

# فرایند مذاکره مجدد قراردادهای سرمایه‌گذاری

عبدالحسین شیروی<sup>۱\*</sup>، فریده شعبانی جهرمی<sup>۲</sup>

۱. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران،

ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۰۸/۱۲

دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۱۷

## چکیده

انعقاد قراردادهای طولانی‌مدت مستلزم انعطاف‌پذیری آن‌ها در مقابل حوادث و وقایع متغیر آتی است. طرفین قراردادهای سرمایه‌گذاری به دلیل خصیصه طولانی‌مدت بودن آن‌ها ناگزیر به تعدیل روابطشان در طول حیات قرارداد هستند. یکی از سازوکارهای تعدیل و بازبینی قراردادهای سرمایه‌گذاری، مذاکره مجدد است که از طریق درج شرط آن می‌توان امکان سازگار کردن قرارداد با شرایط و اوضاع و احوال جدید را فراهم کرد. از جمله بحث‌های جدی مذاکره مجدد، فرایند و جنبه‌های شکلی آن است. اصولاً این شروط در بردارنده حوادثی است که در صورت بروز سبب آغاز فرایند مذاکره می‌شوند. به موجب شروط مذکور طرفین قرارداد متعهد به مذاکره با حسن‌نیت براساس شرایط مقرر شده هستند؛ اما شروط مذاکره مجدد آن‌ها را ملزم به حصول توافق نمی‌کنند. از این رو، پیش‌بینی مداخله شخص ثالث در صورت ناکامی مذاکرات می‌تواند انعطاف‌پذیری قرارداد را تقویت کند.

**واژگان کلیدی:** قراردادهای سرمایه‌گذاری، شرط مذاکره مجدد، فرایند مذاکره مجدد، حسن‌نیت

## ۱. مقدمه

طبیعت و ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری به گونه‌ای است که برای مدت زمان طولانی منعقد می‌شوند و در طول سال‌ها با مسائل مالی و فنی پیچیده‌ای دست و پنجه نرم می‌کنند. این قراردادها دربرگیرنده مقادیر فراوانی پول و سرمایه بوده، بنابراین طرفین در طول مذاکره به دنبال ثبات قراردادی هستند. همزمان آن‌ها به این امر نیز آگاهی دارند که در مدت زمان قرارداد، امکان بروز حوادث غیرقابل پیش‌بینی سیاسی، اقتصادی، قانونگذاری و فنی وجود دارد که می‌توانند سبب تغییر بنیادین در تعادل منافی شوند که طرفین در زمان انعقاد قرارداد مدنظر داشته‌اند. بنابراین ضروری است درجه مشخصی از انعطاف‌پذیری در فرایند اجرای قرارداد دنبال شود. جهت تأمین انعطاف‌پذیری سازوکارهایی را می‌توان در قرارداد پیش‌بینی کرد تا به طرفین اجازه دهد که در صورت تغییر اوضاع و احوال روابطشان را تعدیل کنند.

طرفین می‌توانند جهت تعادل بین ثبات و انعطاف‌پذیری، خود را به موجب قرارداد برای مذاکره مجدد درباره عناصر اساسی روابطشان بر مبنای حدوث وقایع جدید متعهد کنند. از این رو گنجاندن شرط مذاکره مجدد می‌تواند به حفظ و ادامه قراردادهای طولانی‌مدت سرمایه‌گذاری کمک کند. شرط مذاکره مجدد حد وسطی بین جماد و ثبات قراردادی از یک طرف و انعطاف‌پذیری کامل از سوی دیگر است. این شروط می‌توانند باعث ثبات‌بخشی به روابط قراردادی شوند که طولانی‌مدت بودنشان سبب عدم ثبات می‌شود. شروط مذاکره مجدد از نظر عملی تعادل قراردادی بین طرفین را در طول مدت قرارداد حفظ می‌کنند. به علاوه، این موارد نیز توسط هیأت‌های داوری همانند داوری موسوم به امین اوایل تأیید شده است که تعادل ابتدایی به نفع تعادل دیگری که به همان اندازه منصفانه است بازنگری شود. در واقع قرارداد باید بر این فرض مبتنی باشد که تقسیم عادلانه منافع ممکن است نیازمند تعدیل در آینده باشد تا همچنان عادلانه و منصفانه اجرا شود (Russi, 2008, p.9).

حال باید شروط مذاکره مجدد را به‌عنوان سازوکاری در نظر گرفت که باعث تطبیق وضع مورد توافق با اوضاع و احوال جدید می‌شود. عملکرد این شروط محدود به سازگار کردن قرارداد با شرایط جدید است و بازسازی کل قرارداد را توجیه نمی‌کنند. در واقع هدف آن‌ها تعدیل قرارداد است. شروط مذاکره مجدد نباید



منجر به نفع تجاری یکی از طرفین شوند، بلکه باید به نحوی عمل کنند تا تعادل اقتصادی قرارداد حفظ یا به آن بازگردانده شود؛ به گونه‌ای که بتوانند آن را با شرایط و اوضاع و احوال تغییر یافته سازگار و هماهنگ کند. بنابراین، تنها کارکرد شرط مذاکره مجدد تعدیل قرارداد آن‌هم در موارد استثنایی و تنها نسبت به شرط خاصی از قرارداد و نه کل قرارداد است که با در نظر گرفتن این امر می‌توان به مغایر نبودن آن با اصل لزوم قراردادهای و همچنین ضرورت گنجاندن این‌گونه شروط در قراردادهای بلندمدت سرمایه‌گذاری پی برد.

این پژوهش بر آن است تا ضمن بررسی فرایند مذاکره مجدد به سؤالاتی همانند این‌که چه مواردی را می‌توان به‌عنوان نقطه آغاز مذاکره مجدد تلقی کرد؟ به عبارت دیگر چه موقعی می‌توان یکی از طرفین را محق به دعوت دیگری برای مذاکره مجدد شروط قراردادی دانست؟ و این‌که تعهدات طرفین در طول مذاکره چیست؟ پاسخ دهد.

## ۲. ساختار شروط مذاکره مجدد

مذاکره مجدد فرایندی است که به موجب آن طرفین قرارداد تلاش می‌کنند قرارداد منعقد شده را با شرایط جدید یا با تقاضاهای جدید تطبیق دهند. بنابراین مذاکره مجدد ممکن است برای تطبیق قرارداد با شرایط جدید و تغییرات اوضاع و احوال انجام شود و یا این فرایند به تقاضای یکی از طرفین انجام گیرد (شیروی، شعبانی، ۱۳۹۱، ۱۶۳). امروزه، مذاکره مجدد راه‌حلی فوری نیست، بلکه اتفاقی است که برای آن در قرارداد برنامه‌ریزی می‌شود. اصولاً تمرکز شروط مذاکره مجدد بر تغییر شرایط اقتصادی است. معمولاً شروط مذاکره مجدد ساختار مشترکی دارند: بعد از تعریف حوادث آغازگر و مسبب مذاکره که فرایند تعدیل را به حرکت در می‌آورد، رویه‌ای که مذاکره باید بر مبنای آن صورت گیرد و تعهدات طرفین در فرایند مذاکره مشخص می‌شود. علاوه بر این، شروط قراردادی موضوع مذاکره و حدود تعدیل آن نیز تعیین می‌شوند.

تعیین حوادث آغازگر از آن‌جا ناشی می‌شود که عملی شدن شرط مذاکره مجدد مبتنی بر آن است:

الف) برخی از شروط تنها بر امکان مذاکره مجدد دلالت می‌کنند. به‌عنوان نمونه می‌توان به پروژه معدن مس اُکی- تدی در پاپوآی گینه نو اشاره کرد: «طرفین

می‌توانند هر از گاهی با توافق کتبی، به مفاد قرارداد مطلبی افزوده، آن‌ها را جایگزین کرده، ملغی کنند یا تغییر دهند...<sup>۱</sup>.

ب) در برخی از شروط نیز امکان یا لزوم مذاکره مجدد پس از گذشت مدت زمان مشخص پیش‌بینی می‌شود:

- «بازبینی: طرفین باید با یکدیگر در محقق کردن هدف این قرارداد همکاری کنند و در هفتمین سال پس از اصلاح قرارداد با یکدیگر دیدار کنند ... آنان باید برای توافق در مورد تغییرات ضروری در قرارداد تمام توان خود را به کار گیرند...»<sup>۲</sup>.

- «بازبینی دوره‌ای: طرفین ۴ سال پس از آغاز تولید تجاری باید به منظور بررسی تغییرات یا شفاف‌سازی مفاد قرارداد، در لیبریا با یکدیگر به مذاکره بپردازند»<sup>۳</sup>.

- «بازبینی مفاد خاصی از قرارداد: در پایان سال پنجم از زمان تولید منظم برای آغاز صادرات و پس از آن در فواصل ۵ ساله، باتو بارها<sup>۴</sup> و پیمانکار با یکدیگر رایزنی خواهند کرد... چنانچه طرفین در مورد بازبینی این ماده به توافق رسیدند، بازبینی انجام و نتیجه آن بلافاصله اعمال خواهد شد...»<sup>۵</sup>.

ج) شماری از شروط مشتمل بر حوادث غیرمترقبه‌ای هستند که باعث شروع فرایند مذاکره مجدد می‌شوند. در این باره می‌توان به قرارداد متمم سنگ آهن لامکو در لیبریا اشاره کرد: «در صورت بروز تغییرات عمده در شرایط ۳۱ دسامبر ۱۹۷۳، طرفین بنا بر درخواست یکدیگر، می‌توانند به منظور بررسی آن تغییرات یا شفاف‌سازی قرارداد حاضر، به صلاح‌دید هم به رایزنی بپردازند»<sup>۶</sup>.

---

۱. "OK-Tedi" Copper Agreement between the State of Papua New Guinea and Dampier Mining Co.Ltd, of 1976 (clause 42) .

۲. " Bougainville Copper" Agreement between the Government of Papua New Guinea and Bougainville Copper Ltd. Of 1974(clause 28B).

۳. " LIGODIC" Gold and Diamonds Mining Concession Agreement between the Republic of Liberia and the Liberia Gold and Diamond Corp. of 1976(clause 33).

۴. Batubara

۵. "Bukit Asam " Indonesian Coal Production Sharing Agreement between Batubara and Shell Mijnbouw N.V. of 1975 (article 28).

۶. Supplement agreement to the 1960 "LAMCO" Iron-Ore Agreement between the Republic of Liberia, the Liberia American-Swedish Minerals Co. and Liberia Bethlehem Iron Mines Co. of 1974 (paragraph 24).



عوامل غیرمترقبه‌ای همچون «بروز تغییرات عمده در شرایط» نیازمند تفسیری جامع است. از جمله می‌توان به یکی از شروط قرارداد ۱۹۸۴ آلومینیوم آفریقا اشاره کرد. به موجب آن شرط، چنانچه قرارداد برای یکی از طرفین ناعادلانه می‌شد، طرفین می‌توانستند به مذاکره مجدد متوسل شوند. شرکت آر.تی.زد. یکی از بزرگ‌ترین شرکت‌های استخراج مواد معدنی، معمولاً در قراردادهای بلندمدت خود شرطی به نام «شرط عادلانه» می‌گنجاند: «... طرفین اعلام می‌دارند که هدف ایشان اجرای عادلانه و دور از تبعیض قرارداد است و چنانچه در جریان اجرای قرارداد موردی از بی‌عدالتی آشکار گردد، آنان برای رفع علت یا علل بی‌عدالتی تمام توان خود را در جهت از بین بردن علل آن به کار خواهند گرفت (Peter, 1995, p.242).

شروط مبهم و تفسیرپذیر ممکن است به بی‌ثباتی یا تعارضات مکرر دامن زنند. از این رو، بسیاری از شروط تأکید می‌کنند که تغییر باید اساسی، غیرقابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر بوده، حوادث تغییرآفرین خارج از کنترل طرفین باشد. در چنین مواردی شروط مذاکره مجدد صورت شرط هاردشیپ حتی فورس‌ماژور را به خود می‌گیرند و در این صورت حوادث تغییرآفرین مانند شرایطی هستند که باعث اقامه شروط هاردشیپ می‌شوند و معمولاً ماهیت اقتصادی، مالی، تجاری و سیاسی دارند.

افزون بر این، صرف وقوع حوادث تغییرآفرین کافی نیست، زیرا این حوادث باید تعادل قرارداد را بر هم زنند؛ همانند این‌که در صورت عدم تغییر شرایط فشار غیرقابل تحملی بر یکی از طرفین تحمیل شود. به دلیل این شرایط محدودکننده، شروط هاردشیپ نوع خاصی از شروط مذاکره مجدد محسوب می‌شوند که تنها در شرایط نزدیک به حالت فورس‌ماژور مورد استفاده قرار می‌گیرند.

د) برخی از شروط ممکن است ناظر به وقوع حوادث دیگری همچون بهبود وضعیت سرمایه‌گذاری باشند. به‌عنوان مثال می‌توان به نمونه زیر از قرارداد نفتی سال ۱۹۷۹ هائیتی اشاره کرد:

«شرط مذاکره مجدد: قرارداد در دو موعده زیر می‌تواند مورد مذاکره مجدد قرار گیرد: هفت سال پس از آن‌که پیمانکار توانست از محل ۴۰ درصد بهبود عواید، هزینه‌های خود را تحصیل کند یا ده سال پس از نخستین تولید تجاری».

همان‌طور که گفته شد برای آغاز مذاکره مجدد باید معیار و شرایط مندرج در شرط محقق شود که با توجه به شیوه تنظیم آن متفاوت است. اگر محدوده و معیارها کلی و غیر دقیق باشند منجر به تردید نسبت به کارآمدی و لازم‌الاجرائی چنین شروطی می‌شود. تنظیم شرطی که در عین این که کلی باشد بتواند همزمان به طور دقیق حوادث آغازگر را تعریف کند آسان نیست (Alqurashi, 2005, p.271). نکته‌ای که در این‌جا باید خاطر نشان کرد، این است که هر تغییر غیرقابل پیش‌بینی در اوضاع و احوال و شرایط، منجر به تقاضا و درخواست مذاکره مجدد نمی‌شود. در واقع تغییر در شرایط باید به گونه‌ای باشد که روابط را خدشه‌دار و تغییر اساسی در تقسیم منافع قراردادی ایجاد کند. تعیین چنین حدی از تغییر یا در شرط به گونه‌ای با بیان قرائن، مفروض انگاشته شده یا این که شرط ساکت است که در این صورت امری موضوعی است که باید جداگانه بررسی شود. تغییر شرایط باید سبب تبعیض بیش از حد یا زیان اساسی یا عدم تعادل بنیادین در منافع یکی از طرفین شود یا اساساً بنیان‌های اقتصادی و مالی قرارداد را تحت تأثیر قرار دهد یا نتایج و آثار آن اساساً با آنچه توسط طرفین در زمان انعقاد قرارداد تصور می‌شده، متفاوت باشد.

### ۳. تعهدات طرفین در طول مذاکره

پس از تحقق شرایط مذاکره مجدد در گام دوم تعهدات طرفین در طول مدت مذاکره مطرح می‌شود. معمولاً در شروط مذاکره مجدد مدت زمان مذاکره و نحوه انجام آن که ممکن است از طریق برگزاری جلسات باشد پیش‌بینی می‌شود. برگر مواردی از تعهدات طرفین در پی درج شرط مذاکره مجدد را به قرار زیر برمی‌شمرد:

انجام مذاکره در چارچوبی که توسط شرط مشخص شده، احترام به شروط باقیمانده قرارداد، توجه به رویه قراردادی پیشین بین طرفین، تلاش جدی برای رسیدن به توافق، توجه به منافع طرف دیگر، ارائه اطلاعات مرتبط با تعدیل، تمایل به مصالحه، انعطاف‌پذیری در اداره مذاکره، جستجوی راه‌های تعدیل منطقی و مناسب، ارائه پیشنهادها منطقی و عینی برای تعدیل به جای بیانات کلی، امتناع از ارائه پیشنهادها شتابزده جهت تعدیل، ارائه دلایل مناسب برای پیشنهادها، تعدیل یک طرف، استفاده از توصیه‌های متخصصان در رویه‌های پیچیده، پاسخ



سریع به پیشنهادهای تعدیل از طرف دیگر قرارداد، امتناع از منافع غیر منصفانه (غیر عادلانه) یا ضرر به طرف دیگر، و تلاش جهت رسیدن به توافق در مدت زمان مناسب (Berger, 2003, p.1350).

محدوده هر یک از این تعهدات مبتنی بر لحن و لفظ خاص شرط تعدیل، ماهیت قرارداد، و تغییر اوضاع و احوال است که گاه به وسیله رفتار طرف دیگر تحت تأثیر قرار می‌گیرد.

یکی از تعهدات مهم، شرکت در مذاکرات است که عدم حضور آن‌ها در مذاکرات نقض قرارداد محسوب می‌شود. هرچند وظیفه اقدام به مذاکره مجدد محل تردید نیست، ولی همیشه در شروط مذاکره مجدد به صراحت به آن اشاره نمی‌شود. در توصیف وظیفه مذاکره این‌گونه بیان شده است: «طرفین وظیفه دارند برای حصول توافق، اقامه مذاکرات را پذیرفته، فعالانه در آن مشارکت کنند و بدون طرح مجدد شروط پذیرفته شده قرارداد، به چارچوب مذاکراتی مورد توافق طرفین احترام بگذارند» (Peter, 1995, p.247).

این وظیفه باید در یک مدت زمان منطقی و با حسن نیت انجام شود: «مذاکره توأم با حسن نیت، یعنی جستجوی مجدانه روش‌های توافق، تلاش برای سازش منافع متضاد، و ابراز خلوص نیت برای دستیابی به نتیجه» (Ibid).

چنانچه یکی از طرفین از شرکت در مذاکره خودداری ورزد یا به دلایل غیرمنطقی توافق نکند، براساس رویه پیش‌بینی شده در شرط مذاکره مجدد با این نقض تعهد برخورد می‌شود. در صورت عدم پیش‌بینی مقرر خاص در این ارتباط، موضوع رسیدگی قضایی یا داوری مطرح می‌شود.

در بیش‌تر شروط جزئیات تعهدات طرفین درخصوص مراحل مختلف مذاکره تعیین نشده است. نظر بین‌المللی غالب این است که در واقع این شروط منجر به تعهدات قراردادی برای طرفین می‌شوند و به انجام آن‌ها ملزم می‌گردند و نقض این تعهدات منجر به دعوای خسارت می‌شود (KRÖLL, 2004, p446). با وجود این تکلیف طرفین قرارداد به مذاکره مجدد با صرف شرکت در مذاکره با دیگری محقق نمی‌شود. تعهدات و تکالیفی در طول فرایند مذاکره بر هر دو طرف تحمیل می‌شود. همچنین مذاکرات باید بر مبنای اصول و قواعدی صورت پذیرد. یکی از قواعد شناخته شده «قاعده نه سود و نه زیان»<sup>۱</sup> است. طبق این قاعده تعادل ابتدایی

۱. no profit no loss rule

قرارداد باید حفظ شود و بنابراین هیچ یک از طرفین نباید از مذاکره مجدد سود ببرد یا مجبور به تحمل زیان شود (Horn, 1985, p.28). قاعده دیگر این است که طرفین باید در طول فرایند مذاکره جدی و مصمم باشند و هدفشان حل مشکل و دشواری برزیافته باشد. جدیت آن‌ها لزوماً با نشان دادن تمایلشان به شنیدن درخواست‌های یکدیگر محقق نمی‌شود، بلکه باید درخواست‌های یکدیگر را درک کنند و چنان انعطاف‌پذیر باشند که در بعضی موارد از درخواست‌های خود به نفع دستیابی به توافق با طرف دیگر دست بکشند (Nassar, 1995, p 181). این موارد می‌تواند از مصادیق حسن‌نیت در حین مذاکره باشد. علاوه بر این باید به این امر واقف باشند که عملکرد چنین شروطی صرفاً سازگاری با شرایط تغییر یافته است، نه این‌که قرارداد از نو تنظیم شود؛ مگر این‌که صریحاً در شرط مذکور ذکر شده باشد.

#### ۴. تکلیف به مذاکره یا توافق

بحثی که این‌جا مطرح می‌شود این است که آیا طرفین قرارداد تعهد و تکلیف دارند که حتماً به توافق برسند؛ یعنی محتوای شرط به گونه‌ای تعهد به نتیجه است یا این‌که چنین شروطی صرفاً دربرگیرنده تعهد طرفین به مذاکره است؟ اصولاً شروط مذاکره بیش‌تر بر مذاکره تأکید دارند و دربردارنده تصریح و بیان روشنی در مورد رسیدن به توافق نیستند. مطابق با اجماع بین‌المللی، شروط مذاکره مجدد صرفاً متضمن تعهدی هستند که طرفین بیش‌تر مساعی خود را برای رسیدن به توافق در چارچوب موارد بیان شده در بندهای پیشگفته به کارگیرند. این شروط طرفین را ملزم به رسیدن به توافق نمی‌کنند.

وفق این شروط در صورت عدم دستیابی به توافق مسئولیتی برای طرفین متصور نخواهد بود. تعهدات طرفین محدود به انجام مذاکره بوده و حاصل نشدن توافق نقض تعهد محسوب نمی‌شود. به‌عنوان مثال در صورتی که طی مذاکرات یکی از طرفین پیشنهادهای طرف دیگر را به عللی رد کند که با توجه به شرایط تجاری عادلانه و معمول است، نقض تعهد محسوب نمی‌شود. شروط مذاکره مجدد صرفاً متضمن فرایند مذاکره جهت تضمین تعادل تجاری تعهدات طرفین بوده، نمی‌توانند نتایج مذاکره را پیش‌بینی کنند. حاصل نشدن توافق نقض قرارداد محسوب نمی‌شود. با وجود این در صورتی که طرفین به دلیل تقصیر سنگین و





نقض تعهد با سوء نیت، برای مثال به تأخیر انداختن غیرقابل توجیه فرایند مذاکره، ایجاد مانع بر سر راه مذاکره (Peter, 1995, p.247, Nassar, 1995, p.182, Bernardini, 1998, p.421) و یا رد پیشنهادهای طرف دیگر به دلایلی غیر از دلایل تجاری به توافق نرسند، این موارد نقض محسوب می‌شوند. در این حالت اثبات رفتار طرف دیگر که منجر به عدم توافق شده و همچنین تعیین میزان خسارت بسیار مشکل است. اگر یکی از طرفین به علت اجرا نشدن تعهدات قراردادی مبنی بر مذاکره اقامه دعوی خسارت مطرح کند، هیأت داوری موقعیتی را در نظر می‌گیرد که در صورت موفقیت مذاکره حاصل می‌شد. در این مورد، هیأت مزبور به صورت غیرمستقیم مجبور می‌شود که توافق بین طرفین را شکل دهد. پس به این دلیل، این دیدگاه عملی نیست. بنابراین، تنها خسارات ناشی از تأخیر و هزینه‌های متحمل شده در ارتباط با توافق قابل دریافت است. برای جلوگیری از مشکلات محاسبه خسارات، طرفین باید میزان خسارات را از پیش در شرط تعیین کنند.

## ۵. وضعیت قرارداد در طول مذاکره

از آنجا که غالباً مذاکرات طولانی است پرسشی که مطرح می‌شود این است که وضعیت قرارداد در طول مذاکره به چه صورت است؟ آیا همزمان با پیگیری مذاکرات، قرارداد باید با همان شرایط اولیه ادامه یابد یا معلق شود؟ ممکن است طرفین در هنگام انعقاد قرارداد و پیش‌بینی شرط مذاکره، تکلیف را روشن کنند. آن‌ها می‌توانند پیش‌بینی کنند که در مدت زمان مزبور و تا مشخص شدن نتیجه اثر عقد معلق بماند؛ امری که باعث تحریک طرفین بر تسریع در رسیدن به نتیجه نیز می‌شود. نیز می‌توانند چنین مقرر کنند که عقد با آخرین شرایط قبل از حادثه ادامه یابد و مسئولیت ناشی از تأخیر در مذاکره، به عهده کسی قرار گیرد که نابرابری ایجاد شده به نفع او است (بیگدلی، ۸۸، ص ۳۲۵). حال اگر وضعیت در شرط پیش‌بینی نشده باشد، دو نظر وجود دارد:

۱. قرارداد باید با همان شرایط سابق اجرا شود؛ چرا که توقف آن خلاف اصل است و به نظر نمی‌رسد که پیش‌بینی مذاکره مجدد در قرارداد مستلزم متوقف ماندن اجرای آن باشد.

۲. عده‌ای دیگر معتقدند که شرط مذکور مستلزم تعلیق اجرای قرارداد در مدت مذاکره است. به عقیده آن‌ها در قراردادهای طرفین علاوه بر نتایج مستقیم قرارداد به تمامی نتایج ناشی از عرف و انصاف که از ماهیت قرارداد ناشی می‌شوند نیز ملزم و متعهدند. از این رو نتیجه عرفی چنین شروطی متوقف ماندن قرارداد به علت نابرابر شدن تعهدات مندرج در آن است.

با توجه به اصل لزوم قراردادهای و با عنایت به ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری که سرمایه زیادی در نتیجه انعقاد آن‌ها به کار گرفته شده است نظر اول مرجح است. هدف شرط مذاکره مجدد ایجاد انعطاف‌پذیری در قرارداد برای جلوگیری از شکنندگی و در نتیجه تداوم اجرای قرارداد با توجه به حجم سرمایه‌گذاری و اهمیت آن در اقتصاد کشور میزبان است. بنابراین، تعلیق در اجرای قرارداد با فلسفه شرط مذاکره مجدد همخوانی ندارد.

### ۶. موفقیت مذاکره و میزان تغییرات قرارداد

هدف طرفین قرارداد از پیش‌بینی مذاکره مجدد در شرایط استثنایی، رسیدن به توافقی مجدد جهت تقویت قرارداد و امکان ادامه اجرای آن است. بنابراین اصولاً نتیجه اساسی موفقیت در مذاکره تعدیل قرارداد است و در این صورت تردیدی در ادامه جریان قرارداد با همان شرایط اصلاحی طرفین وجود نخواهد داشت. شروط مذاکره مجدد به طور کلی می‌توانند نسبت به هر قسمت از قرارداد درج شوند. هیچ محدودیت ذاتی بجز آنچه طرفین بر آن توافق کنند برای تحدید قلمرو این‌گونه شروط وجود ندارد. بحثی که در این‌جا مطرح می‌شود میزان تغییر قرارداد از طریق شرط مذاکره مجدد است. شروط مذاکره مجدد معمولاً دربردارنده خطوط کلی قلمرو تغییر قراردادی هستند. اهمیت این موضوع از این واقعیت ناشی می‌شود که نتیجه حاصل از موفقیت مذاکره را بتوان از پیش تعیین کرد.

برخی از شروط شامل دستورالعمل‌هایی هستند که حوزه مذاکره مجدد را مشخص می‌کنند. به‌عنوان نمونه می‌توان به قرارداد سال ۱۹۷۷ اندونزی به نام پروژه سولاسی اشاره کرد: «در هر زمانی از دوره قرارداد حاضر، دولت و شرکت می‌توانند در پرتو همه شرایط موجود در مورد تعادل مالی قرارداد و ممانعت از تبعیض، به رایزنی بپردازند. منظور از شرایط موجود، شرایط حاکم بر تولید است؛ همچون ابعاد، مکان و میزان ذخایر معدنی، کیفیت مواد معدنی، بازار



مواد معدنی، قدرت خرید وجه رایج و شرایط حاکم بر فعالیت‌های معدنی مشابه. طرفین به هنگام توافق در مورد بازبینی قرارداد حاضر باید اطمینان حاصل کنند که تحت هیچ شرایطی، بازبینی نباید به توان شرکت برای حفظ اعتبار مالی خود در خارج از کشور و نیز افزایش سرمایه از طریق استقراض بین‌المللی به گونه‌ای که در صنعت معدن رایج است، خلل وارد کند.<sup>۱</sup>

شروط می‌توانند میزان تغییر قرارداد را تعیین کنند. گاه مذاکره مجدد تنها به یک موضوع خاص همچون نظام مالی می‌پردازد: «... دولت و شرکت موافقت می‌کنند هر ۵ سال یکبار برای بازبینی نظام مالی مناسب شرکت با یکدیگر دیدار کنند».

«مذاکرات: ماده ۶) دولت و دریافت‌کننده امتیاز موافقت می‌کنند به منظور وضع حداقل پرداخت‌های جدید، مشتمل بر مالیات و حق‌الامتیاز در سال ۱۹۷۴، به مذاکرات جدیدی بپردازند».<sup>۲</sup>

برخی از شروط، میزان تغییر قرارداد را با استانداردهای عینی همچون حفظ توازن مالی مشخص می‌کنند یا به استانداردهای ذهنی همچون عدالت و برابری اشاره می‌کنند.

به عقیده اشمیتوف «اگر تأکید مذاکرات مجدد بر شرایط عادلانه و برابر برای طرفین مستلزم آن باشد که مذاکره‌کنندگان ناگزیر به گذشته رجوع کرده توازن پیشین را به‌عنوان معیار خود برگزینند، نوعی بند و زنجیر محسوب می‌شود» (Schmitoff, 1980, p.87).

به منظور تفسیر دقیق معیارهای شخصی همچون عدالت باید به اهداف قرارداد و نیز نیت طرفین مراجعه کنیم؛ ولی از آن‌جا که تبیین این مسائل دشوار است، بهتر است برای تسهیل جریان توافق قراردادی به معیارهای عینی همچون «اعاده تعادل مالی تعهدات طرفین» متوسل شویم. به هر روی، تبیین جنبه‌های مالی قرارداد از تعریف طرفین از مفهوم عدالت در شرایط جدید آسان‌تر است.

۱. "Sulawesi" Contract of Work between the Government of the Republic of Indonesia and P.T. Rio Tinto Indonesia of 1977 (clause 23c).

۲. "Rochelois" Bauxite Agreement between Haiti and Reynolds Mining Corp. (amendment of 1971).

از نمونه‌های قابل ملاحظه قرارداد نفتی سال ۱۹۷۴ غنا و شل است که به شرح زیر مقرر می‌دارد:

«بدین‌وسیله توافق می‌شود چنانچه در دوره قرارداد حاضر هرگونه تغییر در شرایط مالی و اقتصادی صنعت نفت، وضعیت فعالیت در غنا و شرایط بازاریابی مؤثر بر مبانی اساسی اقتصادی و مالی قرارداد حادث شود، در آن صورت به منظور اصلاح و تعدیل منطقی قرارداد و با توجه به سرمایه به کار گرفته شده پیمانکار و مخاطرات متحمل توسط وی، مفاد قرارداد مورد بازبینی و مذاکره مجدد قرار گیرد، البته مشروط بر آن‌که تغییرات یا تعدیل‌های یاد شده در مدت ۵ سال از آغاز تولید تجاری نفت در منطقه فعالیت صورت پذیرفته و عطف به ماسبق نشوند»<sup>۱</sup>.

این بند ضمن اشاره شفاف به حوادث آغازگر مذاکره، استانداردهای ناظر به حدود تغییر در شرایط را نیز تعریف کرده است. همچنین متذکر تغییر اساسی شرایط مالی در نتیجه اوضاع و احوال اقتصادی صنعت نفت و گاز شده که می‌تواند از بروز اختلاف بین طرفین در تعیین شرایط موضوع مذاکره مجدد جلوگیری کند. علاوه بر این، تنظیم‌کنندگان این بند به طور صریح زمان تعدیل قرارداد را نیز مشخص کرده‌اند. همچنین این ماده عطف به ماسبق شدن تعدیل صورت پذیرفته را نیز استثنا کرده است. از این رو سازشی منطقی بین ثبات و انعطاف‌پذیری قرارداد حاصل شده است.

#### ۷. عدم حصول توافق در مذاکره و شکست مذاکره مجدد

به طور کلی در قراردادهای سرمایه‌گذاری که قراردادهای بلندمدتی هستند، احتمال برگزاری مذاکره مجدد بسیار قوی است، ولی احتمال نرسیدن به توافق قوی‌تر است. برداشت عمومی مبتنی بر این است که شرط مذاکره مجدد به معنای التزام طرفین به دستیابی به توافق نیست. در عمل مشکل‌زاترین موضوع این است که در صورتی که مذاکرات به نتیجه نرسد چه اتفاقی می‌افتد. در برخی از شروط طرفین به طور صریح این امر را تعیین تکلیف کرده‌اند. برای مثال در بعضی موارد اجازه

---

۱. Petroleum Production Agreement between the Government of Ghana and Shell Exploration and Production Co. of Ghana Ltd. of 1974 ( clause 47.b.).



فسخ قرارداد داده می‌شود که بسیار محدود است. همچنین ممکن است امکان رجاع به داوری را پیش‌بینی کنند. اما اصولاً شرط درباره این موضوع صراحتی ندارد. برای نمونه می‌توان به شرط امین اوایل اشاره کرد که در این مورد ساکت است، بنابراین سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا قرارداد همان‌طور که هست باقی می‌ماند، آیا خاتمه می‌یابد و آیا توسط شخص ثالث (همانند دادگاه‌های دولتی، هیأت داوری یا هر مداخله‌کننده ثالثی) تعدیل می‌شود؟

این امر ابتدا مبتنی بر تفسیر شرط مذاکره مجدد است. همان‌طور که در پیش بحث شد موضوع اساسی این است که آیا شرط به تنهایی دربردارنده تعهد به مذاکره با حسن‌نیت است یا این‌که معمولاً منجر به تعهد به تعدیل قرارداد می‌شود. اگر تعهد به تعدیل قرارداد وجود داشته باشد عدم توافق نه‌تنها نقص این تکلیف است، بلکه به وسیله دادگاه یا هیأت داوری اصلاح می‌شود (KRÖLL, 2004, p.449).

مطابق دیدگاه بین‌المللی رایج شروط مذاکره مجدد صرفاً دربردارنده تعهد به مذاکره با حسن‌نیت بوده، مشتمل بر تعهد به توافق نیستند. هیأت داوری امین اوایل نیز این مطلب را بیان کرده که تعهد به مذاکره تعهد به دستیابی به توافق نیست؛ به‌عنوان نمونه (Peter, 1995, 92): «هیچ‌یک از طرفین نباید بدون دلیل با هرگونه تغییر، تعدیل، تفصیل حذف یا اضافات مورد پیشنهاد طرف دیگر مخالفت ورزد».

نتیجه منطقی این دیدگاه این است که اگر طرفین این تکلیف را بدون توافق بر تعدیل قرارداد به جا آورند قرارداد همان‌طور که هست باقی می‌ماند. مطابق با اصل لزوم قراردادها طرفین ملزم به اجرای تعهدات قراردادی هستند که در ابتدا بر آن توافق کرده‌اند؛ در حالی که الزام طرفین به شروط قرارداد اولیه در صورت بروز حوادث مقرر در شرط موافق قصد طرفین نیست.

عده‌ای اعتقاد دارند که در صورت عدم توافق طرفین قرارداد باید معلق شود یا خاتمه یابد. در مورد شروط هاردشیب بیشتر به تعلیق یا خاتمه قرارداد اشاره شده است (Fontaine, 1976, pp 35-36). این نظر برای آن دسته از مذاکرات مجددی که به دلیلی جز هاردشیب اقامه می‌شوند مناسب نیست. همچنین برای قراردادهای سرمایه‌گذاری بلندمدتی که در آن‌ها طرفین برای تأمین منافع خود باید به توافق برسند نیز بسیار نامناسب است؛ مگر آن‌که طرفین خطر شکست کامل پروژه را که

اغلب برای اقتصاد کشور میزبان اهمیت حیاتی دارد و مستلزم سرمایه‌گذاری هنگفت است بپذیرند.

برای ایجاد انعطاف‌پذیری بیشتر و افزایش احتمال دستیابی به اهداف شروط مذاکره مجدد می‌توان در این قبیل شروط امکان مداخله شخص ثالث را در فرایند مذاکره پیش‌بینی کرد. از این طریق طرفین می‌توانند در صورت ناکامی مذاکرات به هدف حفظ تعادل قراردادی در طول اجرای قرارداد نیز دست یابند. مذاکره می‌تواند با وساطت اشخاص ثالث انجام شود. به‌عنوان نمونه در صورت تحقق حوادث آغازگر داور می‌تواند طرفین را دعوت به مذاکره دوباره مفاد قرارداد، بر مبنای یافته‌های خود کند. اگر این تلاش ناموفق بوده یا اگر چنین تلاشی اصلاً تحقق نیابد و در صورتی که یکی از طرفین با حسن‌نیت وارد مذاکره نشود داور به جبران خسارات طرف متضرر رأی خواهد داد.

#### ۸. نتیجه

شروط مذاکره مجدد سازوکاری برای ارزیابی مجدد روابط طرفین در پرتو تغییرات توافق اصلی محسوب می‌شوند. عواملی همانند تغییر شرایط فنی، اقتصادی، قانونگذاری، سیاسی و انعقاد قراردادهای ناقص و... سبب توسل به مذاکره مجدد می‌شوند. در واقع شروط مذکور باید در موارد استثنایی اعمال شوند. مثلاً شرایطی که تغییر می‌کنند باید سبب تبعیض بیش از حد یا زیان اساسی یا عدم تعادل بنیادین در منافع یکی از طرفین شوند یا اساساً بنیان‌های اقتصادی و مالی قرارداد را تحت تأثیر قرار دهند یا نتایج و آثار آن اساساً با آنچه توسط طرفین در زمان انعقاد قرارداد تصور می‌شده، متفاوت باشند. توجه به این معیارها بیش‌تر در مواقعی صورت می‌گیرد که شرط مذاکره مجدد ساکت باشد؛ اما در مواردی که شرط میزان تغییراتی را که باید در قرارداد حاصل شود تعیین می‌کند باید براساس اصل آزادی قراردادی، طبق شرط عمل شود؛ حتی اگر میزان تغییرات کم‌تر از مواردی باشد که بیان شد.

پس از آن‌که شرایط آغاز مذاکره مجدد محقق شد، در گام دوم تعهدات طرفین در طول مدت مذاکره مطرح می‌شود. طرفین باید در فرایند مذاکره جدی و مصمم باشند و هدف حل مشکلاتشان باشد. جدیت آن‌ها لزوماً با نشان دادن تمایلشان به شنیدن درخواست‌های یکدیگر محقق نمی‌شود، بلکه باید درخواست‌های یکدیگر را



درک کنند و آن چنان انعطاف‌پذیر باشند که در بعضی از موارد از درخواست‌های خود به نفع دستیابی به توافق با طرف دیگر دست بکشند. این شروط متضمن مسئولیتی برای طرفین در صورت عدم دستیابی به توافق نیستند؛ اما تعهدات طرفین با انجام مذاکره اجرا شده تلقی می‌شود، حتی اگر طرفین به توافق نرسند؛ مشروط بر این‌که طرفین تعهدات مذاکره را با حسن‌نیت اجرا کرده باشند. پیش‌بینی مداخله شخص ثالث می‌تواند امکان ناکامی مذاکرات مبتنی بر شرط مذاکره مجدد را کاهش دهد و انعطاف‌پذیری قرارداد را تقویت کند.

## ۹. منابع

### ۹-۱. فارسی

۱. بیگدلی، سعید، تعدیل قرارداد، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۸.
۲. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، سمت، ۱۳۸۹.
۳. شیروی، عبدالحسین، شعبانی جهرمی، فریده، «مذاکره‌مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی»، فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی، سال نهم، شماره ۳۴، ۱۳۹۱.
۴. اشمیتوف، کلایو ام، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی جلد دوم، چاپ اول، سمت، ۱۳۷۸.

### ۹-۲. انگلیسی

5. Alqurashi, Z.A, International Oil and Gas Arbitration, Alexander's Gas & Oil Connections and OGEL,2005.
6. Berger, K., "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: the Role of Contracts Drafters and Arbitrators", 36 Vand. J. Transnat'l L, 2003.
7. Bernardini , p., " The Renegotiation of the Investment contract" 13 ICSID Review Foreign Investment Journal 411, 1998.
8. Bernardini , P, " Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments", Journal of Word Energy Law & Business, 2008.
9. David, R., L'arbitrage dans le Commerce International, Collection Etudes juridiques comparatives, Economica, 1982.

10. Fontaine, M, “ Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme ”, 2 DPCI, 1976.
11. Kröll, S. “The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts” in N Horn(ed) Arbitrating Foreign Investment Disputes ,Kluwer Law International, 2004.
12. Kolo A. and Wälde T., “Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects”, World Inv 5, 2000.
13. Horn, N., Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, London: Kluwer, 1985.
14. Horn, N., “ Third Party Intervention” 13 Int'l Bus, Law, 1985.
15. Nassar, N, Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term Commercial Transactions, Dordrecht; London, 1995.
16. Peter, W, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements: Second Revised and Enlarged Edition, Kluwer Law International, 1995.
17. Russi, L, “Chronicles of Failure: From a Renegotiation Clause to Arbitration of Transnational Contracts” 24 Conn. J. Int'l, 2008.
18. Schmitthoff C M, “ Hardship and Intervener Clause “,J.Bus.L, 1980.