توافقیها و پیمانهای بین المللی دولتها بدانیم، قرارداد تابع قانون داخلی نخواهد بود. در این صورت، نه تنها قرارداد را از سیطره اراده یک طرفه خارج کرده، بلکه آن را تحت ضوابط و مقررات حقوق بین المللی قرار داده ایم؛ بدین معنا که عده ای بر این عقیده اند قراردادهای دولتی، قراردادهای نیمه بین المللی است که باید تابع قواعد و ضوابط حقوق بین الملل باشد. افزون بر این،

معتقدند اصول حاکم بر قراردادهای بین دولتها و معاهدات، بر قراردادهای دولتی نیز اعمال شدنی است؛ از این رو، اصول شناخته شده بین المللی همچون اصل محترم شمردن پیمانها^۱ یا اصل حسن نیت یا اصل حسن اراده^۲ بر قراردادهای دولتی حاکم بوده و آنها را در هر شرایطی، نقض نشدنی و تغییرناپذیر می کند.

در اینجا بر آن نیستیم که نظریه های مختلف را درباره دو سیستم ملی و بین المللی یا فراملی بودن ماهیت قراردادهای دولتی که بحثی بسیار گسترده است، بررسی کنیم، بلکه فقط به ذکر این نکته بسنده می کنیم که در هر دو سیستم، نظریه های موافق و مخالف بسیار، ولی در حد نظریه وجود دارد. در عمل، در هر دو سیستم، تلاش می شود که قراردادهای دولتی را در هر شرایطی فسخ نشدنی و یا تغییرناپذیر بدانند؛ اگرچه این تلاشها درباره سیستم ملی، خصوصاً در مقایسه قراردادهای دولتی با قراردادهای عمومی داخلی، ضعیف و بی نتیجه بوده است.

با عنایت به موارد فوق، به منظور رفع ابهام بجاست که طرفین تنظیم کننده قرارداد، ماهیت آن را در خود قرارداد روشن سازند؛ یعنی چه نوع محدودیتهایی که قرارداد برای طرفین ایجاد می کند، مشخص کنند و تأکید کنند که قرارداد به هیچ وجه، یک طرفه فسخ شدنی یا تغییرپذیر نیست و یا هر تغییری در شرایط قرارداد بدون توافق طرف دیگر، بی اعتبار و تخلف از قرارداد است و برای متخلف، مسئولیت آور است.

مواد (بندهای)^۳ حقوقی در قراردادهای دولتی

در هر قراردادی، از جمله قراردادهای دولتی، هر یک از مواد و شروط آن، اهمیت خاصی دارد و نمی توان گفت کدام یک از مواد آن، از اهمیت بیشتری برخوردار است و بالعکس. برخی از مواد، به دلیل موقعیت خاص و نقش تعیین کننده ای که در

1. «Principle of Pacta Sunt Servanda»؛ این اصل مقرر می دارد که قرارداد در هر شرایطی و با

هر بهایی، باید محترم شمرده شود.

2. «Principle of Good Will or Good Faith»؛ بنا بر این اصل، قرارداد باید با حسن نیت رعایت و اجرا شود.

3. Clauses.

مواقع ضروری و حساس برخوردار است، شایسته است که مذاکره کنندگان یا تنظیم کنندگان قرارداد، بیشتر به آنها دقت کنند. باید به موادی از قرارداد که جنبه حقوقی دارد و چگونگی رسیدگی به اختلافهای طرفین را بیان می کند و در زمانهای بحرانی یا مواقع اختلاف کارآیی ویژه دارد، توجه خاصی شود؛ از این رو، در این بخش، معمول ترین این مواد، یعنی قانون قابل اعمال یا قانون حاکم،¹ ماده ثبات قرارداد،² روش حل اختلافها (دعاوی)³ و قوه قاهره⁴ را بررسی می کنیم.

الف) قانون قابل اعمال یا قانون حاکم بر قرارداد

در وهله نخست، باید به این نکته توجه کرد که قرارداد، خود، قانون حاکم بر طرفین قرارداد است؛ از این رو، باید تا حد امکان، جامع، روشن، صریح، عاری از کلی گویی و ابهام باشد. انتظار طرفین از قرارداد و مواردی که تاکنون اشاره شد، نظیر وضعیت کار و کارگری، منافع کارگران، مسئله رفت و آمد یا اقامت و اشتغال به کار افراد خارجی مرتبط با قرارداد در کشورهای ذی ربط، مقررات گمرکی و مالیاتی، مسئله نقل و انتقال سرمایه و اموال مورد نیاز شخص خصوصی خارجی به داخل یا خارج از کشور مربوط و سایر موارد ضروری، باید به صراحت و روشنی در قرارداد مشخص شود، به ویژه باید به رابطه شرایط قرارداد با قوانین دولت طرف قرارداد توجه شود. همچنین مواردی که در این قوانین یافت نمی شود و وجود آنها ضرورت دارد، باید در قالب توافق طرفین در قرارداد گنجانده شود.

شرح صریح و دور از ابهام شرایط قرارداد، فهم، درک و تفسیر آن را آسان می کند و تا حد بسیار زیادی از مشکلات و حتی تعارضها و نهایتاً اختلافهای بین طرفین می کاهد. همچنین برای مؤسسه ها و سازمانهای خاصی از دولت که در قرارداد دخیل اند، ولی مستقیماً در تنظیم آن مشارکت ندارند، نیز راهگشا بوده و مذاکره کنندگان و تنظیم کنندگان قرارداد از طرف دولت را قادر می سازد که

1. Applicable Law or Governing Law Clause.
2. Stabilization Clause.
3. Disputes Settlement Clause.
4. Force Majeure Clause.

مشکلات و اعتراضهای چنین مؤسسه‌ها و سازمانهایی را به راحتی پاسخ دهند. گرچه شفافیت و جامعیت قرارداد ممکن است از بروز بسیاری از اختلافها جلوگیری کند، بدان معنا نیست که در چنین قراردادی، هیچ اختلافی بین طرفین رخ نمی‌دهد؛ چرا که گاهی، بروز اختلاف اجتناب‌ناپذیر بوده و ممکن است دلایل مختلفی نیز داشته باشد. اختلاف ممکن است در خصوص صلاحیت یا اهلیت طرفین برای انعقاد قرارداد، اجرا نشدن پاره‌ای از شرایط قرارداد، تفسیر قرارداد و موارد منتهی به نقض قرارداد (خواه به علت قصور یک طرف و خواه به سبب قوه قاهره یا خارج از کنترل طرفین) و اعتبار (تشکیل یا نفوذ) قرارداد یا هر شرطی از قرارداد باشد، چه از لحاظ شکلی و صوری و چه از لحاظ ماهوی؛ مثل انعقاد قرارداد بدون رعایت تشریفات مقرر قانونی، یا انعقاد قرارداد از روی اکراه و اجبار، یا تعارض قرارداد با برخی از قواعد آمره قانونی و یا اصول نظم عمومی محل اجرای قرارداد. بنابراین، بسیار مهم و ضروری است که طرفین باید از قبل، قانونی را تعیین و مشخص کنند که بر چنین اختلافهایی حکومت کند و طرفین یا مراجع صالح بتوانند با رجوع به آن، ابهام یا اختلاف ایجادشده را حل و فصل کنند. چنین قانونی را اصطلاحاً «قانون قابل اعمال»، «قانون حاکم بر قرارداد»،^۱ «قانون صالح» و یا «قانون مناسب»^۲ می‌نامند. موضوع قانون حاکم یا مناسب، بحث مفصل و گسترده‌ای است که پیوسته از سوی حقوق دانان، تجزیه و تحلیل می‌شود.^۳

حال، به ذکر کلیاتی در این باره، بسنده می‌کنیم. در قراردادهای دولتی ممکن است یکی از چهار سیستم حقوقی ذیل، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شود:

۱. قانون ملی یکی از طرفین قرارداد یا قانون ملی یک کشور ثالث؛
۲. قواعد حقوق بین‌الملل؛

1. Applicable or Governing Law.

2. Proper Law.

3. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱-۲۲، ۱۳۷۷، ص ۱۸۳؛ و نیز همان، شماره ۳۹، ۱۳۸۳، ص ۱۶۳.

۳. یک مجموعه قواعد حقوقی جدا از سیستم ملی و بین‌المللی (قواعد حقوقی فراملی)؛ مانند اصول کلی حقوق مشترک (شناخته‌شده) بین سیستمهای حقوقی مختلف^۱، اصول و قواعد ناشی از خود قرارداد (در صورتی که به تفصیل تنظیم شده باشد)^۲ و یا مخلوطی از عرف، سنتها، قواعد تجاری و قوانین وضع شده ملی^۳؛

۴. ترکیبی از چند سیستم حقوقی فوق.^۴

انتخاب یکی از سیستمهای فوق و درج آن به طور صریح در قرارداد، از بسیاری از مسائل و مشکلات احتمالی در آینده جلوگیری می‌کند. در غیر این صورت، مرجع رسیدگی کننده با توسل به راههایی که برایش میسر است، از جمله استناد به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین (یک سیستم حقوقی داخلی یا بین‌المللی) برای یافتن قانون مناسب یا حاکم بر قرارداد در اختلافهای احتمالی اقدام می‌کند.^۵ البته این امر ممکن است اتلاف وقت و هزینه زیادی را در پی داشته باشد و نیز احتمالاً به اعمال قانونی منجر شود که حداقل به هیچ‌وجه مورد نظر یکی از طرفین نباشد.

در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد باید دقت شود؛ زیرا همان‌طور که پیش از این گفته شد، سیستمهای مختلف حقوقی فوق، ماهیتهای متفاوتی برای قرارداد ایجاد می‌کند؛ مثلاً عقیده بر آن است که انتخاب قواعد حقوق بین‌الملل به قرارداد، ماهیتی بین‌المللی می‌بخشد، در حالی که انتخاب سیستمی که نه ملی باشد و نه بین‌المللی، ماهیتی نیمه بین‌المللی و یا فراملی برای آن فراهم می‌کند.

هرگاه ماهیت قرارداد تغییر کند، شرایط مسئولیت طرفین قرارداد نیز تغییر می‌کند؛ از این رو، این امر ممکن است خصوصاً برای طرف دولت، محدودیتهایی

1. General Principles of Law.

2. Lex Contractus.

3. Lex Merchant or Lex Mercatoria.

4. برای مثال، می‌توان قانون ملی دولت طرف قرارداد و اصول کلی حقوقی مشترک در سیستمهای حقوقی مختلف را به عنوان قانون حاکم انتخاب کرد، یا جنبه‌های مختلفی از قرارداد را تابع سیستمهای حقوقی مختلف قرار داد.

5. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۷-۲۸، ۱۳۷۸، ص ۱۳۵.

ایجاد کند؛ بدین صورت که دولتی که تنها در قبال دولت دیگری مسئولیت بین‌المللی دارد، با بین‌المللی شدن قرارداد، در قبال شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد نیز از نظر بین‌المللی مسئول شناخته می‌شود؛ یعنی هر تخلف یا نقضی در قرارداد از سوی دولت، تابع قواعد و قوانین بین‌المللی به شمار می‌رود.

از طرف دیگر، انتخاب قانون داخلی مبین این است که نظر طرفین قرارداد این نبوده است که قواعد و قوانین بین‌المللی بر روابط آنها حاکم باشد، به خصوص اگر قانون ملی طرف دولتی، قانون حاکم باشد که در این صورت، مسئولیت دولت براساس قوانین و مقررات داخلی خودش سنجیده می‌شود، افزون بر آن، ممکن است دولت با استفاده از اقتدار حاکمیتی خود، همان‌گونه که گذشت، در قبال تعهدات قراردادی از خود رفع مسئولیت کند؛ بنابراین، بدیهی است که دولت طرف قرارداد، مصرانه تلاش کند که قانون حاکم، قانون ملی کشورش باشد و همچنین مایل نباشد به لحاظ استقلال^۱ و منزلت حاکمانه^۲ خود و بنا بر اصل برابری دولتها^۳، تابع قانون کشور دیگری باشد.

شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد نیز به لحاظ اینکه خود را از خطر تغییر شرایط یا نقض یک جانبه قرارداد از طرف دولت مصون دارد و در صورت بروز خطر، از سوی قواعد یا قوانین بین‌المللی حمایت شود، اصرار می‌ورزد که قرارداد را بین‌المللی کند و یا حداقل آن را از محدوده قوانین داخلی دولت طرف قرارداد خارج گرداند. باید در نظر داشت که در صورت عدم تعیین صریح قانون حاکم بر قرارداد، ممکن است مرجع رسیدگی کننده به اختلاف مربوط، براساس تفسیری که خود از ماهیت قرارداد می‌کند، آن را تابع یکی از سیستمهای فوق بداند؛ یعنی در چنین حالتی، طرفین قرارداد تعیین قانون حاکم را در اختیار مرجع رسیدگی کننده گذاشته‌اند. البته رویه‌های قضایی و داوری بین‌المللی عمدتاً از آن حاکی است که دولتها در قراردادهایشان با اشخاص خصوصی خارجی، تابع قواعد حقوق بین‌الملل

1. Independency of States.
2. Dignity of States.
3. Equality of States.

و قواعد حقوقی فراملی هستند.¹

ب) ماده (شرط) ثبات قراردادهای

برای ثابت ماندن شروط و مواد اساسی قرارداد و مصونیت یافتن قرارداد از خطرهای غیر معمول تجاری، ماده‌ای در قراردادهای دولتی درج می‌گردد که اصطلاحاً «ماده (شرط) ثبات قرارداد» نامیده می‌شود. در حقیقت، این ماده (شرط) باید حقوق طرفین قرارداد را تثبیت کند، اما عملاً طرف دولتی را از توسل به قدرت قانون‌گذاری و اجرایی خود برای تغییر شرایط یا فسخ قرارداد به طور یک جانبه منع می‌کند؛ بنابراین، اگرچه شرط ثبات قرارداد، شخص خصوصی خارجی را از مداخله و تصمیم‌گیری یک جانبه درباره شرایط قرارداد باز می‌دارد، عملاً مانعی است برای دولت طرف قرارداد مبنی بر اینکه مقررات و قوانین جاری کشورش را که به هر شیوه‌ای با قرارداد ارتباط دارد، همچنان بسان زمان انعقاد قرارداد، ثابت نگهدارد و به هیچ عملی که به تغییر وضعیت و شرایط قرارداد منجر شود، اقدام نکند. در نتیجه، این شرط، دولت را از دست یازیدن به اقدامهایی نظیر ضبط، مصادره یا ملی کردن اموال و منافع طرف دیگر قرارداد (شخص خصوصی خارجی) منع می‌کند.

معمولاً در ماده ثبات قرارداد، برای تجدید مذاکرات بین طرفین، پیش‌بینی‌های لازم به عمل می‌آید که طبق آن، طرفین در مواعدهای معینی به بررسی مجدد شروط مهم و اساسی قرارداد می‌پردازند و آنها را با شرایط و اوضاع جدید تطبیق می‌دهند. ماده مذکور، مزایای دیگری نیز دارد؛

1. برای مثال، رویه‌های بین‌المللی نسبتاً زیادی وجود دارد که پیش‌بینی روش حل اختلاف به وسیله داوری بین‌المللی، وجود شرط ثبات، اشاره به اصولی چون حسن نیت و حسن اراده در اجرای قرارداد در قراردادهای دولتی، این برداشت را برای مراجع رسیدگی کننده به دعوا ایجاد کرده است که قانون حاکم مورد نظر طرفین، قواعد حقوق بین‌الملل بوده است. مواردی هم وجود دارد که مراجع رسیدگی کننده به اختلاف در قراردادهای دولتی با اعتقاد به اینکه ماهیت موضوع قراردادهای دولتی با قراردادهای خصوصی متفاوت است، آن را تابع قواعد حقوق بین‌الملل یا قواعد حقوقی فرامرزی دانسته‌اند. یادآوری می‌شود که تمایل کشورهای در حال توسعه و نیز قطعنامه‌های سازمان ملل، برخلاف رویه‌های قضایی بین‌الملل، این نظریه را حمایت می‌کند که قراردادهای دولتی باید تابع قانون ملی دولت طرف قرارداد باشد.

۱. به طرفین این فرصت را می‌دهد که هرگاه هر کدام، خسارت و ضرر و زیانی غیر منتظره را احتمال بدهد یا متحمل آن شود، باب مذاکره را با دیگری بگشاید و از آن وضع، جلوگیری کند.

۲. این ماده، خود باعث استحکام قرارداد می‌شود؛ چون دیگر دلیلی برای توسل به اقدامهای یک طرفه برای نقض قرارداد و یا بطلان آن وجود ندارد، به‌ویژه آنکه دولت طرف قرارداد را از مبادرت به اقدامهایی نظیر ملی کردن یا مصادره موضوع قرارداد منع می‌کند.

درباره تأثیر حقوقی این ماده و اعتبار محدودیتهای حاصل از آن از نظر دولت مربوط، جای بحث و تأمل است. نتیجه آنکه این ماده، قدرت یا اختیار اعمال حاکمیت دولت را (در موارد خاص) محدود می‌کند؛ از این رو، بحث اصلی این است که آیا امکان محدود کردن قدرت حاکمیت یک دولت وجود دارد و اینکه اگر دولتی، خود را به اعمال نکردن قدرت حاکمیتش مقید کند، آیا همیشه در این حالت باقی می‌ماند؟ پاسخ به این سؤالات، احتمالاً مثبت نیست؛ زیرا:

اولاً اصول معتبر و شناخته‌شده بین‌المللی که به دفعات در قطعنامه‌های سازمان ملل هم تأکید شده است، حاکمیت دائمی دولت‌ها را بر منابع طبیعی کشورشان محرز و مسلم می‌داند؛ از این رو، هر قراردادی که در این زمینه‌ها به محدودیت این حاکمیت منجر شود، ممکن است بی‌اعتبار شمرده شود.

ثانیاً یک دولت، مسئول حفظ منافع عمومی کشورش است و هرگاه احساس کند که این منافع، به خطر افتاده یا خواهد افتاد، ممکن است خود را محق بداند که هر قرارداد یا تعهدی را حتی با دربرداشتن مادهٔ ثبات قرارداد، نادیده بگیرد و در جهت خلاف آن یا نقض آن عمل کند که در این صورت، حتی از نظر قواعد حقوقی بین‌المللی نیز بیش از پرداخت غرامت متعارف به طرف دیگر قرارداد، مسئولیتی نخواهد داشت.

بنابراین، برای نمونه می‌توان گفت که مصادرهٔ اموال یا منافع اشخاص خارجی (که ممکن است نقض و ابطال قرارداد دولتی را دربرداشته باشد) به دلیل نفع عمومی، موجه و مشروع به شمار می‌رود. در هر حال، وجود مادهٔ ثبات قرارداد در

این شرایط نیز تا حدی، مفید و مورد استفاده شخص خارجی طرف قرارداد خواهد بود؛ برای مثال، در صورت نقض قراردادی که این ماده در آن مندرج است، شخص خصوصی طرف قرارداد، مستحقّ غرامت بیشتری خواهد بود.

ج) شیوه حلّ و فصل اختلافهای طرفین

در قراردادهای دولتی روش حلّ و فصل اختلافها معمولاً به دو صورت پیش‌بینی می‌شود:

۱. شیوه‌های دوستانه (مذاکره مستقیم و به‌کارگیری مساعی خود).

۲. کمک گرفتن از دیگران (اشخاص ثالث).

در شیوه دوم، در وهله نخست، از راه واسطه و میانجیگری و سپس اقامه دعوا در یک دیوان داوری یا در یک دادگاه قضایی، اختلافها را حلّ و فصل می‌کنند. در برخی از قراردادها ممکن است فقط صورت دوم و فقط مورد اخیر آن برای حلّ و فصل اختلافها به کار گرفته شود.

در سطح بین‌المللی، روش خاص و واحدی برای رسیدگی به اختلافها در قراردادهای دولتی وجود ندارد. همان‌طور که پیش از این گذشت، هیچ دادگاه قضایی یا دیوان داوری بین‌المللی‌ای وجود ندارد که شخص خصوصی بتواند در آنجا علیه یک دولت خارجی اقامه دعوا کند.^۱ البته ممکن است بین دولت طرف قرارداد با دولت

۱. در سطح بین‌المللی شاید بتوان به تعداد محدودی از نهادهای بین‌المللی اشاره کرد که اشخاص خصوصی به وسیله آنها می‌توانند علیه دولت خارجی اقامه دعوا کنند، اما محدودیت برای رجوع به آنها به حدی است که عملاً دسترسی قشر زیادی از اشخاص خصوصی از آنها را غیر ممکن می‌سازد؛ از جمله «دادگاه دائمی» داوری (Permanent Court of Arbitration) که نقش فراهم آوردن امکانات اداری و معرفی داورهای واجد شرایط در دعاوی علیه دولت را می‌تواند داشته باشد. رجوع به این دادگاه به مواردی منحصر است که دعوا علیه یک دولت عضو «معاهده» ۱۹۰۷ لاهه (Hague Convention on the Pacific Settlement of Disputes, ۱۹۰۷) باشد. دیگری، «مرکز بین‌المللی حلّ و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری» (ICSID) است. این مرکز، صرفاً به داوری در دعاوی اشخاص خصوصی علیه دولتی می‌پردازد که دولت طرف دعوا و همچنین دولت متبوع شخص خصوصی (خواهان)، عضو «معاهده حلّ و فصل دعاوی بین دولتها و اتباع دولتها» دیگر (مفتوح برای امضا در واشنگتن از ۲۷ اسفند ۱۳۴۳ ه. ش. برابر با ۱۸ مارس ۱۹۶۵ م.) باشند، و ضمناً دعوا هم صرفاً به یک قرارداد سرمایه‌گذاری مربوط باشد، نه قراردادهای دیگر.

متبوع شخص خصوصی خارجی، معاهدات دو یا چند جانبه‌ای حاکم باشد که روش خاصی برای حل اختلافهای قراردادی بین هر یک از دولتها و تبعه دولت دیگر مقرر کند. امروزه، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری متقابل و فراوانی بین دولتهای مختلف وجود دارد که هدف آنها تسهیل سرمایه‌گذاری در بخشهای مختلف کشور هر یک از طرفین معاهده از سوی اتباع طرف دیگر است. در این معاهدات، مقررات مختلفی در خصوص قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است؛ از جمله مقررات ویژه روش حل اختلاف اتباع یک دولت با دولت دیگر در قراردادهای دولتی.

در هر صورت، طرفین قراردادهای دولتی باید روشی برای حل و فصل اختلافهای احتمالی، پیش‌بینی کنند و آن را به صورت یک ماده، در قرارداد بگنجانند. در این صورت، واضح است که طرف دولتی ترجیح می‌دهد که هر دعوایی در خصوص قرارداد، در دادگاههای کشورش بررسی شود؛ چراکه دولتها معمولاً صلاحیت دادگاههای کشورهای دیگر را نمی‌پذیرند؛ چون آن را خلاف اصول استقلال، شأن و برابری دولتها می‌دانند. از طرف دیگر، برای شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد نیز پذیرش اینکه دعوایش در دادگاه کشوری رسیدگی شود که دولت آن کشور خود طرف دعواست، سخت خواهد بود. این سختی ممکن است دلایل مختلفی داشته باشد؛ مثلاً آن شخص تصور کند که چنین دادگاهی نمی‌تواند بی‌طرف باشد و دادرسی عادلانه‌ای را برگزار کند، و یا مقررات دادرسی در آن کشور برای وی بغرنج، هزینه‌ساز و وقت‌گیر است.

در خصوص اقامه دعوا در دادگاههای کشور ثالث یا حتی کشور متبوع شخص خارجی طرف قرارداد نیز همان‌طور که قبلاً اشاره شد، این خطر برای وی وجود دارد که دولت طرف دعوا با توسل به اصل مصونیت قضایی دولتها یا نظریه عمل دولتها، به صلاحیت آن دادگاه ایراد وارد کند و آن را از رسیدگی به دعوا باز دارد.^۱

۱. حتی اگر دولت طرف قرارداد به موجب ماده «روش حل و فصل اختلافها» صلاحیت محاکم کشور ثالث را بپذیرد و یا در قرارداد، از «اصل مصونیت دولتها» صرف نظر کند، بین حقوق دانان بین‌المللی در این باره که در چنین شرایطی آیا دادگاههای غیر از کشور دولت خوانده، صلاحیت رسیدگی به دعوا را دارند یا نه، اختلاف نظر وجود دارد.

بنا بر این دلایل و مزایای ذاتی داوری، در قراردادهای دولتی، معمولاً حلّ اختلافها به شیوه داوری پیش‌بینی می‌شود. با گزینش این روش، طرفین قرارداد موافقت می‌کنند که یک یا چند نفر (داور) که مستقیم یا غیر مستقیم انتخاب می‌کنند، به اختلاف آنها رسیدگی کنند و این رأی برای آنها الزام‌آور باشد. وضعیت و موقعیت طرفین دعوا در مقابل دیوان داوری، یکسان و برابر است و نظریه غالب در سطح بین‌المللی این است که با موافقت ارجاع اختلاف به داوری، دولت طرف دعوا از امتیازهایی که در دادگاههای قضایی کشورش برایش فراهم است، صرف نظر می‌کند؛ یعنی دولت طرف دعوا نمی‌تواند با تمسک به اصول و نظریه‌های بین‌المللی که مانع صلاحیت دادگاههاست، مانع اجرای داوری شود.

در خصوص داوری نیز باید به چند نکته توجه کرد. در یک قرارداد دولتی ممکن است شیوه حلّ اختلاف به صورت شرط داوری (شرط ارجاع‌دهنده دعوا به داوری) در قرارداد درج شود (شرط ضمن عقد اصلی)^۱ و آیین داوری به هر صورتی که طرفین موافق باشند با جزئیات لازم، در قرارداد مشخص شود. همچنین ممکن است شرط داوری به صورت یک ماده کلی در قرارداد قید شود و سپس برای آیین یا تشریفات داوری به قواعد سازمانها یا مؤسسه‌های بین‌المللی داوری اشاره کرد؛ مثل قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس،^۲ قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (قواعد داوری آنسیترال)^۳ یا دیگر قواعد موجود در مؤسسه‌های داوری بین‌المللی فعلی.^۴ این ارجاع دعوا به داوری را می‌توان در قالب یک توافقنامه مجزا (قرارداد داوری) مشخص کرد که کلیه جزئیات آیین یا تشریفات داوری را دربرگیرد، یا به قواعد داوری سازمان

۱. برای آگاهی از استقلال این شرط از عقد اصلی، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «استقلال شرط داوری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹-۲۰، ۱۳۷۶، ص ۲۵۹.

۲. International Chamber of Commerce (ICC).

۳. Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Arbitration Rules) - Resolution ۳۱/۹۸ Adopted by General Assembly on ۱۵ Dec ۱۹۷۶.

۴. برای مثال، قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم، دادگاه داوری لندن یا دادگاه داوری سوئیس.

داوری خاصی اشاره کند.

برگزاری داوری را نیز می‌توان براساس شرایط تعیین شده و توافقات طرفین، بر عهده داور یا داوران گذاشت (داوری اختصاصی یا موردی)^۱ یا آن را به یک سازمان داوری بین‌المللی، مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) یا مراکز داوری مشهور در برخی از کشورها واگذار کرد (داوری سازمانی)^۲.

مشخص شدن آیین یا تشریفات داوری (خواه در صورت موردی یا در صورت سازمانی) در قرارداد یا شرط داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. قواعد یا قانون حاکم بر داوری را نیز باید مشخص کرد؛ زیرا یک داور بر خلاف یک قاضی دادگاه که مجبور است آیین دادرسی موجود در کشور خویش را اعمال کند، چنین اجباری ندارد، بعلاوه، چنین آیینی نیز برای او وجود ندارد. وجود داور براساس توافق طرفین است و حدود اختیاراتش نیز از سوی طرفین تعیین می‌شود؛ از این رو، باید براساس توافق طرفین و نیز براساس قواعد یا قوانینی که طرفین تعیین کرده‌اند، عمل کند، در غیر این صورت، باید به گونه‌ای مناسب و مقتضی و با در نظر گرفتن مصلحت طرفین، این قواعد یا قوانین را تعیین کند. در صورت اخیر، بی‌تردید، هم دیوان داوری و هم طرفین، با مشکلاتی روبه‌رو خواهند بود و نتیجه نیز ممکن است برای طرفین یا یکی از آنها خوشایند نباشد. در واقع، تعیین چنین قواعد یا قوانینی با توافق طرفین از قبل، در بسیاری از موارد راهگشا خواهد بود؛ برای نمونه، توافقات قبلی طرفین درباره چگونگی تشکیل دیوان داوری و آغاز داوری و مسائلی که به داوری ارجاع شده است (حدود و اختیارات داور)، تسهیل‌کننده برگزاری داوری خواهد بود.

کمک این دادگاهها در خصوص اقدامهای احتیاطی تأمینی قبل و بعد از آغاز داوری (مثل صدور حکم توقیف و ضبط موقت اموال)، یا در حین اجرای رأی داوری (خصوصاً شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی)، عمدتاً به قانون حاکم بر آیین داوری یا قانون محل داوری بستگی دارد که با مشخص بودن این قانون یا محل داوری، داوری بسیار آسان‌تر برگزار خواهد شد.

1. Ad hoc Arbitration.
2. Institutional Arbitration.

تعیین محلّ داوری (مقرّ داوری)^۱ نیز از نکاتی است که باید به آن توجه خاص شود. محلّ داوری ممکن است کشور یکی از طرفین قرارداد یا کشور ثالث باشد.^۲ در تعیین محلّ داوری باید ملاکهایی مهم و سرنوشت‌ساز مدّ نظر باشد؛ برای مثال، مترقی بودن قوانین محلّ داوری خصوصاً قوانین مربوط به داوری، عضویت در کنوانسیونهای بین‌المللی اجرای آرای داوری،^۳ عدم مداخلهٔ ناروا در امر داوری (چه از طریق مراجع قضایی و چه از طریق مراجع اجرایی)، همکاری مراجع قضایی محلّ داوری با داور و تسهیل اجرای رأی داوری در محل، وجود اموالی از طرفین یا یک طرف قرارداد (احتمالاً خوانده) در محل و در نهایت، پایین بودن هزینهٔ برگزاری داوری و سهولت رفت‌وآمد افراد مرتبط با دعوا (سهولت دسترسی به کشور محلّ داوری)، از اموری است که یک کشور را از جایگاه مناسبی برای اجرا یا برگزاری امر داوری برخوردار می‌کند.

باید توجه داشت که امروزه تعیین مقرّ داوری، تأثیر زیادی بر اجرای داوری و اعتبار اقدامها و رأی دیوان داوری دارد؛ چراکه بسیاری از کشورها، طی چند دههٔ اخیر، دارای قوانین داوری (تجاری) بین‌المللی شده‌اند که بر داوریه‌های انجام‌شده در قلمرو آنها حاکمیت دارد؛ بدین صورت که این داوریه‌های صورت گرفته، در صورتی مورد توافق (انتخاب) آنها و معتبر خواهد بود که در قالب آن قانون بگنجد؛ برای مثال، اگر قواعد و قوانین مورد توافق طرفین، خلاف قواعد آمرهٔ آن قانون نباشد، از سوی دیوان داوری، اعمال‌شدنی است، در غیر این صورت، رأی آن داوری از نظر مقرّ داوری، اعتباری ندارد، یا مثلاً قانون محلّ داوری، موارد دخالت یا کمک دادگاههای مقرّ داوری در داوری یا چگونگی و زمان اعتراض به اقدامهای دیوان

1. Seat of Arbitration.

2. اگر طرفین قرارداد در خصوص محلّ داوری توافق نکرده باشند، دیوان داوری، این محل را با توجه به خصوصیات که خود برای طرفین مناسب می‌داند، تعیین خواهد کرد که ضرورتاً به معنای محلی که مورد رضایت طرفین باشد، نیست.

3. برای مثال، عضویت کشور محلّ داوری (مقرّ داوری) در عهدنامهٔ ۱۹۵۸ نیویورک دربارهٔ شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باعث می‌شود رأی داوری صادرشده در این کشور، در بسیاری از کشورهای دیگر (عضو عهدنامه) براساس قواعد آن عهدنامه که مطلوبیت جهانی دارد، اجرا شود.

داوری و رأی داوری را مشخص می‌کند. خلاصه آنکه اجرای داوری با نظارت و کنترل قانون داوری (تجاری) بین‌المللی کشور مقرر داوری است.^۱

د) قوه قاهره

اجرای قراردادهای دولتی همان‌گونه که پیش از این گذشت، معمولاً به یک دوره زمانی طولانی نیاز دارد. در این مدت، این احتمال هست که وضعیتهایی به وجود آید که از اراده و کنترل یکی از طرفین خارج باشد و بر اجرای قرارداد از ناحیه او تأثیر گذارد؛ مثلاً بلایایی طبیعی، چون زلزله، سیل، طوفان و... (که اصطلاحاً قضا و قدر الهی نامیده می‌شوند)، یا اعمال انسانی، مانند جنگ، شورش، انقلاب، عملیات خراب‌کاری، تصادفات، تحریمها و... هر یک از این موارد، ممکن است مانع از اجرای کلی یا جزئی قرارداد شود، یا اجرای تعهدات یکی از طرفین را به تأخیر اندازد.

در سیستمهای حقوقی مختلف، چنین وضعیتهایی، عنوانهای حقوقی خاصی دارد؛ مانند «قوه قاهره»^۲ در سیستمهای حقوقی نوشته، «عقیم شدن یا انتفای قرارداد»^۳ در سیستمهای حقوقی عرفی. آثار حقوقی متفاوتی بر این عنوانها اطلاق می‌شود. در صورتی که قرارداد تحت این عنوانها قرار گیرد، سؤالها یا حتی اختلافهایی بین طرفین مطرح خواهد شد که به وضعیت قرارداد و وضعیت خسارتهای وارده به طرف مقابل پس از واقعه مربوط می‌شود. بنابراین، ضرورت دارد طرفهای مذاکره‌کننده به طور خاص، درباره احتمال بروز حالت قوه قاهره در طول اجرای قرارداد تمهیداتی بیندیشند و تا حد امکان، مصادیق و آثار آن را در قرارداد مشخص کنند.^۴

۱. حقوق دانان داوریهای بین‌المللی بر آنند که ضرورتی ندارد داوریهای بین‌المللی به قانون مقرر داوری وابسته باشد، بلکه امکان دارد براساس قواعد بین‌المللی، داوریهای بین‌المللی نیز اجراشدنی و معتبر باشد.

۲. Force Majeure.

۳. Frustration.

۴. برای آگاهی بیشتر در این باره، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد»، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶، ص ۹۷.

نتیجه گیری

از آنچه تاکنون مطرح گردید، می توان دریافت که در تهیه پیش نویس و تنظیم یک قرارداد دولتی، مشکلات و ملاحظات خاصی وجود دارد. این قراردادها غالباً به منافع عمومی یک کشور و منابع ملی و حیاتی آن مربوط می شود و نمی توان آنها را با قراردادهای ساده بین افراد خصوصی مقایسه کرد و نمی توان آنها را بی تأثیر از عوامل سیاسی، اقتصادی و اجتماعی آن کشور دانست. بعلاوه، طرف دیگر این قراردادها شخص خصوصی خارجی است که غالباً از توان مالی زیادی برخوردار است که می تواند بر امور سیاسی، اقتصادی و اجتماعی آن کشور تأثیرگذار باشد.

طرفین این قراردادها به فکر تأمین حداکثر سود و منافع خود هستند. دولتهای مربوط، به ویژه دولتهای کشورهای در حال توسعه، خود را به چنین قراردادهایی نیازمند می بینند؛ زیرا در آمد حاصل از موضوع این قراردادها که عموماً پروژه های بسیار بزرگ و ملی است، معمولاً قسمت عمده ای از بودجه دولت را تأمین می کند و نیز برای ادامه طرحهای اقتصادی دیگر و کمک به بهبود و توسعه شرایط اقتصادی و اجتماعی آن کشور از اهمیت بالایی برخوردار است. شخص خصوصی خارجی نیز در صدد کسب بهره کامل خود است و ممکن است برای اجرای قرارداد به سرمایه گذاری عمده ای در کشور طرف قرارداد اقدام کند و امکانات و وسائل بسیار زیادی را به داخل کشور مربوط انتقال دهد و آنها را به کار گیرد. بنابراین، هر دو طرف قرارداد منطقیاً باید مراقب منافع خویش باشند و اقدامهای لازم را برای تنظیم قرارداد به عمل آورند به گونه ای که در اجرا با اشکال و مانع مواجه نگردند و در صورت نقض احتمالی یا سوء استفاده از آن از سوی یک طرف، حقوق طرف دیگر محفوظ بماند.

امروزه بسیاری از دولتها به دلایل مختلفی از جمله به لحاظ شهرت بین المللی و نفع اقتصادی خود در انعقاد قراردادهای دولتی و جلب سرمایه های خارجی، برخورد و رفتارشان نسبت به طرف دیگر منطقی و منصفانه است، خصوصاً با این فرض که اشخاص خصوصی خارجی با اغراض سیاسی و استعماری یا استثمارگری وارد قرارداد

نمی‌شوند و در عین حال که در صدد تأمین منافع مادی خود می‌باشند، در پیشبرد اقتصادی کشور طرف قرارداد نیز مشارکت دارند؛ بنابراین، در کنار حفظ حسن تفاهم و حسن رفتار طرفین نسبت به یکدیگر، با مطالعه و آمادگی کافی و با اطمینان از اینکه طرفین از کلیه مشکلات و موانع آگاهی یافته و آنها را درک کرده‌اند و سرانجام، با تنظیم قراردادی جامع، صریح و روشن، می‌توان نگرانیها و خطرهای احتمالی را از میان برداشت. با وجود این، نباید انتظار داشت که به کلی هیچ مشکلی در آینده بروز نخواهد کرد. با تدابیر حقوقی و قضایی مناسب و حمایت طرفین به گونه‌ای که در این نوشتار گذشت، می‌توان کمترین مشکل در اجرای قرارداد و حل عادلانه اختلافها را انتظار داشت.

به نظر می‌رسد در مذاکره برای تنظیم و انعقاد یک قرارداد دولتی جامع باید نخست، خواسته طرف دولتی یا موضوع قرارداد و سپس توانایی شخص خصوصی خارجی و در صورت لزوم، نکات توجیهی او از قرارداد به روشنی مطرح کرد و در مرحله بعد، مسائل و مشکلات انعقاد و اجرای قرارداد تبیین گردد. بنابراین، در غالب موارد مناسب خواهد بود پس از طی این مراحل، دولت طرف قرارداد، یک نمونه از قرارداد را که تمامی نکات مهم و ضروری موضوع قرارداد را در بر داشته باشد، ترسیم کند و آن را اساس و مبنای تنظیم قرارداد خود با شخص خارجی قرار دهد. تحقق این امر ممکن است یک دستورالعمل فراهم شده از قبل برای شخص خصوصی باشد که با فکر و اندیشه‌ای مشخص وارد قرارداد با دولت شود، و از این جهت که قرارداد در یک فرصت مناسب و با شفافیت کافی تنظیم می‌شود، از هرگونه سوء تفاهم و بسیاری از اختلافها در آینده جلوگیری کند؛ بدین ترتیب، طرفین به منظور ایجاد جوئی تفاهم‌آمیز گام برداشته و نیز زمینه را برای هرچه بهتر و عادلانه‌تر شدن مبادلات تجاری-اقتصادی بین‌المللی فراهم می‌کنند.