

بررسی تعهد به مذاکره ی مجدد در قراردادهای بین المللی بالا دستی نفت و گاز از منظر فقه امامیه و حقوق ایران^۱

علمی - پژوهشی

عبدالرحیم مرادی *

چکیده

قراردادهای بین المللی بالادستی نفت و گاز بر حسب طبیعت و سرشت خود از ویژگی های خاصی بر خوردار است که بلند مدت بودن، ریسک پذیری بالا، متفاوت بودن ماهیت شخصیت حقوقی طرفین قرارداد (دولتی بودن یک طرف و خصوصی بودن طرف دیگر) و بالتبع تفاوت اساسی در اهداف غایی از جمله آنها می باشد. این ویژگی ها توسط به مذاکرات مجدد را برای طرفین در اثنای اجرای قرارداد یک ضرورت تلقی می کنند. در فرضی که مدلول مطابقی عقد به صراحت دلالت بر شرط مذاکره ی مجدد نداشته باشد می توان گفت که تعهد به مذاکره جزء مقتضیات اطلاق قراردادهای بین المللی نفت و گاز به شمار می آید به نحوی که مدلول التزامی قراردادهای بین المللی نفت و گاز متضمن تعهد به مذاکره برای طرفین قرارداد است. علیهذا، در فرض اطلاق قراردادهای بین المللی نفت و گاز و عدم درج صریح مقرره ی مذاکره ی مجدد، تعهد به مذاکره به ویژه در مواقع بروز وقایع پیش بینی نشده و دشواری انجام تعهد، قابل احراز است و مبنای فقهی و حقوقی این تعهد در این فرض، شرط ضمنی عرفی می باشد. تعهد به مذاکره ی مجدد یک تعهد حقوقی و الزام آور به حساب می آید.

کلید واژه ها: قراردادهای بین المللی بالادستی نفت و گاز، تعهد به مذاکره ی مجدد، دشواری انجام تعهد، شرط ضمنی عرفی

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۵/۰۲/۱۵) تاریخ پذیرش: (۱۳۹۶/۰۸/۱۱)

* استادیار، گروه حقوق و الهیات، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران. (نویسنده مسؤول)
Ab.Moradi@iau.ac.ir

۱- مقدمه

اقسام قراردادهای بین المللی بالادستی نفت و گاز اعم از امتیازی^۱، مشارکت در تولید^۲، مشارکت در سرمایه گذاری^۳ و خدماتی ریسک پذیر^۴ همگی از یک سری خصوصیات برخوردار هستند که می توان از آنها به عنوان ویژگی های مشترک این نوع از قراردادها یاد کرد. این ویژگی ها عبارتند از طولانی بودن مدت اجرا و یا بلند مدت بودن، ریسک پذیری بالا، سرمایه بری بالا، مجهول کیفیت و کمیت منابع نفت و گاز، متفاوت بودن شخصیت حقوقی طرفین قرارداد(دولتی بودن یک طرف و خصوصی بودن) و بالتبع تفاوت اساسی در اهداف غایی طرفین قرارداد.

ویژگی های فوق الذکر این نگرانی را برای پیمانکار و شرکت فراملی فعال در نفت و گاز به وجود می آورد که رابطه قراردادی آنها متزلزل و بی ثبات گردد. طرفین قرارداد با دوراندیشی که دارند از طریق درج شروط قراردادی من جمله شرط ثبات و شرط مذاکره ی مجدد^۵ سعی می کنند رابطه قراردادی خود را تثبیت بنمایند به این ترتیب حیات قرارداد با توسل به این شروط تداوم می یابد اما سوال اساسی این است آیا می توان بر فرض سکوت قرارداد تعهد به مذاکره را از آن استنباط نمود و به تعبیری آیا تعهد به مذاکره ی مجدد علیرغم عدم پیش بینی صریح در قرارداد توسط طرفین قابل احراز است یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ، چه مبنایی برای توجیه آن وجود دارد و بالاخره ماهیت تعهد، قلمرو و آثار آن چیست؟ در این مقاله تلاش می گردد به سوال های مطروحه ضمن نگاه به رویه داوری و دکتترین حقوقی و فقهی پاسخ مناسب داده شود. در این راستا، بدو به تبیین و توصیف مفهوم تعهد به مذاکره پرداخته می شود و متعاقباً، علل، شرایط و مقتضیاتی پرداخته می شود که مذاکره ی مجدد در قراردادهای بین المللی نفتی را یک نیاز و ضرورت تلقی می کند. در قسمت بعدی ارتباط مذاکره ی مجدد با هارد شیپ بررسی می گردد و در نهایت مبانی حقوقی مذاکره ی مجدد و آثار آن از دیدگاه فقه و حقوق، بررسی و تحلیل خواهد شد.

^۱ - Concession

^۲ - Production Sharing

^۳ - JV (Joint Venture)

^۴ - Risk Service Contracts

^۵ - Renegotiation Clause

۲- تعریف تعهد به مذاکره ی مجدد

مذاکره ی مجدد در دیکشنری حقوقی بلاک ، به دو معنی به کار رفته است:

(۱) اقدام یا فرایند مذاکره بر علیه یا بر شروط قراردادی متفاوت؛ مذاکره برای دومین بار یا بیشتر (۲) بررسی مجدد و تعدیل یک قرارداد دولتی با هدف حذف و یا بازگرداندن سود گزافی است که پیمانکار از قرارداد منتفع می گردد.

(Brayan A. Garner, ۲۰۰۴, p.۱۳۲۲)

مقصود از "تعهد به مذاکره ی مجدد" این است که طرفین قرارداد بین المللی نفت و گاز، در اثناء اجرای قرارداد، به واسطه ی حدوث وضعیت جدید و بروز اوضاع و احوال و شرایط متفاوت با اوضاع و احوال و شرایط زمان عقد، تعهد و تکلیف وضعی دارند تا مجدداً و با حسن نیت با هدف تداوم و کمک به استمرار و پایداری رابطه ی قراردادی خود و تطبیق آن با اوضاع و احوال حادث، به پای میز مذاکره برگردند. (Klaus Peter Berger , ۲۰۰۳ , p.۱۳۴۷)

این تعهد یک تعهد طبیعی و اخلاقی صرف نبوده بلکه تعهدی است حقوقی که آثار حقوقی در پی خواهد داشت.

در مورد اینکه آیا تعهد به مذاکره الزام آور است یا نه؟ دادگاه های استرالیا تفسیر متفاوتی داشتند در پرونده ی گروه خدماتی راه آهن با مسئولیت محدود بر علیه شرکت راه آهن^۱ دادگاه عالی نیو والز جنوبی طی رأی شماره ۱۷۷ سوم جولای ۲۰۰۹ چنین نظر داد که تعهد به مذاکره ی با حسن نیت، الزام آور می باشد. سابقه ی پرونده به این شرح بود که ضمن قرارداد طرفین، شرطی گنجانده شده بود که به موجب آن مقرر شده بود برای حل اختلافات قراردادی، بدو از طریق مذاکره، اقدام شود، اگر موفقیت آمیز نبود، از طریق میانجی گری، اختلافات فی مابین حل و فصل شود. در صورت موفقیت آمیز نبودن میانجی گری، ارجاع به داوری یا طرح دعوا در مراجع قضایی به عنوان راه حل آخر، پیش بینی شده بود. موضوع اصلی در این پرونده، ادعای گروه خدماتی راه آهن با مسئولیت محدود^۲ بود که تعهد به مذاکره ی با حسن نیت را به دلیل ابهام و عدم قطعیت غیرقابل اجرا می دانست و استدلال می کرد بالتبع ارجاع به داوری نیز بی اعتبار و غیر قابل اجرا است، لذا مرجع

^۱ United Group Rail Services Limited v. Rail Corporation

^۲ United Group Rail Services Limited

صالح برای حل و فصل به اختلافات ، دادگاه می باشد. دادگاه عالی، ادعای گروه خدماتی راه آهن با مسئولیت محدود را نپذیرفت و شرط راجع به تعهد به مذاکره را معتبر و لازم الاجرا اعلام نمود. دادگاه در ضمن استدلال خود اظهارنظر کرد که وظیفه دادگاه در این است که به قراردادهای تجاری که شروط قابل تفسیر ، معانی چندگانه و کشدار دارند، اثر ببخشد. و نیز دادگاه استدلال نمود که حسن نیت یک مفهوم بیگانه در کامن لو نیست بلکه، به عنوان یکی از اصول اجرای تعهدات، شناخته شده می باشد. دادگاه توافق طرفین نسبت به مذاکره ی با حسن نیت را مبهم ، گمراه کننده و غیر قطعی تشخیص نداد. قبلاً در سال ۲۰۰۷ دادگاه عالی استرالیا در پرونده ی لاین او راک بر علیه ترانسپورت اینفرا ستراکچر^۱ مشابه همین شرط را بررسی کرده بود و حکم داده بود که شرط تعهد مذاکره ی با حسن نیت به جهت فقدان قطعیت و ابهام مفهومی غیر قابل اجرا است و استدلال دادگاه مزبور این بود که هیچ معیاری برای تشخیص اینکه طرف قرارداد با حسن نیت عمل کرده است یا نه در اختیار دادگاه وجود ندارد. ولی در پرونده ی گروه خدماتی راه آهن با مسئولیت محدود دادگاه بر خورد متفاوتی داشته و اظهارنظر نموده است که معیارهای عینی وجود دارد که دادگاه می تواند با توجه به آنها با "حسن نیت بودن" را تمیز دهد. دادگاه استدلال نمود: طرفین ملزم به رسیدن به راه حل نیستند، اما می بایست تلاشهایشان در حل اختلاف، جدی و واقعی باشد.

(http://www._Austlii.edu.au/au/cases/nsw/NSWCA/۲۰۰۹/۱۷۷.html)

به موجب شرط مذاکره ی مجدد، طرفین قرارداد ملزم هستند در فرآیند مذاکرات به نحو موثری همکاری داشته باشند بدین معنا که با هدف معطوف به یک راه حل موفقیت آمیز با یکدیگر مذاکره نمایند و این امر مستلزم آن است که طرفین، تلاشهای جدی و انعطاف پذیری به کار گیرند و تمایل جدی به در نظر گرفتن نیازها و منافع طرف دیگر قرارداد داشته باشند^۲

(Klaus Peter Berger , ۲۰۰۳, p. ۱۳۶۵)

^۱ Lain O Rourke V. Transport infrastructure

^۲ - Making a serious effort to reach agreement and Paying attention to the interests of the other side

اصل حسن نیت نقش بنیادی در تبیین مفاد و قلمرو تعهد به مذاکره ی مجدد دارد. (www.trans-lex.org/۹۳۹۰۰۰) چنانچه یکی از طرفین در انجام تعهد به مذاکره ی مجدد، مغایر با حسن نیت اقدام نماید مسئولیت ناشی از نقض مذاکره ی مجدد به دنبال خواهد داشت.^۱

علی الاصول، یک طرف در انجام مذاکره ی قراردادی آزاد است و هیچ مسئولیتی از بابت قصور و کوتاهی در "رسیدن به توافق" با طرف دیگر ندارد اما شخصی که با نقض اصل حسن نیت، مذاکره را به شکست می رساند در قبال خسارات وارده به طرف دیگر از این حیث مسئولیت خواهد داشت.

مغایر با حسن نیت تلقی می گردد، زمانی که شخص با قصد حصول توافق وارد مذاکره بشود و یا مذاکره را ادامه بدهد در حالی که اساساً قصد رسیدن به توافق را ندارد و نیز بر خلاف حسن نیت خواهد بود در زمانی که یک طرف بر شروطی اصرار می ورزد که آن شروط غیر متعارف و غیر معقول به نظر می رسد.

^۱ - مسئولیت ناشی از نقض مذاکره ی مجدد که قلمرو بحث آن در اثنای اجرای قراردادهای طولانی مدت می باشد، شباهت زیادی با دکترین "culpa in contrahendo" در حقوق آلمان دارد. قاعده ی مزبور که در مقام بیان مفهوم "تقصیر در مرحله ی مذاکرات مقدماتی پیش از عقد" و مسئولیت پیش قراردادی است، مقرر می دارد: چنانچه معلوم شود، یکی از دو طرف صلاحیت انعقاد قرارداد را نداشته است، یا قرارداد قابل اجرا نبوده و یا اراده ی یک از دو طرف ایراد داشته است، طرفی که فاقد صلاحیت در انعقاد عقد بوده و طرفی که می دانسته قرارداد قابل اجرا نیست و آگاهانه سکوت اختیار کرده و بالاخره شخصی که اراده اش در انعقاد قرارداد معیوب بوده است، در قبال طرف دیگر که با حسن نیت است و بدون اطلاع از وضعیت بی اعتباری قرارداد و با اعتماد و انکاء به قول و فعل طرف عقد، مبادرت به هزینه هایی ضروری نموده است، مسئولیت جبران خسارات را بر عهده خواهد داشت. (حبیب طالب احمدی، ۹۲، ص ۳۱۳-۳۱۶) این مسئولیت ایضاً در جایی مطرح است که یک طرف قرارداد بدون قصد جدی مذاکره و بر خلاف حسن نیت با طرف دیگر وارد مذاکره شود و طرف دیگر با اعتماد متعارف به حصول توافق در آینده، مبادرت به هزینه های معقول نماید. به موجب دکترین کالپا اشخاصی که در حال انعقاد قرارداد هستند دارای تکالیفی هستند که در زمره تکالیف قراردادی جای می گیرند. این تکالیف عمدتاً از این قرار است که طرفین متعهد هستند در اثنای مذاکره ی قراردادی با حسن نیت اقدام نمایند در غیر این صورت در قبال اعتماد طرف مقابل ناآگاه مسئولیت خواهند داشت.

(Kessler, Friedrich/ Fine, Edith, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, ۷۷ Harv.L.Rev. ۱۹۶۳/۶۴, at ۴۰۱ et seq, p.۴۰۱)

سابقه ی این نظریه به مقاله ی مشهور پرفسور Jhering (۱۸۶۱) در آلمان بر می گردد. نظریه ی مزبور که در پاسخ نیازهای تجاری مطرح گردید علیرغم انتقادات طرفداران اصل آزادی اراده تأثیر بسزایی در پروسه قانونگذاری کشورهای مختلف از جمله سوئیس و آلمان داشته است. در یک مطالعه ی تطبیقی می توان به نتیجه ی مسلم رسید که از طریق مفاهیم حسن نیت یا معامله منصفانه که به کرات در حقوق قراردادهای آمریکا مورد استناد واقع شده است و نیز از طریق مفاهیم حقوقی استاپل، شرط ضمنی، دکترین سهل انگاری و غفلت، اشتباه، اظهارات خلاف واقع و تدلیس که مختص نظام حقوقی کامن لو و انگلیس می باشد، می توان به همان نتایجی رسید که طراحان نظریه ی کالپا به دنبال آن می باشند.

(Kessler, Friedrich/ Fine, Edith, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, ۷۷ Harv.L.Rev. ۱۹۶۳/۶۴, at ۴۰۱ et seq, pp.۴۰۱-۴۴۸)

چنانچه در قراردادی صریحاً یا ضمناً تعهد به مذاکره ی مجدد وجود داشته باشد، طرفین می بایست بهترین تلاشهای ممکن را در رسیدن به توافق با طرف دیگر اعمال نمایند. با این حال، آنها ملزم نیستند که واقعاً و عملاً به یک توافق برسند مگر اینکه بر خلاف آن به نحو شرط نتیجه، توافق کرده باشند.

تعهد به مذاکره و الزام آور بودن آن، مورد پذیرش دیوان داوری در پرونده های داوری موردی حل و فصل اختلافات قراردادی بین المللی نفتی وینترشل^۱ و امین اوایل^۲ قرار گرفته است و در خصوص ماهیت تعهد مزبور اظهار نظر شده است که تعهد به مذاکره، متضمن تعهد به حصول توافق نمی باشد، مع الوصف، این تعهد، خالی از محتوا هم نیست و اگر به نحو احسن و روشن در چهارچوب حقوقی قرار گیرد به تبعات و نتایج نسبتاً دقیقی منتهی خواهد شد.

(۱۰۰۴، p. ۱۹۸۲، ILM, ۲۱)

حسب نظر دیوان داوری در پرونده ی امین اوایل ، چنانچه مذاکرات به شکست بیانجامد و سبب شکست مذاکرات و قصور در مذاکره ی اصولی به یکی از طرفین قرارداد قابل انتساب باشد، در این صورت، مسئله مسئولیت حقوقی آن طرف قابل طرح خواهد بود. (۱۰۰۴، p. ۱۹۸۲، ILM, ۲۱)

چنانچه مذاکره ی مجدد قرارداد راجع تعدیل قیمتی باشد که قرار است به وسیله طرف دیگر، در ازای انجام تعهد طرف مقابل، پرداخت شود، در این صورت (بر فرض فقدان توافق مخالف)، می بایست برون داد و نتیجه روند مذاکره ی مجدد، برقراری تعادل اقتصادی اولیه بین قیمت و ارزش تعهد طرف قرارداد در زمان انعقاد عقد و زمان انعقاد توافق برای قیمت ناشی از فرایند مذاکره باشد.

پرفسور برگر پیشنهاد می دهد که طرفین قرارداد، مفاد و شروط قرارداد فیما بین را در صورت بروز برخی وقایع، با هدف اصلاح و تعدیل، مورد مذاکره ی مجدد قرار دهند. و در ادامه پیشنهاد می نماید چنانچه قادر به رسیدن یک توافق نباشد، آنها می توانند با تراضی موضوع را به دیوان داوری ارجاع کنند تا دیوان نسبت به اصلاح مفاد قرارداد و بازگرداندن مجدد تعادل اقتصادی مفروض

^۱ - Wintershall, A.G.et al V. Government of Gatar Case (۲۸ ILM(**International legal materials**), ۱۹۸۹, p. ۷۹۵)

^۲ Government of State of Kowit V. American Independent Oil Co(Aminoil) (۲۱ ILM(**International legal materials**), ۱۹۸۲, p. ۹۷۶)

طرفین در حین انعقاد عقد اقدام بنمایند. (Klaus Peter Berger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۴۸-۱۳۵۰) اما نسبت به کلوز مذاکره‌ی مجدد انتقاداتی وارد گردیده است، از جمله اینکه این شرط، رابطه قراردادی دو طرف را غیر قابل پیش بینی می نماید و درجه ثبات قراردادی را به شدت کاهش می دهد، این شرط هزینه‌ی مضاعفی را بر معاملات تحمیل می کند و نیز قرارداد فیما بین را غیر قابل اجرا می نماید و بالاخره در فرضی که طرفین، تعدیل و اصلاح قرارداد را به داور یا داورن ارجاع داده اند، به یک تصمیم غیر قابل اجرایی منتج خواهد شد، ضمن اینکه داوران احتمال دارد قرارداد را به نحوی تعدیل کنند که مقصود دو طرف قرارداد نباشد.

(John Y. Gotanda, ۲۰۰۳, p. ۱۴۶۱, ۱۴۶۳). اما پروفیسور گوتاندا^۱ علیرغم انتقادات فوق الذکر، با درج مقرره‌ی مذاکره‌ی مجدد موافق می باشد ولی برای از بین بردن انتقادات و رفع نگرانی‌های فوق الذکر، معتقد است باید اوضاع و احوالی که به واسطه آن شرط مذاکره‌ی مجدد گنجانده می شود، بسیار محدودتر تفسیر گردد و نیز معتقد است در فرضی که طرفین قرارداد، وقایع و حوادث را تحت کنترل خود قراردارند و این وقایع برای طرفین قابل پیش بینی است، نمی توان به شرط مذاکره مجدد استناد نمود و بالاخره، پروفیسور معتقد است مضمون شرط مذاکره‌ی مجدد و تعدیل قرارداد باید متضمن یک معیاری باشد تا دیوان دآوری بتواند با مبنا قراردادن آن نسبت به تعدیل و اصلاح قرارداد اقدام نماید (John Y. Gotanda, ۲۰۰۳, p. ۱۴۶۱, ۱۴۶۲).

پروفیسور سالکوس^۲ مذاکره‌ی مجدد را برطبق "سه موقعیت متفاوت" طبقه بندی کرده است: (Jeswald w. Salacuse, ۱۹۹۱, pp. ۱۵۱-۱۵۵)

قسم اول^۳ حسب نظر یه‌ی سالکوس به نوعی از مذاکره مربوط می شود که برای اختتام توافق موجود یا انعقاد قرارداد جدید صورت می گیرد و نه تداوم و استمرار رابطه‌ی قراردادی موجود. (Jeswald w. Salacuse, ۱۹۹۱, pp. ۱۵۱-۱۵۵)

هر چند که این وضعیت، می تواند در عمل وجود داشته باشد، اما از مباحث این مقاله، تخصصاً خارج است.

^۱ Gotanda

^۲-Salacuse

^۳ - Post – Deal Renegotiation

قسم دوم^۱) طبقه ی دیگر از مذاکرات مجدد قراردادی که سالکوس تحت عنوان " مذاکرات مجدد داوطلبانه و یا ارادی"^۲ یاد می کند، نوعی از مذاکرات مجدد قراردادی می باشد که طرفین قرارداد، به طور داوطلبانه و بدون اینکه تعهدی برای طرفین برای انجام مذاکرات از "متن قرارداد فیما بین" استنباط بشود، انجام می دهند و سالکوس بدرستی، این وضعیت را چنین توصیف می کند، " این نوع مذاکره مشکل ترین نوع مذاکره و پر استرس و احساسی به حساب می آید زیرا، این نوع مذاکره در واقع خارج از چارچوب کاری قرارداد موجود انجام می شود و یکی از طرفین، معمولاً، درصدد این است که خود را از بار قرارداد الزام آور قانونی بدون انجام هرگونه مذاکره ی اساسی برهاند.

(J Salacuse, ۲۰۰۱, pp. ۱۳۱۹- ۱۳۲۱)

مذاکرات مجدد قراردادهای امتیازی دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ میلادی و قراردادهای مالی - اعتباری در آسیای شرقی (میانه) در دهه اخیر ۱۹۹۰ در چارچوب همین نوع مذاکره (مذاکرات مجدد داوطلبانه) جای می گیرند.

به عقیده ی ما، ماهیت این قسم از مذاکره ی مجدد با قسم اول که فوقاً بیان شد، چندان توفیر نمی کند ضمن اینکه قدر مشترک هر دو قسم نیز "داوطلبانه بودن مذاکرات" است به طوری که هیچ الزامی ناشی از متن قرارداد موجود برای طرفین جهت مذاکره مجدد متصور نمی باشد.

قسم سوم) قسم دیگر از مذاکرات مجدد، مرتبط با مواردی است که تعهد به مذاکره ی مجدد در "متن"^۳ یا "مفاد" قرارداد برای طرفین در نظر گرفته شده است که سالکوس از آن "مذاکرات مجدد پیش بینی شده"^۴ یاد می کند. این نوع مذاکره ی مجدد، زمانی رخ می دهد که قرارداد نفتی آن را شرط یا پیش بینی کرده باشد. به این ترتیب که در طی حیات حقوقی قرارداد و در طول اجرا، در زمانهای معینی یا در صورت بروز حوادث معینی، طرفین قرارداد بایستی برای بازبینی مفاد قرارداد با یکدیگر مذاکره ی مجدد داشته باشند. در این حالت، شرط مذاکره ی مجدد پیش بینی شده، یک عمل حقوقی است که هر دو طرف آن را منعقد کرده اند و نسبت به آن، به مثابه ی یک قرارداد

^۱ - Extera – Deal Renegotiation

^۲ - Involuntary Renegotiation

^۳ - Intera-Deal Renegotiation

^۴ - Anticipated Renegotiation

معتبر، ملتزم هستند و متعهد هستند که آن را با حسن نیت انجام دهند. (WF Fox, ۱۹۹۸, pp.

۳۳-۴۶)

از مطالعه‌ی داوری‌های موردی در خصوص موضوع و نیز از بررسی نمونه شروط مندرج در قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز و سیره‌ی عرفی متداول در حوزه تجارت بین‌المللی و قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی با اجرای طولانی مدت چنین مستفاد می‌گردد که اولاً تعهد بر مذاکره‌ی مجدد، ماهیتاً یک تعهد به فعل می‌باشد نه تعهد بر حصول نتیجه. بدین معنی که طرفین قراردادی، تکلیف دارند در مواردی که ضرورت اقتضاء کند، با یکدیگر ملاقات و مذاکره نمایند و شرکت در مذاکره مجدد، با قصد جدی همراه باشد و لیکن تعهد بر مذاکره مجدد، فی‌نفسه، حاوی تعهد به حصول "توافق" نیست. ثانیاً، با توجه به جایگاه قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز در حوزه تجارت بین‌الملل و بالاخص سرمایه‌گذاری خارجی، و تأثیری که قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز از قواعد حوزه‌های مزبور دارد، نقش قاعده‌ی بنیادین "حسن نیت" در قراردادهای نفت و گاز را نمی‌توان نادیده گرفت. حسن نیت نقش اساسی در تعیین محدوده و قلمروی تعهد به مذاکره مجدد ایفاء می‌کند طرفین قرارداد که تکلیف قراردادی مذاکره‌ی مجدد را بر دوش دارند، متعهد هستند با حسن نیت تعهد خود را به انجام برسانند، حسن نیت اقتضاء می‌کند، طرفین در هنگام ارائه‌ی طرح پیشنهادات برای مذاکره، از منافع و انتظارات مشروع یکدیگر نیز آگاهی داشته و به آن توجه کرده باشند. و در مذاکرات خود صرفاً مواضع خود را لحاظ نکنند و عنداقتضاء تا حد معقولی، با هدف حصول توافق، از خود انعطاف نشان دهند و وضعیت پیش آمده را فرصتی برای "برد" خود و "باخت" دیگری تصور نکنند.

به عبارت اخیری طرفین قرارداد در ضمن مذاکرات می‌بایست اصول مذاکره را پاس بدارند تا بتوان مذاکرات بعمل آمده را مذاکره‌ی با حسن نیت تلقی نمود اصول مذاکره و یا مذاکره‌ی اصولی در قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز جدای از متد و استاندارد‌های شناخته شده در "علم مذاکره" نمی‌باشد تحقیقات ارزشمندی در اواخر دهه هشتاد قرن بیستم راجع به متدها و اصول مذاکره از سوی تیم تحقیقاتی "مذاکره" دانشگاه هاروارد با سرپرستی پروفیسور ویلستون^۱ و همکاری اساتید دیگر از

^۱ Williston

جمله پروفیسور راگر فیشر^۱ صورت گرفته است که مورد توجه جامعه ی حقوقی، تجاری و سیاسی واقع شده است. حسب دیدگاه پرفیسور فیشر، در یک مذاکره ی اصولی، بدو می بایست موضوعات اختلاف مورد مذاکره به نحو مطلوب شناسایی گردد، در این راستا، مذاکره کننده باید (۱) منافع قراردادی خود را تشخیص و در صورت تعدد منافع، آنها را اولویت بندی نماید و نیز منافع طرف مقابل، شناسایی و تشخیص داده شود. بنابراین باید بر منافع تمرکز کنند نه بر مواضع^۲. و راه حلی را اتخاذ نمایند که متضمن تأمین کننده منافع متقابل دو طرف باشد. (۲) در مذاکره به معیارهای عینی و استاندارد های متعارف تکیه گردد^۳ در حوزه ی نفت و گاز استانداردهای api^۴ استانداردهای شناخته می باشند.^۵ (۳) طرفین مذاکره گزینه های و انتخاب های متنوعی به نفع دو طرف در اختیار داشته باشند.^۶ (۴) موضوع و مشکل مورد مذاکره از اشخاص مذاکره کننده تفکیک گردد.^۷

(R Fisher, R.Ury, W. And Patton, B. , ۱۹۹۱, p. ۱۵-۹۸)

سؤالی که مطرح می شود این است که آیا "مذاکره ی مجدد پیش بینی شده" منحصر به موردی است که یکی از ترم های قرارداد به طور صریح آن را پیش بینی کرده است یا به طور ضمنی نیز می توان از مفاد قرارداد، تعهد به مذاکره ی مجدد را کشف نمود؟ در این خصوص در قسمت "مبانی تعهد به مذاکره" تفصیلاً بحث خواهد شد.

۳- ضرورت مذاکره ی مجدد

با توجه به ویژگی و طبیعت بلند مدت بودن قراردادهای بین المللی نفت و گاز و نیز توجهاً به عدم قطعیت و پیش بینی پذیر نبودن کمیت و کیفیت منابع طبیعی نفت و گاز و نیز قیمت منابع و تأثیرات غیر قابل انکار مقررات زیست محیطی و سایر مقررات آمره ی جدید بر قرارداد منعقد، و با توجه به این که طرفین قرارداد های بین المللی نفت و گاز غالباً از حیث نوع و ماهیت شخصیت حقوقی با یکدیگر متفاوت می باشند به طوری که یک طرف رابطه ی قراردادی دولت و یا شرکت

^۱ Roger Fisher

^۲ Focus on Interests , not Positions

^۳ Insist on Using Objective Criteria

^۴ American Petroleum Institute

^۵ <http://www.api.org>

^۶ Invent Options For Mutual gain

^۷ Separate the People From the Problem

ملی نفت وابسته به دولت می باشد و طرف دیگر شخص خصوصی است، انجام مذاکره اجتناب ناپذیر و ضروری جلوه می کند که ذیلاً به اجمال به برخی از موارد آن اشاره می گردد:

۳- ۱) ماهیت (طبیعت) قراردادهای نفتی فرا ملی و ضرورت مذاکره ی مجدد

اقسام قراردادهای بین المللی نفت و گاز از قبیل امتیازی، مشارکت در سرمایه گذاری، مشارکت در تولید و خدماتی ریسک پذیر و غیره ... دارای ویژگی های ذاتی خاصی هستند. اولین ویژگی، بلند مدت بودن^۱ می باشد. فعالیت های سرمایه گذار در کشور میزبان، در مراحل اکتشاف، توسعه و در نهایت تولید، در دوره ی زمانی بسیار بلند مدتی انجام می پذیرد. دومین ویژگی، سرمایه بری بالای^۲ این قراردادها می باشد. سومین ویژگی، ریسک پذیری بالای^۳ اکتشاف نفت است. چنین ریسک هایی معمولاً از سوی شرکت های چند ملیتی نفتی در قبال انتظار معقول و متعارف تعهد بر بازگشت سود بالا مورد پذیرش واقع می شوند. این ریسک ها شامل ریسک های تجاری، فنی، مدیریتی، جغرافیایی، ریسک های پیشامدی های ناگوار طبیعی (بالایای طبیعی) و ریسک های سیاسی می باشد. در بین ریسک های سیاسی می توان به ریسک تغییر قوانین یا تغییر رژیم حقوقی که به مصادره ی حقوق قراردادی منجر می شود، اشاره کرد. در طول این مدت ممکن است عوامل و متغیرهای موثر در قرارداد متحول و دگرگون بشود، بدین ترتیب انجام مذاکرات مجدد لازمه ی طبیعت این قراردادها است. بایستی خاطر نشان شود که قراردادهای طولانی مدت در نفت و گاز معمولاً برپایه ی فرضیه ها و احتمالاتی در یک منطقه ی جغرافیایی منعقد می شوند؛ برای مثال اگر اکتشاف با مشکل مواجه شود یک طرف ممکن است به این نتیجه برسد که اکتشاف برای وی صرفه اقتصادی ندارد لذا ممکن است از طرف دیگر درخواست کند تا در شروط قراردادی تعدیل نماید.

(Hadiza Tijjani Mato, ۲۰۱۲, p.۳; Talal Abdulla Al-Emadi, ۲۰۱۲, p.۵; Al Qurashi, Z. A., ۲۰۰۵, p.۲۶۱)

حسب دیدگاه پروفیسور برگر، شرط مذاکره ی مجدد به طور ویژه در قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی که یک طرف آن اشخاص خصوصی و طرف دیگر آن موسسات دولتی (اشخاص حقوقی

^۱ Long Term

^۲ Capital Intensive Contracts

^۳ High Risk

و عمومی) هستند، مفید و سازنده به نظر می رسد (Klaus Peter Berger, ۲۰۰۳, pp. ۱۳۵۸-۱۳۶۰). به عقیده ی وی این شروط هم از حق حاکمیتی دولت میزبان در تغییر قوانینی که می تواند بر قرارداد تأثیر بگذارد، حمایت می کند و هم اقدامات حمایتی نسبت به سرمایه گذار خصوصی فراهم می کند (Klaus Peter Berger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۴۹).

در اغلب قراردادهای بین المللی بالادستی نفت و گاز، دو طرف قرارداد از حیث نوع شخصیت حقوقی، متفاوت از هم می باشند یک طرف قرارداد، در گروه اشخاص حقوقی عمومی جای می گیرد و طرف دیگر، در زمره ی اشخاص حقوقی خصوصی قرارداد به التبع، اهداف غایی و مصالح هر یک از این دو کاملا متفاوت به نظر می رسد، از دید طرف دولتی، قرارداد منعقد، ابزار توسعه صنعتی و اقتصادی ملی کشور میزبان به حساب می آید ولی از دید طرف خصوصی، قرارداد منعقد یک قرارداد تجاری و سرمایه گذاری صرف به حساب می آید بنا براین احتمال برخورد و اصطکاک منافع وجود دارد که بارزترین نماد این برخورد نحوه ی مواجهه ی دو طرف با اصل وفای به قرارداد است، هرچند اصل وفای به عهد^۱ از اصول حقوقی بنیادین در حقوق قراردادهای بین المللی نفت و گاز به شمار می آید که نتیجه آن پاسداشت تعهدات قراردادی از سوی طرفین است، اما این اصل همانند سایر اصول، بدون استثناء نمانده است. همچنان که دیده شده است، حقوق قراردادی شرکت های نفتی بین المللی ناشی از قراردادهای امتیازی توسط دولت های میزبان صادره شده است و این صادره در حقوق بین الملل تحت شرایطی مجاز و مشروع اعلام شده است. ثبات قراردادی و تأمین امنیت حقوق قراردادی همیشه مطلوب نظر شرکت های نفتی بین المللی است، که برای تأمین این ثبات به طور معمول از طریق درج شرط ثبات و نیز درج شرط مذاکره ی مجدد در قرارداد اقدام صورت می گیرد. (Hadiza Tijjani Mato, ۲۰۱۲, p. ۳۳-۳۴)

۳-۲) تأثیر مقررات جدید زیست محیطی بر قرارداد و ضرورت مذاکره

استانداردهای جدید زیست محیطی و الزامی بودن رعایت آن برای شرکتهای بین المللی نفتی، هزینه های اجرایی شرکت ها را به نحو چشمگیری افزایش می دهد که این استانداردها و الزامات هنوز در زمان انعقاد قرارداد، جنبه ی اجرایی و الزامی نداشته است. این تغییرات غیر منتظره در الزامات زیست محیطی ممکن است تأثیرات جدی بر جنبه های اقتصادی پروژه داشته باشد و توازن مالی قرارداد را به

^۱ - Pacta Sunt Servanda

نحوی قابل توجهی برهم بزند به طوری که انجام بازبینی و اصلاح قرارداد ضرورت داشته باشد در این صورت مذاکره مجدد برای تطبیق قرارداد با اوضاع و احوال حادث، ضروری خواهد بود (شافع، ۱۳۸۶، ص ۱۷۵).

۳-۳) مجهول بودن کیفیت و قیمت منابع نفت و گاز در آینده و ضرورت مذاکره ی مجدد

قراردادهای سرمایه گذاری در منابع طبیعی به ویژه نفت و گاز، یک قرارداد بلند مدتی است که در آن، کمیت و کیفیت و حتی قیمت منابع در بلند مدت و آینده بطور تفضیلی و کامل قابل پیش بینی نیست و منابع زیرزمینی نفت و گاز نسبت به سایر منابع زیرزمینی از فقدان قطعیت و ضریب پایین قابلیت پیش بینی رنج می برد و نوعی جهل درباره موضوع قرارداد وجود دارد فلذا، پیش بینی مکانیسم شرط مذاکره ی مجدد برای هر دو طرف قرارداد مفید و سازنده خواهد بود.

۳-۴) شرط ثبات^۱ همیشه از کمپانی خارجی حمایت کافی به عمل نمی آورد

سیر تاریخی و روند تکاملی "شرط ثبات" در قراردادهای بین المللی نفت و گاز حکایت از این دارد که مضمون شرط از "تثبیت یا فریز رژیم حقوقی و قانونی زمان انعقاد" یا "سلب یا تحدید اختیارات حاکمیتی دولت میزبان" در گذشته ی نه چندان دور به "تمکین شرکت خارجی در قبال اختیارات حاکمیتی دولت میزبان در قبال پرداخت غرامت بواسطه ی تعادل اقتصادی از دست رفته زمان عقد در نتیجه ی اقدامات حاکمیتی" در تکامل بوده است. بدین ترتیب اشکال مختلف شرط ثبات قراردادی به طور خاص، به شرط ثبات سنتی و شرط ثبات نوین قابل تقسیم است. در مقایسه ی مکانیسم شرط مذاکره ی مجدد با مکانیسم شرط ثبات در اشکال مختلف، شرط مذاکره مجدد، قابلیت انعطاف بیشتری دارد.

(TALAL ABDULLA AL-EMADI, ۲۰۱۲, p. ۱۲)

همانطور که آسانته^۲ بیان می کند: "منشأ عمده اختلاف بین دولت های میزبان سرمایه (کشورهای در حال توسعه) و شرکت های سرمایه گذار فرا ملی، از تمایل جدی شرکت های سرمایه گذار فرا ملی به ثبات و قابلیت پیش بینی روابط قراردادی از یک طرف و تمایل دولت های میزبان به رژیم

^۱ - Stabilization Clause

^۲ Asante

قراردادی منعطف تر از طرف دیگر ناشی می شود، بنابراین، شرط مذاکره ی مجدد یک راه حل میانه به حساب می آید و کارکرد سازش بین دو تمایل جدی را عهده دار می باشد".

(S Asante, ۱۹۷۹, pp. ۴۰۱-۴۰۴)

شرط مذاکره ی مجدد، آنگونه که شکل سنتی شرط ثبات، امتیازات حاکمیتی کشور میزبان را تهدید می کند، تهدیدی برای اختیارات حاکمیتی کشور میزبان به حساب نمی آید. بلکه راه را برای مذاکره ی مجدد نسبت به برخی شروط در قرارداد در زمان معین و یا در صورت بروز حوادث و اتفاقات معین، باز می کند. (Piero Bernardini, ۱۹۹۸, pp. ۴۱۱-۴۱۵) به اعتقاد پروفیسور برگر شرط مذاکره ی مجدد دولت میزبان را مجاز می کند تا گام هایی را به طور یکطرفه در جهت تغییر رژیم قراردادی بر دارد. (Klaus Peter Berger, ۲۰۰۳, p. ۱۳۴۹) این در حالی است که، در مشروعیت شرط ثبات به ویژه مفهوم سنتی آن در رویه ی داوری و دکترین حقوقی تردید جدی وجود دارد. وانگهی، اجرای عملی شرط ثبات نوین نیز غالباً با انجام مذاکره ی مجدد بین طرفین و نیز همکاری دو طرف تحقق می پذیرد زیرا در شرط ثبات نوین مقرر می گردد چنانچه در نتیجه ی اعمال حاکمیتی دولت میزبان به ویژه وضع قوانین جدید و یا تغییر قوانین قبلی اعم از قوانین مالیاتی، زیست محیطی و قوانین کار، تعادل اقتصادی مورد نظر طرف قرارداد در زمان عقد بر ضرر وی بر هم خورد، دولت میزبان ملزم خواهد بود، برای بازگرداندن تعادل قبلی، غرامت متناسب پرداخت نماید، اعمال این شرط و تعیین میزان غرامت و نیز تعیین تأثیر اعمال حاکمیتی، در غالب موارد، جز از طریق مذاکره، ممکن نخواهد بود.

۳-۵) دشواری انجام تعهد و تعهد به مذاکره ی مجدد

امروزه، این اصل حقوقی معتبر و جا افتاده، در غالب نظامهای حقوقی داخلی و نظام حقوقی بین المللی مورد پذیرش واقع شده است که در قراردادهای تجاری با اجرای طولانی مدت، خاصه قراردادهای سرمایه گذاری در پروژه های اقتصادی بزرگ، چنانچه به علل وقوع حوادث طارئه غیر قابل پیش بینی، غیر قابل دفع و غیر قابل اجتناب و خارج از اراده متعهد، تعادل و توازن اقتصادی مقصود طرفین عقد بر هم بخورد و در نتیجه، اجرای تعهدات قراردادی، موجب ضرر غیر متعارف متعهد گردد به طوری که وفای به عقد با دشواری شدید همراه شده و عسر و حرج متعهد را به دنبال داشته باشد، لزوم عقد برداشته می شود و حسب رویکرد هر یک از نظامات حقوقی، اکسیون

مناسبی اعم از فسخ یا تعدیل پیش روی متعهد گذاشته می شود.

تئوری دشواری انجام تعهد^۱، در غالب نظامهای حقوقی ملی و نیز بین المللی حسب مورد مضیق و یا موسع، مقبول واقع شده است به طوری که، اکنون، می توان از آن به عنوان یکی از اصول حقوقی مورد وفاق "ملل متمدن" یاد نمود. در حقوق آمریکا، تئوری مزبور را تحت کلمات "غیر عملی بودن"^۲ بحث می کنند، تمایل عمومی بر این است که از به کاربردن تعابیر "غیر ممکن"^۳ اجتناب شود این تغییر تعبیر حکایت از آن دارد که قلمرو تئوری در کشور آمریکا به طور وسیعتر مورد پذیرش واقع شده است. (Guenter Treitel, ۲۰۰۳, p. ۷۹۳)

در حقوق عرفی (کامن لو) انگلستان قراردادهای مطلق هستند و دادگاه ها نیز نسبت به اصل لزوم قراردادی تعصب دارند و معتقدند قرارداد باید اجرا شود، هرچند با سختی و دشواری توأم باشد. در این کشور مجلس اعیان معتقد است که افزایش غیر متعارف هزینه ها و یا افت قیمت ها بر معامله ی طرفین تأثیر نمی گذارد و پذیرش تأثیر نسبت به قرارداد را امر خطیری تلقی می کنند در این سیستم حقوقی که از دکتترین دشواری انجام تعهد به عنوان یکی از مصادیق "تئوری عقیم ماندن قراردادهای"^۴ مورد بحث واقع می شود، دکتترین مزبور را به سختی و بسیار مضیق پذیرش نموده اند و گفته می شود افزایش و یا کاهش غیر متعارف هزینه های و قیمت ها به تنهایی برای عقیم شدن عقد کفایت نمی کند بلکه قرارداد زمانی عقیم (فراستریشن) می گردد که در نتیجه ی بروز رویداد غیر قابل پیش بینی و غیر قابل دفع، اجرای قرارداد به طور کلی متفاوت از آن چیزی بشود که طرفین منعقد کرده اند (G. Treitel, ۲۰۰۳, p. ۷۹۲-۷۹۵) در این صورت از دیدگاه حقوقی، قرارداد خاتمه می یابد و طرفین قرارداد از هرگونه تکلیف بر اجرای آن، معافیت پیدا می کنند. بعنوان نمونه Goode، دکتترین فراستریشن را اینگونه یاد می کند "بسیار سخت و مضیق، درجه ای از تعدیل را اجازه می دهد که جامعه ی تجاری آنرا منصفانه تلقی کند".

(R Goode note ۶۶ at ۱۳۶-۱۳۷ Quoted in TALAL ABDULLA AL-EMADI, ۲۰۱۲, p. ۲۰)

^۱ - Hardship

^۲ Impracticable یا impractiability

^۳ impossibility یا impossible

^۴ Frostration

دادگاههای انگلیسی، نیز، دکتربین فراستربین را خیلی محدود و مضیق تفسیر می کنند و نسبت به اعمال آن بی میل هستند. دادگاه های انگلیس هیچ اختیاری ندارند وظیفه ی مذاکره ی مجدد مفاد قرارداد را بر طرفین تحمیل کنند.

(P Atiyah , ۱۹۹۵, p. ۱۴۳)

در عوض، در رویکرد آمریکایی، به مسئله ی، معافیت از انجام تعهد، در مواقع تغییر اوضاع و احوال و عسر و حرج، به طور موسع رسمیت شناخته شده است و از آن تحت عنوان « غیر عملی شدن تجاری » یاد می شود و دکتربین غیرعملی شدن تجاری را می توان در بخش ۶۱۵ - ۲ از کد متحدالشکل تجاری یافت نمود.

(P Atiyah , ۱۹۹۵, p. ۱۹۴)

آقای باکسبوم^۱ اشاره می کند که دادگاههای آمریکا، مذاکره ی مجدد را در قراردادهای بلند مدت در مواردی که حوادث پیش بینی نشده و طاقت فرسا ی موثر بر اقتصاد قرارداد، بروز کند، به رسمیت می شناسد، و نیز اشاره می کند که دادگاههای آمریکا در زمانی که تغییرات غیرقابل انتظار و پیش بینی نشده ای بوجود آمده است، و مکلف نگه داشتن طرف متعهد به اجرای مستمر قرارداد، منجر به ورشکستگی پیمانکار و پروژه گردد، شروط و مفاد قرارداد را تعدیل نموده اند . (B Buxbaum , ۱۹۸۵, □.۳۱)

در حقوق آمریکا براساس دکتربین غیرعملی ، طرفین قرارداد می توانند، درخواست مذاکره ی مجدد و معافیت از اجرای قراردادی را داشته باشند که اصرار بر آن قرارداد، بنابه اوضاع و احوالی همچون کمبود شدید مواد اولیه و خام یا پایین آمدن (کمبود) ناگهانی و پیش بینی نشده منابع عمده تأمین مواد، بار بیش از حد سنگینی را بر دوش متعهد تحمیل می کند. در حقوق فرانسه، این مفهوم در چارچوب "نظریه امور پیش بینی نشده"^۲ مطرح شده است و این نظریه توسط شورای دولتی فرانسه به قراردادهای اداری تسری داده شده است، در فرانسه کلیه اشخاص و سازمانهایی که "تعهد به انجام خدمات عمومی" را بر عهده دارند می توانند در صورت جمع ارکان و شرایط نظریه، از امتیازات آن برخوردار شوند. در این کشور نظریه ی امور پیش بینی نشده در قراردادهای حوزه حقوق خصوصی با ابهام جدی روبه رو است. همچنین در کشور فرانسه، از "تعهد به مذاکره ی مجدد" به

^۱ Buxbaum

^۲ imprivision

عنوان آثار نظریه‌ی امور پیش‌بینی نشده، ذکر به عمل نیامده است. (صادقی مقدم، ۱۳۹۰، ۱۹۹)

در حقوق اسلام، تئوری دشواری انجام تعهد، بر اساس قاعده‌ی نفی عسر و حرج قابل توجیه است^۱، بر اساس قاعده‌ی مزبور، چنانچه در اثر وقوع حوادث غیر قابل پیش‌بینی، اجرای عقد با دشواری شدید توأم گردد، به طوری که متعهد با اجرای عقد، در عسرت و حرج قرار گیرد، با نظر به اینکه، در حقوق اسلامی حکم حرجی، مرفوع است بدین معنا شارع حکمی که موجب ضرر مکلفان شود، اصولاً تشریح نکرده است (نفی حکم) ^۲ و با توجه به اینکه، شمول قاعده‌ی نفی عسر و حرج، علاوه بر احکام تکلیفی، احکام وضعی را نیز در بر می‌گیرد^۳، لذا لزوم عقدی که انجام آن با سختی و دشواری شدید همراه می‌باشد، از بین می‌رود و در نتیجه متعهدی که در عسر و حرج قرار گرفته است از انجام تعهد خلاصی می‌یابد. این تحلیل در دکترین حقوقی ایران نیز به عنوان مبنای تعدیل قضایی قراردادهای حوزه‌ی حقوق خصوصی مورد بحث واقع شده است هرچند رویه‌ی قضایی از این جهت ساکت است. (مرادی، ۱۳۷۹، ۹۵؛ صادقی مقدم، ۱۳۹۰، ۱۲۵-۱۲۴)

تمایل دکترین حقوقی ایران بر پذیرش نظریه‌ی دشواری انجام تعهد، کاملاً مشهود است روانشاد استاد دکتر ناصر کاتوزیان، نظریه‌ی غبن حادث را برای حل مشکل اختیار نموده اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۹۳)

در میان کشورهای اسلامی، کشور مصر نظریه‌ی امور پیش‌بینی نشده را تحت عنوان "الحوادث الطارئة" هم در حقوق اداری و هم در حقوق خصوصی مورد پذیرش قرار داده است و ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر در مقام بیان مفهوم این نظریه می‌باشد. (السنهوری، ۱۹۷۱، جلد ۱، ۶۲۹)

نظریه‌ی تغییر اوضاع و احوال در نظام حقوق بین الملل تحت عنوان قاعده ربوس^۴ مورد بحث واقع شده است. مطابق این نظریه وقتی تغییر اوضاع و احوال زمان عقد آن چنان بنیادین و جدی باشد که قیود و شرایط معاهده را سست کند، در این صورت دیگر، قاعده یا اصل "وفای به عهد"^۵

^۱ "وجاهدوا فی... حق جهاده هو اجتباکم و ما جعل علیکم فی الدین من حرج... " (آیه ۷۸ سوره ی حج). معنی واژه‌ی "دین" مندرج در این آیه مطلق بوده و ظهور در کل احکام و تکالیف دارد و ناظر به کلیه قوانین اسلام است. (سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه - بخش مدنی ۲، ص ۶۳)

^۲ شیخ انصاری، فرائد الاصول (رسائل)، ص ۵۲۴

^۳ شیخ انصاری، فرائد الاصول (رسائل)، ص ۵۲۴

^۴ Rebus sic Stantibus

^۵ Pacta Sunt Servanda

استثناء می پذیرد و لزوم معاهده از بین می رود. غالب نویسندگان حقوق بین الملل در استناد به نظریه ی تغییر بنیادین اوضاع و احوال وفاق دارند. ماده ۶۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین صراحتاً در مقام بیان مفهوم قاعده ی تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده می باشد. اما بند ۱ از ماده مزبور، عمداً به صورتی سلبی انشاء شده است تا بر "استثنایی بودن" ماده مزبور تأکید گردد. (فلسفی، ۱۳۸۳، ۶۶۴) تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده، بنا بر آنچه در این ماده آمده است، آنگاه علت اختتام معاهده است سه خصوصیت داشته باشد: (۱) اوضاع و احوال مرتبط با زمان انعقاد معاهده باید مبنای اساسی تراضی طرفها در التزام به معاهده باشد. (۲) طرفهای معاهده تغییر اوضاع و احوال را پیش بینی نکرده باشند. (۳) این تغییرات باید اساسی باشند به این معنا که بر اثر آنها دامنه ی تعهداتی که به موجب معاهده هنوز می باید اجرا شوند، اساساً دگرگون شود. به استناد ماده ی مزبور، چنانچه تغییری در اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده به وجود آید، دولت ذینفع می تواند با استناد به آن خواستار لغو معاهده شود. بعضی از هیأت های نمایندگی خواستار آن بودند که در معاهده حقوق معاهدات قاعده ای درج شود که بنا بر آن دولت ذینفع ملزم به انجام مذاکره با دیگر طرف یا طرفهای معاهده گردد اما به این پیشنهاد اعتنایی نشد. (فلسفی، ۱۳۸۳، ۶۶۵)

در نظام حقوقی قراردادهای تجاری بین المللی نیز، در اسناد مختلف، به تئوری دشواری انجام تعهد پرداخت شده است و تمایل برخی آراء داوری بین المللی به این سو است که قاعده ی ربوس از حیث شرایط استنادی و شرایط تحقق آن، در مقایسه با شرایط استنادی به قاعده ی مزبور در حقوق های ملی با انعطاف بیشتری اعمال گردد.^۱

(Goldman Berthold, ۱۹۸۶, p.۱۲۵ Available:www.trans-lex.org/۱۱۲۴۰۰)

بر خلاف نظام های حقوقی داخلی، در نظام حقوقی قراردادهای بین المللی تعهد به مذاکره ی مجدد به عنوان اثر مستقیم تئوری اعلام گردیده است. در برخی آراء داوری چنین آمده است که تعهد به مذاکره با حسن نیت ممکن است با قاعده ربوس و نیز قاعده ی تعهد به کاهش خسارات ترکیب شود.^۲

^۱ ICC Award, Case No ۱۵۱۲/۷۱, ۱۰۱ Clunet ۹۰۲ (۱۹۷۴); ۲۷۴۸/۷۴, ۱۰۲ Clunet ۹۰۵ (۱۹۷۴) Available:www.trans-lex.org/۱۱۲۴۰۰.

^۲ ICC Award, Case No ۲۷۴۸/۷۴, ۱۰۲ Clunet ۹۰۵ (۱۹۷۵) Available:www.trans-lex.org/۱۱۲۴۰۰.

(Goldman Berthold, ۱۹۸۶, p. ۱۲۵ Available: www.trans-ex.org/۱۱۲۴۰۰)
 مقررات هاردشیپ مدل پیشنهادی (ICC) در نشریه ی ۴۲۱، متضمن مقرراتی راجع به تعهد به مذاکره ی مجدد در مواقع بروز حوادث پیش بینی نشده و دشواری انجام تعهد می باشد.^۱
 تعهد به مذاکره در صورت بهم ریختن تعادل و توازن اقتصادی قرارداد در نتیجه ی تغییر اوضاع و احوال، در بند ۲ ماده ۱۱۱-۶ اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) نیز مورد تأکید واقع شده است.

ماده ۱-۱۱۳۵ طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه موسوم به طرح پی یر کاتالا در این خصوص مقرر می دارد: "در قراردادهایی که اجرای آن به صورت متوالی یا اقساطی انجام می پذیرد، چنانچه تحت اوضاع و احوال غیر منتظره، تعادل اولیه، آنچه که طرفین بایستی مقابل یکدیگر انجام دهند، چنان به هم بخورد که مزیت قرارداد برای یک طرف از بین برود، طرفین می توانند متعهد شوند برای تعدیل قرارداد مذاکره نمایند و همچنین وفق ماده ۲-۱۱۳۵ همان طرح، در صورت فقدان شرط صریحی در خصوص مذاکره ی مجدد، طرفی که مزیت قرارداد را از دست داده، می تواند از رئیس دادگاه مدنی یک درخواست کند تا دستور مذاکره ی جدید را صادر نماید". (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۳، ۳۰۲)

ماده ی ۳-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری موسسه ی بین المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی نیز در مقام بیان آثار هارد شیپ (عسر و حرج یا دشواری انجام تعهد) چنین مقرر می دارد:

(۱) در مورد عسر و حرج (دشواری انجام تعهد)، طرف متضرر حق دارد درخواست مذاکره ی مجدد کند. این درخواست باید بدون تأخیر غیر موجه انجام شود و متضمن ادله ای باشد که درخواست مبتنی بر آن است.

(۲) درخواست مذاکره ی مجدد، به خودی خود، حق خودداری از اجرای تعهد را به طرف متضرر نمی دهد.

(۳) در صورت عدم دستیابی به توافق، در مدتی متعارف، هر یک از طرفین می توانند به دادگاه متوسل شود.

(۴) اگر دادگاه هاردشیپ را احراز کند، می تواند، چنانچه معقول و متعارف باشد

^۱ International Chamber of Commerce, Force majeure and Hardship Provisions, paris, ۱۹۸۶, N ۴۲۱, P. ۲۰۰

(a) قرارداد را در زمان و بر پایه ی شروط فیکس شده خاتمه دهد.

(b) قرارداد را با هدف برقراری و برگرداندن موازنه و تعادل (از دست رفته)، تعدیل نماید.

بدین ترتیب، می توان چنین نتیجه گیری کرد که در قراردادهای بین المللی بالادستی نفت و گاز، نیز، در صورت تغییر بنیادی اوضاع احوال و تبعاً دشواری انجام تعهد برای متعهد و در صورت تحقق شرایط و جمع ارکان دکترین تغییر اوضاع و احوال، طرفین تعهد خواهند داشت تا در جهت بازبینی و تعدیل قرارداد با یکدیگر مذاکره ی مجدد داشته باشند. لذا می توان چنین انگاشت که، حسب عرف شکل گرفته، اثر مستقیم تئوری دشواری اجرای عقد در قراردادهای بین المللی نفت و گاز، تکلیف دو طرف، نشستن بر روی میز مذاکره، با هدف بازگرداندن تعادل از دست رفته ی عقد و بازبینی مجدد آن می باشد.

۴- تحلیل فقهی و حقوقی مبانی تعهد به مذاکره ی مجدد در قراردادهای بین

المللی بالادستی نفت و گاز

برای اینکه بتوانیم مبانی حقوقی برای توجیه مذاکره مجدد در قراردادهای بین المللی نفت و گاز که هدف آن ایجاد اصلاح و انجام تغییر در قرارداد است، ارائه بدهیم، لاجرم، باید، بدواً، نظام حقوقی حاکم بر قرارداد را مشخص بکنیم،

در خصوص نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای بین المللی نفت و گاز که نوعی سرمایه گذاری خارجی برای توسعه ی صنعتی به حساب می آید؛ در بین اندیشمندان حقوقی دو گرایش عمده وجود دارد (موحد، ۱۳۸۶، ۵۱-۱۲۶؛ ایرانپور، ۱۳۹۰، ۷۹-۱۱۱). گرایش اول این است که بر قراردادهای مزبور که در یک طرف آن دولت میزبان سرمایه قرار دارد، قواعد حقوقی دولت میزبان به روابط دو طرف حکمفرما است. این گرایش مبتنی بر تفکر ملی گرایی، حاکمیت ملی دولتها و "سرزمین گرایی"^۱ یا "صلاحیت سرزمینی دولتها" می باشد. در این گرایش به ماهیت حقوقی "اداری تلقی شدن" قراردادهای بین المللی نفت و گاز هم استناد می گردد.

دفاعیات دولت ایران به سرپرستی دکتر محمد مصدق در دعوی مشهور "شرکت نفت ایران و انگلیس" و دفاعیات دولت نروژ در دعوی "استقراض" بر همین تفکر مبتنی است ایضاً، رأی

^۱ Terriotrialisme

مشهور دیوان داوری، در دعوی استقراض یوگسلاوی سابق نیز بر همین مبنا اصدار یافته است. گرایش دوم که از حیث تاریخی، موخر بر گرایش اول است، به منظور تفری^۱ از حاکمیت نظام حقوقی ملی دولت میزبان، بدو^۲، قائل به حاکمیت نظام حقوقی حقوق بین الملل بر قرارداد شده است و به تناسب افزایش حضور دولتها در نظام بین الملل در نقش و لباس تاجر، این نگرش غالب شده است که نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای توسعه‌ی صنعتی، نه قواعد ملی، بلکه قواعد فرا ملی و به طور خاص نظام بازرگانی فراملی (قواعد عرفی بازرگانی یا قواعد بین المللی نفت^۳) به عنوان یک نظام مستقل و بر ساخته‌ی رویه‌های داوری بین المللی^۳ است.

(C.M.Schmitthoff, ۱۹۶۱, p. ۱۲۹) شاکله این نظام و قواعد آن رفته رفته شکل می‌گیرد و شفافیت پیدا می‌کند.

صرفنظر از مباحث تئوریک فوق‌الذکر، بر اساس انتخاب و توافق طرفین، نظام حقوقی حاکم بر قرارداد ممکن است قانون ملی باشد که عمده‌تاً قانون ملی دولت میزبان (دارنده‌ی ذخایر نفت و گاز) انتخاب می‌گردد، ممکن است نظام حقوق بین الملل انتخاب گردد و نیز ممکن است طرفین نظام مختلطی را در نظر بگیرند به این معنی که همزمان، نظام حقوق بین الملل، نظام حقوق ملی، اصول کلی حقوقی و رویه‌های معمول در صنعت نفت گاز را به عنوان نظام حقوقی حاکم توافق بکنند. (شافع، ۱۳۸۶، ۱۷۸)

پس از تعیین و کشف نظام حقوقی حاکم بر قرارداد، باید دید، آیا در قرارداد از مقرره‌ی مذاکره‌ی مجدد یا تعهد به انجام مذاکره مجدد، بطور صریح، ذکر به عمل آمده است یا خیر؟ به تعبیری، مدلول مطابقی شروط قراردادی، دلالت بر تعهد به مذاکره مجدد دارد یا خیر؟ مباحث تحلیلی راجع به موضوع، عمدتاً، درجایی است که چنین تعهدی بطور صریح در قرارداد ذکر نشده است، چنانچه، مدلول مطابقی عقد صریحاً دلالت بر تعهد به مذاکره‌ی مجدد داشته باشد، بنابر اصل حاکمیت اراده و لزوم پیروی از قصد مشترک طرفین، تردیدی در التزام به تعهد، در هیچ یک از نظامهای حقوقی وجود ندارد. در چارچوب هر یک از این نظامهای حقوقی حاکم بر قرارداد، باید دید، چنانچه در قرارداد مقرره‌ی

^۱ Denationalization

^۲ Lex Mercatoria or Lex Petrolia

^۳ (Liamco V. Government of Libya, ۱۹۸۱), (Government of Kuwait V. Aminoil, ۱۹۸۲)

راجع به تعهد به مذاکره ی مجدد برای دو طرف درج نشده باشد، آیا می توان تعهد مزبور را علیرغم فقدان نص قرارداد، استنباط نمود؟! به عبارتی دیگر، آیا می توان اقتضای اطلاق قراردادهای بین المللی نفت و گاز را مشتمل بر تعهد به مذاکره مجدد دانست یا خیر؟ آیا قراردادهای نفتی حاوی تعهد ضمنی " مذاکره مجدد" برای طرفین هستند یا خیر؟ برای پاسخ به این سوال، بدو لازم است، مفهوم "شروط ضمنی" و مفهوم "اقتضای اطلاق عقود" بازکاوی شود. در مرحله ی بعد به این پرسش پاسخ داده می شود آیا تعهد به مذاکره ی مجدد در قراردادهای بین المللی نفتی، مصداقی از شرط ضمنی محسوب می گردد یا نه؟ و آیا می توان شرط مذاکره ی مجدد را جزء "مقتضیات اطلاق" قرارداد بین المللی نفت و گاز تلقی نمود؟

۴-۱) مفهوم شروط ضمنی و مفهوم اقتضای اطلاق عقود

مبحث "شرط" در میان اصولیین، فقیهان و حقوقدانان جایگاه ویژه ای دارد.^۱ کلمه شرط در ترمینولوژی فقیهان اسلامی بر دو معنی اطلاق می شود. ۱) معنی اول: آنچه که نبودن آن، نبودن چیزی دیگر را در پی دارد. به تعبیری با فقدان شرط فقدان مشروط لازم می آید گرچه بودن شرط، الزاماً بودن مشروط را به دنبال نخواهد داشت (البهوتی، ۱۷۳۶، ۲۱۷) کلمه "شرط" در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران، که در مقام بیان شرایط اساسی صحت معامله است، به همین معنی است. این معنی، معنی اسمی شرط است که از موضوع بحث ما خارج است. ۲) معنی دوم: عبارت است از حدثی، الزام و التزام. حسب نظر شیخ انصاری این استعمال، استعمال مجازی نیست. در بسیاری از اخبار و روایات کلمه شرط، بر الزامات ابتدایی اطلاق شده است. حسب نظریه شیخ انصاری معنای شرط در روایت المومنون عند شروطهم، به معنی آن چه که تعهد نموده اند و ملتزم هستند، می باشد (انصاری، ۱۳۸۷، ۱۱-۱۴). بدین ترتیب اصطلاح شرط، در نصوص وارده متون به معنی الزام، به معنی عقد و به معنی الزام و التزام عاقدین و به معنی تعهد و تقبل به کار رفته است و اختصاص به شرط ضمن العقد و تعهدات فرعی متعاقدین ندارد به تعبیر دکتر جعفری لنگرودی به توافق طرفین "مشارطه" نیز گفته می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۱۵) بنابراین از

^۱ جهت مطالعه بیشتر "مباحث شروط" به کتاب "نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی" اثر ارزنده دکتر سید مصطفی محقق داماد انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی ۱۳۸۸ و نیز کتاب "الشروط او التزامات التبعية فی العقود" محمد تقی خوئی جلد اول چاپ بیروت ۱۹۹۳-۱۴۱۴ توصیه می گردد.

نظر شیخ انصاری و دکتر جعفرودی لنگرودی به امری که در بیع و دیگر معاملات مقرر می شود تا یکی از متعاملین و یا هر دو به آن ملزم باشند، شرط گفته می شود.

سید میر عبدالفتاح حسینی مراغی در کتاب العناوین در باب تحقیق در معنی شرط و بیان حکم الشروط فی ضمن العقود پس از بیان معنی شرط از دیدگاه عالمان علم اصول و اهل لغت و اهل فقه (سایر فقها) معنی اختیاری خود را چنین ذکر می کند: مطلب درست راجع به شرط ضمن عقد آن است که شرط ضمن عقد به معنی ارتباط و ایجاد رابطه میان عقد و شرط می باشد و نمی توان "شرط" را به معنی تعهد مستقل که در ارتباط با عقد دیگری نیست، دانست از نظر فقیه مزبور، عقد و شرط ضمن آن، از نظر تحقق خارجی، ایجاد و احداث با یکدیگر مرتبط بوده و هر دو به عنوان یک مجموعه ی مرکب، مورد قصد طرفین می باشد. به این ترتیب شرط ضمن عقد، بر حسب طبیعت خود و یا بر حسب تراضی دو طرف، یک تعهد تبعی است که در نتیجه ی ماهیت تعهد و یا تراضی دو طرف، بین عقد و آن شرط علقه و رابطه ی اصل و فرع وجود دارد (المراغی، ۱۴۱۷ ق، ۲۷۲-۲۷۵). نیروی "قصد مشترک" طرفین این توان را دارد که امری خارجی را به عقد پیوند زند و آن را در شمار مفاد عقد در آورد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۱۹) ملاحظه می شود که بر خلاف نظر مولف الفارق (جعفری لنگرودی)، صاحب عناوین، شرط را در صورت ضمن العقد بودن، موجب الزام و التزام دانسته است و معتقد است چنانچه شرط در ضمن عقد دیگری ذکر نشده باشد و با عقد دیگری در ارتباط نباشد، تعهد (الزام و التزام) محسوب نمی گردد.

امروزه در عرف قراردادهای تجاری بین المللی، مفاد هر یک از بندهای قراردادی، یک شرط (به مفهوم الزام و التزام) به حساب می آید که از آن تحت عنوان ترم قراردادی یا کلاز قراردادی یاد می شود.

شروط قراردادی از این حیث که صریحاً در متن قرارداد درج بشود یا صریحاً در متن قرارداد درج نشود به شروط صریح و ضمنی تقسیم می گردد و این تقسیم بندی هم در فقه اسلام و هم در حقوق خارجی دیده می شود.

مقصود از شروط صریح ضمن عقد، تعهدی است تبعی که در متن عقد اصلی ذکر می گردد و دارای احکام ویژه ی خود می باشد. مقصود از شرط صریح، این است که عقد به دلالت مطابقی و نه دلالت

تضمینی یا التزامی، بر مفاد شرط دلالت بکند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۲۷۷). شرط ضمنی، تعهدی تبعی است که صریحاً در عقد اصلی به آن اشاره نشده است و با دلالت مطابقی عقد، چنین شرطی استنباط نمی گردد. بلکه با دلالت تضمینی یا دلالت التزامی عقد، چنین شرطی احراز و استنباط می گردد. شرط ضمنی برای اموری به کار می رود که مدلول التزامی الفاظ قرارداد است یعنی به حکم عقل استلزامات عقلیه قانون و عرف لازمه ی مفاد توافق یا طبیعت قرارداد است. در متون حقوقی انگلیسی، شروط ضمنی به سه دسته تقسیم شده اند^۱: واقعی، قانونی و عرفی. Guenter Treitel, (۲۰۰۳, pp. ۲۰۱-۲۱۴). از این سه دسته، فقط گروه نخست (واقعی) و برخی از مصادیق گروه سوم (عرفی) قابلیت انتساب به اراده های طرفین قرارداد را دارند مابقی را نمی توان به خواست مشترک طرفین عقد نسبت داد، لذا تعبیر معروف دوریکم جامعه شناس را که بیان کرده است " در یک قرارداد همه چیز قراردادی نیست" در این جا بهتر درک می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۲۴). شرط ضمنی عرفی همانند دو قسم دیگر شروط ضمنی، وسیله ی تکمیل قرارداد هستند و گاه بر هر دو طرف قرارداد تحمیل می گردد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۲۴)

حکم عقل و استلزامات عقلی در پاره ای از موارد به گونه ای آشکار، وجود شرط را از لوازم عقد می شمرد چندان که هیچ تردیدی در آن باقی نمی گذارد. یک مثال از شرط ضمنی عقلی (واقعی) جایی است که زمینی برای احداث بیمارستان یا ایجاد تأسیسات نظامی فروخته شود و بر فروشنده شرط گردد چنانچه قصد فروش باقیمانده زمین مجاور را داشته باشد اولویت خرید با خریدار است و فروشنده برای فرار از شرط، زمین مجاور را از طریق هبه انتقال می دهد و نه بیع. در این حالت دادگاه می تواند حکم بر ابطال هبه را صادر نماید^۲ (۲۰۰۳, p. ۲۰۱).

^۱ Implied terms may be divided into three main^۱ groups. The first consists of terms implied in fact, that is, terms which were not expressly set out in the contract, but which the parties must have intended to include. The second consists of terms implied in law, that is, terms imported by operation of law, although the parties may not have intended to include them. The third consists of terms implied by custom.

^۲ For example, in one case a vendor of land undertook that, if he later *sold* certain adjoining land, he would give the purchaser the "first refusal" of it. A term was implied to prevent the vendor from defeating the purchaser's expectation by disposing of the land to a third party by way of *gift*-

(Guenter Treitel). زیرا دادگاه چنین برداشت می‌کند که طرفین به طور ضمنی توافق کرده‌اند چنانچه فروشنده قصد داشته باشد مابقی زمین خود را به هر سببی از اسباب حقوقی و قراردادی انتقال دهد اولویت در تملک با خریدار می‌باشد و علت اینکه، طرفین، عنوان "فروش" را در شرط ضمن عقد ذکر کرده‌اند صرفاً به جهت این است که غالباً، انتقال ملک از طریق عقد بیع صورت می‌گیرد و گرنه، لفظ "بیع" در مفاد شرط، موضوعیت ندارد و این شرط به حکم عقل و بدهت از مفاد عقد اصلی و توافق طرفین به سهولت قابل احراز است.

در حقوق انگلیس، رسوم و عادات معاملاتی، که معقول به نظر برسد، طرفین معامله را پایبند و ملزم می‌نماید اعم از اینکه نسبت به آن آگاهی داشته باشند یا نه^۱ (Guenter Treitel, ۲۰۰۳, p. ۲۱۴). و نیز گفته شده است انتساب رسوم معاملاتی به قصد طرفین غیر واقعی به نظر می‌رسد^۲.

(Guenter Treitel, ۲۰۰۳, p. ۲۱۴)

همچنین عرف تجاری از موارد شروط ضمنی عقد به حساب می‌آید و طرفین معامله را هرچند واقعاً در زمان انعقاد عقد نسبت به آن آگاه نباشند، پایبند می‌نماید. (Guenter Treitel, ۲۰۰۳, p. ۲۱۴)

شرط ضمنی یا تعهدی که در متن عقد صریحاً نیامده است، اعم از آن است که:
-پیش از انعقاد عقد و در جریان مذاکرات مقدماتی ذکر شود و عقد با لحاظ آن، با توجه به آن و یا بر مبنای آن منعقد گردد.

-یا حتی در پروسه مقدماتی و در مرحله پیش قراردادی از آن ذکر به عمل نیاید اما از اوضاع و احوال حاکم بر معامله و سیره عرفی موجود و سایر قراین و امارات، مضمون تعهد ضمنی یا مفاد شرط ضمنی، در قرارداد استنباط گردد.

درفرض اول، شرط ضمنی را شرط ضمنی بنایی گویند و در فرض دوم شرط ضمنی را شرط ضمنی

^۱ A custom which is "reasonable" binds both parties, whether they knew of it or not (Reynolds v Smith (۱۸۹۳)).

^۲ It is sometimes said that the incorporation of custom into a contract is based on the presumed intention of the parties, but this is a somewhat unrealistic view.

عرفی می گویند. (محقق داماد ، ۱۳۸۸ ، ۲۷۷)

مواد ۲۲۰، ۳۵۶، ۳۵۸ و ۳۵۸ قانون مدنی ایران در مقام بیان اعتبار شروط ضمنی عرفی و برخی از مصادیق آن می باشد.

برحسب نظر دانشمندان حقوق خصوصی و غالب فقیهان امامیه هر عقدی دو گونه اقتضاء و اثر دارد: اقتضاء ذات عقد و اقتضاء اطلاق عقد. اقتضاء یا اثر ذات عقد، در واقع با ماهیت و جوهر عقد مرتبط است، عقد بدون آن، عرفاً، عقد نیست، اساساً عقد بدون آن، معنی و مفهوم پیدا نمی کند اما اقتضاء و اثر اطلاق عقد، مستقیماً به ذات ، جوهر و یا ماهیت عقد مرتبط نیست. بلکه آن نوع اثری است که عقد، در حالت اطلاق، فقدان قید و نبود توافق خلاف به دنبال می آورد. مرجع تمیز، ماهیت هر عقد و آثار مرتبط به ماهیت، عرف و عادات می باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۱۸ ؛ حسینی مراغی، ترجمه: زراعت، ۱۵) فقیهان مدرسه فقهی حنابله ، از "شروط اقتضایی عقد" همانند تقابض و حلول ثمن جزو شروط صحیح و لازم الوفا در عقد بیع یاد کرده اند و معتقد هستند این شروط اگر هم در عقد تصریح نشوند همچنان لازم الاجرا خواهند بود و بیان شان در عقد صرفاً جنبه ی تأکیدی دارد (البهوتی، ۲۱۷ ؛ عبدالرحمن بن قدامه، ۱۷۱۳ ، ۴۸ ؛ عبدالله بن قدامه ، ۱۷۰۱ ، ۵۴) .

گاه امری آن چنان شایع و متعارف است که از لوازم و اقتضات عرفی عقد به حساب می آید و به عبارتی دیگر، عرف، پایبندی و التزام بر آن را بر طرفین عقد تحمیل می کند مگر آنکه طرفین عقد، صریحاً برخلاف آن توافق نمایند و به عبارت دیگر، چنانچه عقد در خصوص امر شایع و متعارف و لوازم عرفی ساکت باشد آثار و اقتضای اطلاق عرفی عقد، آن امر را نیز در بر می گیرد. اقتضات و لوازم عقد که طرفین راپایبند می کند اعم از اینست که طرفین بدان اساساً، آگاهی و توجه تفضیلی داشته باشد و یا آگاهی و توجه تفضیلی نداشته و مورد قصد آنان نباشد.

شروط ضمنی عرفی، در دکترین فقهی و حقوق خصوصی جزء "اثر و اقتضای اطلاق عقد" به حساب می آید. به عقیده ی برخی از بزرگان فقه شرط ضمنی عرفی، قابلیت انتساب به قصد مشترک متعاقبین را دارد و لذا اعتبار آن ناشی از نیروی اراده ی طرفین می باشد. آیت ... سید احمد موسوی خوانساری در کتاب جامع المدارک که در هفت جلد به عنوان محشای بر کتاب المختصر النافع تألیف نموده است، مبنای توجیهی "خیار غبن" را تخلف از شرط ضمنی دانسته است و در توجیه آن می گوید: "کماکان تعیش بنی آدم موقوفاً علی تبدیل الاموال و بنائ المعتقدین علی تساوی العوضین فی

المالیه فینایط مجری اشتراط تساویها فی المالیه و بحیث لو علم المغبون بالحال لم یرض ... " بدین ترتیب صاحب جامع المدارک مبنای خیار فسخ را تخلف از شرط ضمنی عرفی می‌داند و در توضیح مبنای خود می‌گوید زندگی و معیشت بنی آدم به مبادله‌ی اموال با یکدیگر و معامله‌ی اموال با یکدیگر متوقف می‌باشند و بنای متعاقبین در تبدیل اموال و معامله، بر تساوی و تعادل ارزش اقتصادی و مالی دو عوض می‌باشد بنابراین امر تبدیل اموال و مبادله، به تساوی عوضین منوط می‌گردد و این بنای نوعی که گفته شد مبتنی بر عرف و عادت جاریه است و چنانچه معلوم گردد یکی از طرفین مغبون واقع شده است و به این امر در حین عقد واقف نبوده است کاشف به عمل می‌آید که به معامله رضایت نداشته است (یا رضایتش معیوب بوده است و ...) بدین ترتیب صاحب جامع المدارک تخلف از شرط ضمنی عرفی را موجب معیوب بودن رضا (یا فقدان رضا) تلقی کرده است و به نوعی شرط ضمنی عرفی را به اراده‌ی مشترک طرفین عقد انتساب نموده است. (السید الخوانساری، بی تا، ۱۵۶)

از دید غالب فقیهان امامی مذهب، تخلف از اوصاف غیر ذاتی و فرعی عین معین معقود علیه در عقد بیع، تأثیری در صحت و نفوذ عقد ندارد و سبب بطلان آن نمی‌شود این فقیهان در توجیه و تعلیل نظر خود به "شرط ضمنی عرفی" و "اقتضای اطلاق عقد" استناد می‌کنند و چنین استدلال می‌کنند: در مواردی که عین معین با وصف خاصی مورد معامله قرار می‌گیرد، "مطلوب"، "متعدد" است و نه "واحد"؛ به اصطلاح فقها، در این جا تعدد مطلوب وجود دارد نه وحدت مطلوب. زمانی که دو طرف عقد، به اصل بیع مربوط به عین معین که مطلوب اصلی است، رضایت دارند تخلف از وصف ذکر شده برای عین معین (که مطلوب دوم و فرعی است)، موجب بطلان اصل عقد نمی‌گردد (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، جلد ۲، ۵۹؛ خویی، منهج الصالحین جلد ۶، ۵۶؛ نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۳، ۹۳؛ نایینی، منیه الطالب، جلد ۲، ۳۹۷) به عبارت دیگر "در مواردی که وصف، داخل در حقیقت مبیع نبوده و مقوم ماهیت عرفی مورد معامله نیست؛ بیع بر حسب بنای عرف و متعاملین بر ذات موصوف تعلق گرفته و "وصف" عنوان بیع نیست بلکه مطلوب دیگری در کنار مطلوب بیعی است". (محقق داماد، قنواتی، شبیری و عبدی پور فرد، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، جلد دوم، ۱۴۷) اوصاف غیر اساسی مبیع که مقوم ماهیت عرفی آن به حساب نمی‌آیند، و "قید" معامله به حساب نمی‌آیند؛ از نگاه عرف، قصد معامله گران، علی الاغلب، چنین است که

اوصاف فرعی مبیع برای آنها بصورت تعدد مطلوب مورد نظری باشد و نه بصورت قید و مقید یا وحدت مطلوب . و هرچند در زمان انعقاد عقد ، چه بسا به حالت "تعدد مطلوب" توجه و آگاهی نداشته باشند و از آن غافل باشند؛ اما در حقیقت در باطن قلبشان این گونه بوده است . (طباطبایی یزدی ، حاشیه المکاسب ، جلد ۲ ، ۵۹) و برخی از فقیهان بزرگ معاصر از آن تحت عنوان "شرط ارتکازی" یاد می کنند.(محقق داماد، ۱۳۸۸، ۲۸۴-۲۸۳). اما به عقیده ی برخی دیگر از دانشمندان فقه و حقوق، لزومی ندارد تمام شقوق شرط ضمنی عرفی، قابل انتساب به اراده ی متعاملین باشد و شروط ضمنی عرفی را با شروط ارتکازی یکسان نمی دانند.

استاد محقق داماد "شرط ضمنی ارتکازی را اخص از شرط ضمنی می داند و معتقد است شرط ارتکازی، آن نوع شرط ضمنی است که در قرارداد تصریح نشده ولی انتساب آن به قصد مشترک طرفین عقد محرز است، بعبارت بهتر، محرز است که در چارچوب قصد مشترک طرفین قرار می گیرد و آن را معادل شرط ضمنی واقعی در حقوق "کامن لا" می داند و نیز استاد حتی شرط ارتکازی را اخص از شروط ضمنی عرفی، می داند، چه، شرط ضمنی عرفی، اعم از اینست که مفاد آن از قصد مشترک طرفین احراز گردد و یا اساساً قصد مشترک طرفین بدان توجهی نداشته باشد و صرفاً، عرف التزام به شرط را به طرفین تحمیل کند و به تعبیری دیگر، در شرط ضمنی عرفی، ممکن است اراده طرفین توجهی به مفاد شرط نداشته باشد و یا طرفین، جاهل به مفاد شرط باشند که در این صورت نمی توان التزام به آن را به "قصد مشترک طرفین" نسبت داد. البته، در این حالت پشتوانه ی اعتبار شرط ضمنی و مبنای التزام به آن، لوازم عرفی و انصراف و دلالت لفظ خواهد بود.(محقق داماد، ۱۳۸۸، ۲۸۴)

در مجموعه ی مجله الاحکام العدلیه که توسط انجمنی موسوم به "جمعیت مجله" در عهد سلطان عبدالعزیزخان "پادشاه وقت عثمانی" به سبک نهضت تدوین قوانین^۱ قرن نوزده اروپا ، با اقتباس از مکتب فقهی حنفی به عنوان یک مجموعه قانون رسمی و الزام آور تهیه و منتشر گردید(تاجمیری، ۱۳۷۷، ۱۴-۱۳؛ دکتر صبحی رجب محمصانی، ترجمه گلستانی، ۱۳۸۶، ۶۷)، در مواد مختلف که ذیلاً اشاره می گردد، از "عرف" به عنوان مبنا و منشاء تعهدات قراردادی و از ادله ی تحکیم در امور شرعیه ذکر به عمل آمده است که می توان از آن تحت عنوان قاعده ی شروط ضمنی عرفی

^۱ Codification

یاد کرد (سلیم رستم باز البنانی، ۱۹۸۶، ۳۸-۳۷) ماده ۴۳ مجموعه ی فوق الذکر مقرر می دارد " المعروف عرفاً کالمشروط شرط " یعنی "شناخته شده های عرف همانند شروط قراردادی است" و نیز ماده ۴۴ مقرر می دارد: "المعروف بین التجار کالمشروط بینهم" یعنی "متعارف میان تجار مانند شرط است" و یا ماده ۴۵ مقرر می دارد: "التعیین بالعرف کالتعیین بالنص" یعنی "تعیین کردن به وسیله ی عرف مانند معین کردن از راه نص است". نیز در المجامع آمده است: "العادة المطردة تنزل منزله الشرط" یعنی "عادت شایع و عمومی، در حکم شرط است" (رجب محمصانی، ترجمه گلستانی، ۱۳۸۶، ۲۱۳). با توجه به اعتبار قاعده ی "استحسان" در فقه اهل سنت و با توجه به تعریف آن که گفته شده است "ان الاستحسان ترک القیاس و الأخذ بما هو أوفق الناس" (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ۱۳۸۹)، می توان چنین انگاشت که مبنای اعتبار شروط ضمنی عرفی در فقه عامه، استحسان می باشد.

در تحریر المجله که توسط مرحوم شیخ محمدحسین آل کاشف الغطاء (فقیه شیعی) که در مقام شرح کتاب مجله العدلیه (از کتب معتبر فقه حنفی) نگارش شده است و به عنوان یک "فقه مقارن" یا "فقه تطبیقی" مطرح می باشد، در تفسیر مواد ۴۳، ۴۴ و ۴۵ کتاب المجله چنین آمده است که "ملاک جمیع المواد الی قاعدة واحدة و هی ان القرینه الحالیه کالقرینه مقالیه یجب اتباعها و الغلبه و العرف الخاص أو العام من أقوى القرائن علی توجیه الکلام فلا داعی لتکثیر مواد و تضييع الحقیقه" یعنی مبنا و ملاک مواد فوق الذکر این قاعده ی عقلی می باشد که قرینه حالیه همانند قرینه مقالیه می باشد که تبعیت از آن واجب بوده و عرف عام و خاص از اقسام بارز قرینه ی حالیه به حساب می آید. (تحریر المجله، ۱۳۵۹، ۳۴)

صاحب عروة الوثقی مرحوم آیت الله خوئی، در خصوص اعتبار و حجیت شرط ضمنی معتقد هستند که این شروط به جهت وجود ارتکاز طرفین، درحیطه ی مدلول التزامی عقد قرار می گیرند و لازم الوفا هستند. البته ایشان تمام شروط ضمنی را شروط ارتکازی می دانند و موضع ایشان مخالف نظر اساتید دیگر است که شرط ضمنی را از یک مقسم (از حیث آگاهی، اطلاع و توجه طرفین به مفاد آن یا عدم آگاهی، اطلاع و عدم توجه طرفین نسبت به مفاد آن) به دو قسم تقسیم می کنند اول، شروطی که طرفین در هنگام انشاء از وجود آن آگاهی داشته اند و در ارتکاز طرفین قرار دارند و دوم، شروطی که طرفین در هنگام انشاء عقد از وجود آن آگاهی نداشته و حتی در ارتکازشان هم نباشد و التزام به آن

صرفاً بخاطر تبعیت از عرف رایج و عقلایی محسوب شدن آن شروط، می باشد که نوع اخیر، شرط ضمنی عرفی است و نوع اول شرط ضمنی ارتكازی و یا شرط ضمنی واقعی به حساب می آید. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۲۸۴)

از مطالب فوق، مستفاد می گردد که برای تمییز شروط ضمنی عرفی در قراردادها، دو معیار شناخته شده شده وجود دارد: یکی، معیار شخصی است که طبق این معیار برای کشف شروط ضمنی، باید در جستجوی احراز قصد مشترک طرفین بود و قابلیت اثبات شرط ضمنی به قصد مشترک طرفین، ملاک مهمی به حساب می آید. اگر نتوان شرط ضمنی ادعایی را به قصد مشترک طرفین، به نحوی، انتساب نمود، نمی توان طرفین را به آن ملزم دانست. این معیار مبتنی بر تفکر اصالت فرد و حاکمیت مطلق اراده بوده که در طول قرن ۱۸ میلادی یک تفکر فلسفی تأثیر گذار و غالب بوده است. معیار دوم، که یک معیار عینی و موضوعی است. در این معیار، التزام به شروط ضمنی را فقط به اراده ضمنی مشترک طرفین اختصاص نمی دهند بلکه عرف و عادت مسلم در معامله می تواند مبنای شرط ضمنی باشد. این معیار به دنبال تعدیل یافتن اصالت فرد، حاکمیت مطلق اراده و "اجتماعی" تلقی شدن قراردادها و شکل گیری اصول حقوقی جدید در تجارت بین الملل و بازار از جمله، اصل اعتماد به ظاهر و روند رو به تزاید قراردادهای بین المللی شکل گرفته است.

قدر متیقن اینکه، شروط ضمنی اعم از آن که ارتكازی (واقعی) باشد، و یا عرفی، حجیت داشته و طرفین عقد نسبت به وفای به آن ملتزم می باشند. در قانون مدنی نیز، بر مبنای تفسیر منطقی و اصولی از مواد ۳۵۸، ۳۵۷، ۳۵۶، ۱۱۲۸ و ۲۲۰، وفای به شروط و تعهدات عرفی قراردادها، الزامی شناخته شده است.

۴-۲) شروط ضمنی در قراردادهای بین المللی بالادستی نفت و گاز

در قراردادهای بین المللی نیز بخش عمده ای از تعهدات طرفین را تعهدات ضمنی تشکیل می دهد. تعهدات ضمنی در قراردادهای بین المللی، از یک سوی گرایش به مفهوم و ضابطه عینی داشته و صرفاً منحصر به ارتكازات ذهنی و یا استنباطات از اراده ی مشترک طرفین نیست و از سوی دیگر، با ضوابط، اصول و استانداردهای تفسیر در قراردادهای بین المللی ارتباطات تنگاتنگ دارد. ماده ۲-۱-۵ اصول اونیفدوا مقرر می دارد: که "تعهدات ضمنی" از موارد زیر ناشی میشود: (۱) ماهیت قرارداد (۲) رویه های عملی موجود در میان طرفین و عرفها (۳) حسن نیت.

قاعده حسن نیت، از قواعد بنیادی در اجرای تعهدات قراردادهای بین‌المللی به شمار می‌آید و مبنای بسیاری از مصادیق شروط ضمنی عرفی را تشکیل می‌دهد.

تأثیر عرف در تعهدات و تشخیص تعهدات ضمنی غیرقابل انکار می‌باشد. (کاشار، ترجمه رضایی، ۱۹۶) طبیعت و ماهیت قراردادهای بین‌المللی، (عمدتاً بلندمدت بودن و پیچیدگی مفاد و شروط آن)، تبعیت از عرف عادات مسلم را برای داوران و محاکم، در تمیز تعهدات، اجتناب ناپذیر ساخته است. به طوری که امروزه دکترین حقوقی با قاطعیت، عرف بازرگانان را به عنوان یکی از منابع مهم تجارت بین‌الملل یاد می‌کند و داوران بین‌المللی در هنگام صدور رأی به عرف بازرگانان توجه جدی می‌نمایند. (شیروی، ۱۳۸۹، ۴۳-۴۹)

گروه کاری بین‌دولتی کمیسیون شرکت‌های فراملی سازمان ملل متحد ضمن تدوین استاندارد‌های رفتاری شرکت‌های فراملی، از مذاکره‌ی مجدد قراردادهای به عنوان کد رفتاری شرکت‌ها یاد کرده و چنین مقرر می‌دارد که "... در صورت فقدان شروط قراردادی که بازنگری یا مذاکره‌ی مجدد را پیش‌بینی کرده باشد، شرکت‌های فراملی بایستی به درخواست‌های بازنگری در قرارداد و یا مذاکرات مجدد قراردادهای منعقد شده با دولت‌ها یا ارگان‌های دولتی، در شرایط و اوضاع و احوال مشخص (اعمال فشار، نابرابری آشکار بین طرفین، یا آنجا که شرایط قرارداد که بر مبنای آن قرارداد اولیه انعقاد یافته است به طور اساسی تغییر یافته است و باعث بروز مشکلات عمده پیش‌بینی شده در روبرو طرفین گردیده است) و نتیجتاً منجر شده است که قرارداد نسبت به یکی از طرفین غیر منصفانه و ظالمانه به حساب آید، پاسخ مثبتی بدهد. به منظور رعایت انصاف نسبت به طرف قرارداد متضرر و مضطر، بازنگری یا مذاکره‌ی مجدد در چنین موقعیت‌هایی، می‌بایست با در نظر گرفتن اصول حقوقی قابل اعمال و نیز رویه‌های حقوقی شناخته شده، انجام پذیرد.

(Paragraph ۵ of the Chairman's formulation of the Basic Principles in the Code of Conduct for Transnational Corporations Available :

http://www.trans-lex.org/۱۰۹۸۰۰/mark_۹۳۵۰۰۰)

قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز نیز به عنوان یک قرارداد بلندمدت، با شروط و مفاد چند بعدی و پیچیده، طرفین را نه تنها به مداول مطابقی عقد ملزم می‌کند بلکه طرفین به مدلول التزامی قراردادها پایبند می‌نمایند و نیز طرفین قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز به تعهدات ناشی از عرف و عادات و رویه‌های تجاری بین‌المللی ملتزم هستند.

تعهد به مذاکره ی مجدد را می توان در زمره تعهدات ضمنی عرفی طرفین در قراردادهای بین المللی نفت و گاز تلقی کرد. تعهد به مذاکره مجدد را اگر نتوان از قصد مشترک طرفین احراز نمود و اگر نتوان ناشی از ارتکاز طرفین دانست^۱، می توان ناشی از طبیعت و ماهیت بلند مدت بودن این قراردادها دانست می توان از تعهد به حسن نیت (یا قاعده حسن نیت) احراز و استنباط نمود و نیز می توان آن را به عنوان یکی از رویه های تجاری و عرف و عادات مسلم در سرمایه گذاری بین المللی نفت و گاز تلقی نمود. بدین ترتیب، اقتضای اطلاق قراردادهای بین المللی نفت و گاز، متضمن تعهد به مذاکره در طول اجرا ی عقد برای طرفین می باشد.

مع الوصف، این تعهد زمانی وجود دارد که انجام مذاکره مجدد، بالفعل، ضرورت داشته باشد. مذاکره مجدد، عمدتاً، زمانی ضرورت دارد که تغییرات بنیادین، در اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد رخ داده باشد یا در اجرای تعهد، امور پیش بینی نشده، حادث شده که منجر به دشواری اجرای تعهد بر طرفین و یا یکی از طرفین گردیده است و یا اجرای تعهد با مانع دائمی یا موقت مواجه گردیده است. و یا تعادل و توازن اقتصادی و مالی قرارداد بنا به جهاتی غیرقابل پیش بینی به ضرر یکی از طرفین به هم خورده است به نحوی که تداوم اجرای قرارداد منجر به "غبن حادث" بر احدی از طرفین می گردد.

۵- آثار تعهد به مذاکره مجدد

به طور کلی تعهدات مقرر در قراردادهای بین المللی، به تعهدات بنیادین (اساسی) و تعهدات غیر بنیادین (جزیی) قابل تقسیم می باشد. حسب اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی و اصول بازرگانی فراملی^۲ ضمانت اجرای نقض و یا عدم اجرای هر یک از این تعهدات متفاوت از هم خواهد بود. ماده ی ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین المللی اونیودوا مقرر می دارد: چنانچه کوتاهی متعهد در اجرای یک تعهد، وفق قرارداد، به مثابه ی عدم اجرای اساسی تعهد باشد، در این صورت متعهد، این حق را دارد تا نسبت به اختتام قرارداد اقدام نماید در بخش دوم همان ماده، برای تمییز اینکه قصور و کوتاهی در انجام تعهد، در حکم نقض بنیادین و عدم اجرای اساسی است یا خیر، چند مؤلفه اشاره می کند:

^۱ بنظر می رسد حتی تعهد به مذاکره را می توان ناشی از ارتکاز طرفین قرارداد دانست و انتساب آن به قصد مشترک به سهولت قابل احراز است.

^۲ Lex-Mercatoria

الف) اینکه عدم اجرای تعهد، طرف زیان دیده را به طور اساسی از آنچه بر طبق قرارداد مستحق بوده انتظارش را داشته باشد، محروم می‌کند یا نه، مگر اینکه طرف دیگر نتیجه مزبور را پیش بینی نکرده یا به طور متعارف نمی‌توانسته است آن را پیش بینی کرده باشد.

ب) اینکه رعایت دقیق تعهدی که اجرا نشده، رکن قرارداد بوده است یا نه.

ج) اینکه عدم اجرای تعهد، عمدی بوده یا از روی بی احتیاطی.

ر) اینکه عدم اجرای تعهد به طرف زیان دیده حق می‌دهد به این اعتقاد برسد که نمی‌تواند بر اجرای تعهدات در آینده از سوی طرف دیگر قرارداد، اعتماد و اتکاء کند یا نه.

ه) اینکه اگر به قرارداد خاتمه داده شود، طرف مسئول عدم اجرا، در نتیجه ی آماده کردن مقدمات یا اجرای تعهد، متحمل زیان نامتناسبی خواهد شد یا نه.

بر حسب ماده ۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به بیع بین المللی کالاها نیز، طرق جبران خسارت در دسترس هر یک از دو طرف عقد، بر حسب اینکه نقض قرارداد یک نقض اساسی است یا خیر، متفاوت خواهد بود و در صورت تحقق "نقض اساسی"، طرف دیگر قرارداد حق فسخ (اجتناب از) قرارداد را خواهد داشت. (بیانکا، چزاره ماسیمو، ترجمه داراب پور، ۱۳۹۱، ۲۰۰)

نمونه قراردادهای نفتی تهیه شده و نیز نمونه قراردادهای نفتی اجرا شده دلالت بر این دارد که در قراردادهای مزبور نیز از همین "منطق تفکیک نقض اساسی از نقض جزئی" تبعیت شده است و برای نقض اساسی ضمانت اجرای فسخ در نظر گرفته شده است اما نکته ی ویژه ی این نوع قراردادها در این است که با توجه به تبعات جدی و شدید فسخ آنها، تمایل عمومی در هنگام تنظیم قراردادها بر این است که موارد نقض اساسی و بنیادین را به طور شفاف تعیین و مشخص نمایند (مثلاً در قرارداد نفتی جزو ۷ ماده ۱۲ قرارداد پیمانکاری اکتشاف و تولید نفت بین شرکت ملی نفت ایران و کشورهای اروپایی، عدم تأمین مالی و هزینه نکردن و برای عملیات نفتی از موارد نقض اساسی تلقی شده است. (شیروی، ۱۳۹۳، ۴۸۵)

اثر نقض تعهد به مذاکره ی مجدد در قراردادهای بین المللی نفت و گاز را باید به صورت موردی و با توجه به شرایط قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر توافق مورد بررسی قرارداد ضمن اینکه نمی‌توان از تأثیر اصول و قواعد تجاری بین المللی ولکس مرکاتوریا غافل بود.

به طور کلی می‌توان چنین انگاشت، چنانچه در قراردادهای بین المللی نفت و گاز، تعهد به مذاکره

ی مجدد، در غیر وضعیت های عسر و حرج حادث بر قرارداد یا هارد شیپ، وجود داشته باشد، نقض چنین تعهدی، نقض اساسی تلقی نشده و لذا حسب اصول کلی تجاری بین المللی تنها رمدمی و طریق جبران، پرداخت خسارت خواهد بود. اما اگر تعهد به مذاکره در نتیجه ی بروز هارد شیپ و دشواری انجام تعهد، صریحاً یا ضمناً مقرر شده باشد، در این حالت، در صورت نقض تعهد به مذاکره ی مجدد با حسن نیت، دیوان داوری می تواند به استناد اصول کلی قراردادهای تجاری بین المللی و برحسب معیار "معقولیت و متعارف بودن"، نسبت به خاتمه ی قرارداد یا تعدیل آن اتخاذ تصمیم نماید.

۶ - نتیجه گیری

هر یک از ویژگی های قراردادهای بین المللی نفت و گاز از قبیل طولانی بودن اجرای آن، ریسک پذیری بالا و تفاوت شخصیتی طرفین منعقد کننده و مجهول بودن کیفیت و کمیت منابع نفت و گاز به تنهایی می تواند اصل ثبات و امنیت قراردادی را تحت شعاع قرار دهد عقلانیت قراردادی حکم می کند که طرفین برای تأمین ثبات و تثبیت روابط قراردادی در آینده، شرط مذاکره ی مجدد را به طور صریح در قرارداد پیش بینی بنمایند تا به واسطه آن رابطه قراردادی با وجود زمان بر بودن مرحله اجرا تداوم پیدا کند.

بر پایه ی مبانی فقه استدلالی امامیه و مبانی حقوقی که در ضمن بحث تفضیلاً به آن اشاره گردید اعتبار شروط ضمنی علی الاصول ناشی از اصل حاکمیت اراده یا "العقود تابعه للقصد" است و در فرضی که نتوان شروط ضمنی را به طور قطع به نیروی قصد مشترک طرفین نسبت داد، به حکم وجدان و ادراک عقل در اعتبار آن تردید روا نیست؛ کما این که حجیت آن در فقه عامه از قاعده ی استحسان نشات می گیرد. بنابراین در فرضی که طرفین قرارداد صریحاً برای خود تعهد به مذاکره ی مجدد را پیش بینی نکرده باشند، اقتضای اطلاق قراردادهای بین المللی نفت و گاز، متضمن تعهد به مذاکره ی مجدد به ویژه در صورت بروز وضعیت دشواری اجرای عقد می باشد. تعهد به مذاکره ی مجدد در مواقع تغییر اساسی اوضاع و احوال حاکم بر زمان قرارداد و حدوث دشواری انجام تعهد و نیز در سایر وضعیت های مشابه را می توان از اقسام تعهد و شروط ضمنی عرفی و یا حتی ارتکازی تلقی نمود تعهد بر مذاکره ی مجدد یک تعهد طبیعی و اخلاقی صرف نیست بلکه الزام آور و واجد آثار حقوقی است و در صورت نقض آن از سوی متعهد ضمان آور است. در صورت

نقض تعهد می‌توان از منطبق تفکیک نقض اساسی از نقض جزئی تبعیت نمود. اصل حسن نیت، هم می‌تواند مثبت وجود تعهد مزبور باشد و هم در تعیین قلمرو آن نقش اساسی بازی می‌کند. تعهد به مذاکره ی مجدد یک تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه. بدین معنا تعهد به مذاکره ی مجدد تعهد بر تلاشهای جدی توأم با حسن نیت طرفین در انجام مذاکرات مجدد است. اما متضمن تعهد به حصول توافق نیست.

با توجه به اینکه در تصویب نامه ی "شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز" که بنا به پیشنهاد وزارت نفت و با اختیار ناشی از جزء ۳ بند (ت) ماده ۳ و ماده ۷ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب سال ۱۳۹۱، در جلسه ی ۱۳۹۴/۷/۱ هیأت وزیران به تصویب رسیده است، به مقررده ی تعهد به مذاکره اشاره ای نشده است، پیشنهاد می‌شود ضمن اصلاح تصویب نامه ی صدرالذکر، به مقررده ی تعهد به مذاکره در قراردادهای بالادستی به طور صریح اشاره گردد.

فهرست منابع:

- ۱- ایرانپور، فرهاد، (۱۳۹۰)، تحول از نظامهای حقوق ملی به سوی نظام حقوق فرا ملی "نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی، موسسه مطالعات و پژوهش شهر دانش، تهران.
- ۲- اولیویه کاشار، (۱۳۹۰)، حقوق تجارت بین الملل، مترجم رسول رضایی، مهر ماه نو، تهران
- ۳- بیانکا، چزاره ماسیمو با همکاری جمعی از حقوقدانان بین المللی، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون وین ۱۹۸۰، ترجمه دکتر مهربان داراب پور (۱۳۹۱)، جلد دوم، گنج دانش، تهران
- ۴- انصاری، مسعود و دکتر طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد دوم، انتشارات محراب فکر، تهران
- ۵- انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۳۸۷)، المکاسب، جلد سوم، مجمع الفکر اسلامی، قم
- ۶- انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۳۷۴ هـ ق.)، فرائد الاصول (رسائل) به همراه حاشیه آقا رحمت ا...، انتشارات مصطفوی، قم
- ۷- تاجمیری، میر تیمور، (۱۳۷۷)، فرهنگ عبارات و اشارات حقوقی، موسسه فرهنگی انتشاراتی آفرینه
- ۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، دائرة المعارف عمومی حقوق - الفارق، جلد سوم،

کتابخانه گنج دانش، تهران

- ۹- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۹)، حقوق تجارت بین الملل، سمت، تهران
- ۱۰- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۳)، حقوق نفت و گاز، بنیاد حقوقی میزان، تهران
- ۱۱- شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، (۱۳۹۳)، حقوق تعهدات (مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین المللی)، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ اول
- ۱۲- صادقی مقدم، محمد حسن، (۱۳۹۰)، تغییر در شرایط قرارداد، بنیاد حقوقی میزان، تهران
- ۱۳- طالب احمدی، حبیب، (۱۳۹۲)، مسئولیت پیش قراردادی، نشر میزان، تهران
- ۱۴- فلسفی، هدایت ا...، (۱۳۸۳)، حقوق بین الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، تهران
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها - آثار قرارداد، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، تهران
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، دوره ی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران
- ۱۷- موحد، محمدعلی، (۱۳۸۶)، قانون حاکم- درس هایی از داوری های نفتی، نشر کارنامه، تهران
- ۱۸- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۶)، قواعد فقه - بخش مدنی ۲، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ دوم، تهران
- ۱۹- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران
- ۲۰- شافع، میرشهبییز، (۱۳۸۶)، لکس پترولیا، پایان نامه دوره ی دکتری حقوق بین الملل عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران
- ۲۱- آیت ا... العظمی مکارم شیرازی، (۱۳۸۹)، طریق الوصول الی مهمات علم الاصول الجزء الثانی، دار انشر امام علی ابن ابیطالب، قم
- ۲۲- مرادی، عبدالرحیم، (۱۳۷۹)، استمرار تعادل عوضین در عقود مستمر، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز
- ۲۳- مرادی، عبدالرحیم، رنجبر، مسعود رضا، (۱۳۹۵)، مالکیت منابع نفت و گاز درجا و بهره برداری از آن در فقه اسلام، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۳، شماره ۴۶، ص ۸۱
- ۲۴- احمد السنهوری، عبدالرزاق، (۱۹۷۱ م)، الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید، جلد سوم، دار احیا التراث العربی، بیروت
- ۲۵- رجب محمصانی، صبحی، (۱۹۱۱ م)، فلسفه ی الشریع فی الاسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، (۱۳۸۶)، آثار اندیشه، تهران
- ۲۶- سلیم رستم باز اللبنانی، (۱۹۸۶ م)، شرح مجله، دار احیاء التراث العربی، بیروت

- ۲۷- السید الخوانساری، جامع المدارک، جزء الثالث، تهران -بازار، ناشر مکتبه الصدوق، نرم افزار کتابخانه مکتب اهل بیت (ع) (اصدار الثاني ۲۰۱۲)، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، اصفهان
- ۲۸- شیخ آل کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۳۵۹ ق)، تحریر المجله، جلد یک، تهران، مکتبه نجاج (استفاده شده از نرم افزار کتابخانه ی مکتب اهل بیت، اصدار الثاني)
- ۲۹- المرآغی، السید میر عبدالفتاح، العناوین، الجزء الثاني، موسسه نشر اسلامی، نرم افزار کتابخانه مکتب اهل بیت (ع) (اصدار الثاني ۲۰۱۲)، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، اصفهان
- ۳۰- المرآغی، السید میر عبدالفتاح، العناوین، ترجمه و شرح دکتر عباس زراعت، جلد دوم (۱۳۸۸)، انتشارات جنگل
- ۳۱- البهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع، (۱۷۳۶)، نرم افزار کتابخانه مکتب اهل بیت (ع) (اصدار الثاني ۲۰۱۲)، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، اصفهان
- ۳۲- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸ ق)، حاشیه المکاسب، اسماعیلیان، قم
- ۳۳- محقق داماد سید مصطفی، قنوتی جلیل، وحدتی شبیری سید حسن و عبدی پور فرد ابراهیم، (۱۳۸۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم
- ۳۴- ابن القدامه، عبدالرحمن بن قدامه، (۱۷۱۳)، الشرح الکبیر، نرم افزار کتابخانه مکتب اهل بیت (ع) (اصدار الثاني ۲۰۱۲)، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، اصفهان
- ۳۵- ابن القدامه، عبدالله بن قدامه، ۱۷۰۱. المغنی، نرم افزار کتابخانه مکتب اهل بیت (ع) (اصدار الثاني ۲۰۱۲)، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، اصفهان
- ۳۶- خوبی، ابوالقاسم، (۱۳۹۶ ق)، منهاج الصالحین، بیروت
- ۳۷- نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۷)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، انتشارات اسلامیة
- ۳۸- نایینی، محمدحسین، (۱۳۸۵ ق)، منیة الطالب، مطبعة المرتضویه، نجف
- ۳۸- Al Qurashi, Z. A. (۲۰۰۵). Renegotiation of International Petroleum Agreements . Journal of International Arbitration, (On-line serial) ۲۲(۴). [Online] Available: <https://is.muni.cz/www/۲۱۰۵۶۰/۲۳۰۷۲۳۸۹۳/Qurashi-Renegotiation.pdf>
- ۳۹- Asante, S. K. B. (۱۹۷۹) . *Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process* . The International and Comparative Law Quarterly. [Online] Available: journals.cambridge.org/production/action/cjoGetFulltext?fulltextid...
- ۴۰- AD-Hoc-Award, Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil), ۲۱ ILM ۹۷۶ www.Trans-lex.org/۲۱۱۹۰۰

- ۴۱- Brayan A. Garner(۲۰۰۴). Black's Law Dictionary, Edition ۱۸, Thomson: West
- ۴۲- B Buxbaum(۱۹۸۵). Modification and Adaptation of Contracts: American *legal Developments*. Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, London: Kluwer International
- ۴۳- C.M.Schmitthoff(۱۹۶۱). International Business Law: A New Law *Merchant, Social Problem*
- ۴۴- Deok Bishop (۱۹۹۷). The Duty to Negotiate in Good Faith and the *Enforcement of Short-Term Natural Gas Clauses in Production Sharing Agreements*. Centre for Energy Petroleum and Mineral Law and Policy Journal
- ۴۵- Fox, William F. (۱۹۹۸). International Commercial Agreements: A Primer *on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*. The Hague: Kluwer Law International
- ۴۶- Goldman, Berthold(۱۹۸۶). The Applicable Law: General Principles of Law - *the Lex Mercatoria* . in: Lew (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, London, at ۱۱۳ et seq
- ۴۷- Guenter Treitel (۲۰۰۳). The Law of Contract, *Edition ۱۱*, London : Thomson – Sweet & Maxwell
- ۴۸- Hadiza Tijjani Mato(۲۰۱۲). The Role of Stability and Renegotiation in *Transnational Petroleum Agreements*. Vol ۵ no. ۱, Journal of Politics and Law, pp. ۳۳-۴۲
- ۴۹- Jeswald w. Salacuse (۱۹۹۸) . Ten Ways that Culture Affects Negotiating *Style: Some Survey Results*. ۱۴ Negotiation Journal, pp. ۲۲۱- ۲۴۰
- ۵۰- Jeswald w.Salacuse(۱۹۹۱). Making Global Deals: Negotiating In The *International Marketplace*. Boston: Houghton Mifflin Company, New York
- ۵۱- Jeswald w.Salacuse (۲۰۰۱). Renegotiation International Project *Agreements*. ۲۴ Fordham International Law Journal, pp. ۱۳۱۹-۱۳۷۰
- ۵۲- John Y. Gotanda(۲۰۰۲). Renegotiation and Adaptation Clauses in *Investment Contracts*. Revisited, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Vol. ۳۶, p. ۱۴۶۱-۱۴۷۳
Available at: <http://works.bepress.com/gotanda/>
- ۵۳- Klaus Peter Berger(۲۰۰۳) .Renegotiation and Adaptation of International *Investment Contracts: the Role of Contracts Drafters and Arbitration*, Vol ۳۶, Vanderbilt Journal OF Transnational Law ,p. ۱۳۵۹
Available: <http://translex.uni-koeln.de/۱۰۰۶۹۰>
- ۵۴- Kessler, Friedrich/ Fine, Edith, *Culpa in Contrahendo*. Bargaining in Good *Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, ۷۷ Harv.L.Rev. ۱۹۶۳/۶۴,

at ۴۰۱ et seq

Available: http://www.trans-lex.org/۱۲۵۱۰۰/mark_۹۳۹۰۰۰

۵۵- M Sornarajah(۲۰۰۰). *The Settlement of Foreign Investment Disputes* .

London : Kluwer Law International

۵۶- Piero Bernardini(۱۹۹۸) . *The Renegotiation of Investment Contracts*. Vol

۱۳, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* ,p. ۴۱۱, ۴۲۵,

Available:

<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/۱۳/۲/۴۱۱.full.pdf+html?sid=e۰۰۵۹>

[۴۲۶-۸beb-۴۶۵۴-۸۷۷e-feaf۸۷۷۰beb۴](http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/۱۳/۲/۴۱۱.full.pdf+html?sid=e۰۰۵۹)

۵۷- P.Atiyah(۲۰۰۶). *Introduction to the Law of Contract*. (Clarendon Law

Series) Paperback by Stephen A. Smith (Author), P.S. Atiyah

۵۸- R Bishop(۱۹۹۸). *International Arbitration of Petroleum Disputes: The*

Development of a Lex Petrolea . in AJ van den Berg (edd) *Yearbook*

Commercial Arbitration, Vol XXIII (۱۹۹۸) ,p. ۱۱۳۱-۱۲۰۷

۵۹- R Fisher, R.Ury,W. And Patton, B. (۱۹۹۱) .*Getting to Yes Negotiating an*

Agreement Without Giving In .Second Edittion , NewYork: Penguin Books, p.

۱۵۰-۹۸

۶۰- TALAL ABDULLA AL-EMADI(۲۰۱۲). *The Renegotiating Clause in*

Petroleum International Joint Venture Agreements . Oxford Student Legal

Research Paper Series , Paper number ۰۴/۲۰۱۲ Available:

<http://ssrn.com/abstract=۲۰۷۳۳۴۰> And [http://www.ssrn.com/link/](http://www.ssrn.com/link/oxford-student-LEG.html)

[oxford-student-LEG.html](http://www.ssrn.com/link/oxford-student-LEG.html)

۶۱- <http://www.asil.org/resources/international-legal-materials>