

قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری

احمدالقشیری - طارق ریاض
شرح و ترجمه: دکتر محسن محبی*

اشاره مترجم

این مقاله در سال ۱۹۸۶ (۱۳۶۵) پس از رأی داوری صادره در دعوی دولت کویت علیه شرکت امین‌اوایل (سال ۱۹۸۲) نوشته شده است. این رأی از بعضی جهات (مانند ماهیت قراردادهای نفتی و ارزش شرط ثبات و نیز میزان غرامت) رأی معروف پروفسور دوپوئی در پرونده تاپکو (۱۹۷۷) را تعدیل نموده است. رأی تاپکو مبتنی بر تئوری «غیرمحملی کردن» قراردادهای موسوم به «توسعه اقتصادی» است که به موجب آن نوع قراردادهای تابع قانون داخلی دولت طرف قرارداد نیستند، بلکه قانون حاکم بر آنها حقوق بین‌الملل است و دولت در صورت نقض یا فسخ قرارداد، مسئولیت دارد، ولو این که نقض یا فسخ قرارداد یا حتی سلب مالکیت از حقوق و اموال قراردادی طرف خارجی مبتنی بر قانون باشد. این تئوری مورد انتقادات زیادی در سطوح دکترین قرار گرفت و کشورهای جهان سوم و سرمایه‌پذیر را نسبت به روند داوریه‌های نفتی نگران

* پژوهشگر حقوق بین‌الملل دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.

ساخت. رأی پرونده امین اوایل به قلم پروفیسور پل رویتسر رئیس هیأت داوری مربوط که در سال ۱۹۸۲ صادر شده و نیز رأی پرونده آموکو به قلم شادروان ویرالی رئیس شعبه سوم دیوان داوری ایران - امریکا صادر شد (۱۹۸۶)، تحول تازه‌ای در رویه داوری مربوط به قراردادهای نفتی ایجاد کردند و تئوری خارج کردن قرارداد از حکومت قانون داخلی و نیز بین‌المللی کردن قرارداد را کنار نهادند. این مقاله تحلیلی است بر روندی که غیرمحملی کردن و بین‌المللی کردن قراردادهای توسعه اقتصادی نامیده می‌شود و از رأی صادره در پرونده شیخ ابوظبی (۱۹۵۰) آغاز شده و به رأی پرونده امین اوایل ختم می‌گردد و اینک به «دوباره محلی کردن» قرارداد رسیده است. مترجم هنگام ترجمه مقاله القشیری و ریاض، متن آن را اساس کار قرار داده و در پاره‌ای موارد که لازم دانسته حواشی و توضیحاتی را بر آن افزوده است.

نویسندگان مقاله دکتر احمد القشیری استاد حقوق اقتصادی بین‌المللی دانشگاه عین‌الشمس قاهره، عضو کانون وکلای قاهره و شریک ارشد دارالوکاله «القشیری و راشد» در قاهره است و دکتر طارق ریاض، فوق‌لیسانس و دکترای حقوق از هاروارد، عضو کانون وکلای قاهره و نیویورک و مدرس حقوق بین‌الملل خصوصی در دانشگاه قاهره می‌باشد. مشخصات این مقاله چنین است:

Ahmed S. El - Khosheri and Tarek F. Riad, The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process, ICSID Review, Vol. 1, No. 2, Fall 1986, pp. 257-288.

بعد از انتشار این مقاله، «جان پالسون» نایب رئیس دادگاه داوری لندن مقاله‌ای به سال ۱۹۸۷ نوشت که در همان مجله ایکسید منتشر شد و ضمن آن سعی کرد نقش کشورهای جهان سوم در داوری‌های بین‌المللی را توضیح دهد و اعتماد آنها به داوری بین‌المللی را برگرداند.

مقدمه

رویه دعاوی نفتی ناشی از قراردادهایی که در طول دهه ۱۹۷۰ منعقد گردیده یا اگر قبل از آن منعقد شده، اصلاحاتی در آنها شده بود تا با روند غالب و متداول در قراردادهای جدیدتر در صنعت نفت هماهنگ شوند، در این ایام با تحول بسیار جالبی روبرو شده است که ثمره آن تحول در قانون حاکم در نسل جدید قراردادهای نفتی است. الگوی مورد استفاده در قراردادهای نفتی در دهه ۱۹۷۰ و قبل از آن، قراردادهای حق الامتیاز را که قبلاً متداول بود، به کلی دگرگون نموده یا جایگزین رژیم حق الامتیاز شده است.

وجه شاخص روندی که براساس این تحول در حال شکل گیری است، عبارت است از جابجایی قدرت چانه زنی طرفین قراردادهای نفتی (دولت و شرکت خارجی) به نحوی که قراردادهای حق الامتیاز که تا قبل از ۱۹۷۳ متداول بود و به موجب آن شرکت خارجی در برابر کلیه موانع و محدودیتها از تضمین کامل برخوردار بود، به کلی متروک شده است. در قراردادهای امتیاز، دارنده امتیاز حق داشت در طول مدت قرارداد که گاه ۶۰ سال یا بیشتر بود، هر اقدامی را که مناسب و مقتضی می‌داند در منطقه تحت امتیاز انجام دهد. مبنای این حق، وجود «شرط ثبات»^{*} در قرارداد بود که به موجب آن طرف دولتی قرارداد از همان ابتدای اعطای امتیاز، به صورت «طرف مرده» و ناموجود فرض می‌شد که تنها حق یا نگرانی‌اش این بود که منافع حق الامتیاز را طبق قرارداد دریافت نماید. به عبارت دیگر، در صورت تغییر اوضاع و احوال و پیش آمدن شرایط جدید، دولت نمی‌توانست هیچ‌گونه حق یا منافع جدیدی را مطرح و مطالبه نماید، مگر

*. Stabilization clause.

این که دارنده امتیاز - سرمایه گذار خارجی - با آن موافقت نماید. اما قراردادهای جدیدی که پس از ۱۹۷۳ متداول شده، از ماهیت پویا و متحرک برخوردارند به نحوی که منافع کشور میزبان (سرمایه پذیر) را تأمین می کنند و با اوضاع و احوال جدیدی که بعد از قرارداد حادث می شود، نیز قابل تطبیق و هماهنگی می باشند.

بخشی از ماهیت ایستای قراردادهای امتیاز ناشی از شروط مندرج در خود قرارداد بوده است. درج شرط تثبیت در این قراردادها یا مفاد شرط مربوط به قانون حاکم که بدون اشاره به قانون داخلی کشور میزبان تنظیم می شده و گاه موازین یا اصول کلی مانند «عدالت» یا «حسن نیت» یا «عدالت طبیعی» یا «اصول کلی مورد عمل در مراجع بین المللی» و امثال آنها را به عنوان قانون حاکم قید می کردند، و نیز فقدان نظام قانونی روشن در مورد بهره برداری از منابع طبیعی (نفت) در کشورهای صاحب نفت، از جمله عوامل ناتوانی این قراردادها برای تطبیق با اوضاع و احوال جدید بوده است.

نتیجه مستقیم استحاله ای که در طول دهه ۱۹۷۰ در ساختار حقوقی قراردادهای نفتی رخ داده این است که تکنیک های حقوقی که قبلاً برای اثبات «بین المللی شدن»^{*} قانون حاکم یا «غیرمحملی شدن»^{**} یا «فراملی شدن»^{***} آن مورد استفاده بود، امروز دیگر کهنه شده است. این مفهوم «بین المللی شدن» قرارداد که زائیده رأی تاپکو است،^۱ دیگر

*. Internationalization.

** . Delocalization.

***. Transnationalization.

1. Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. (Topco) v. Government of the Libyan Arab Republic, 17 ILM 1 (1978). The extensive literature on this case includes Delaume, State Contracts and Transnational Arbitration, 75 AJIL 784 (1981); Greenwood, State Contracts in International Law - The Libyan Oil Arbitrations, 53 Brit. Y.B. Int'l L. 27 (1982); J.F. Lalive,

پاسخگویی اوضاع و احوال جدید نیست و در شرایط جدید اساساً قابل تسری و استفاده نمی‌باشد. اصل راهنما که امروزه، بیش از هر زمان دیگری، مورد تأکید جامعه بین‌المللی می‌باشد و در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل نیز منعکس شده این است که صنعت نفت جزئی از اقتصاد ملی کشور است.^۲ به این ترتیب، هر ناظر هوشمندی که به شیوه‌ای هدفمند به مسائل می‌نگرد از این نکته غافل نیست که در نظام حقوق داخلی کشورهای سرمایه‌پذیر در جهان سوم جنبشی فراگیر و روشن بوجود آمده که هدف آن «دوباره محلی کردن» قراردادهای نفتی است. به موازات این جنبش، شرکت‌های نفتی خارجی - چه با رضایت و چه با اکراه - اکنون دریافته‌اند که در برابر فشارهای طرف دولتی برای تعدیل قرارداد به موجب قانون داخلی، ادعای عقیم شدن قرارداد، فسخ قرارداد و امثال آنها، ناگزیرند به قوانین داخلی کشور میزبان استناد جویند. بی‌گمان، رأی داوری صادره در پرونده امین‌اوایل (مارس ۱۹۸۲) موضوع دعوای دولت کویت علیه شرکت امین‌اوایل،^۳ نخستین گام آگاهانه‌ای است که در مسیر این جنبش برداشته

Un Grand Arbitrage Pétrolier entre un Gouvernement et deux Sociétés privées étrangères, 104 Journal du Droit International 319 (1977); Rigaax, Des Dieux et des Héros: Réflexions sur une Sentence Arbitrale, 67 Revue Critique de Droit International Privé 435 (1978); Verhoeven, Droit International des Contrats et Droit des Gens, 14 Revue Belge de Droit International 209 (1978-1979); and von Mehren and Kourides, International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases, 75 AJIL 476 (1981).

۲. رجوع شود به پاورقی ۲۲ و متن مربوط به آن.

3. Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), 21 ILM 978 (1982). Articles on this case include Kahn, Contrats d'Etats et Nationalisation - Les Apports de la Sentence Arbitrale du 24 Mars 1982, 109 Journal du Droit International 844 (1982); Marston, The Aminoil-Kuwait Arbitration, 17 J. World Trade L. 177 (1983); Redfern, The Arbitration Between the Government of Kuwait and Aminoil, 55 Brit. Y.B. Int'l L. 65 (1984); Tesón, State Contracts and Oil Expropriations: The Aminoil-Kuwait Arbitration, 24 Va. J. Int'l L. 323 (1984); and Tschanz, The Contribution of the Aminoil Award to the Law of State Contracts, 18 Int'l Law. 245 (1984).

❖ ۳۳ قانون حاکم بر نسل جدید ...

شده است و در آینده نیز مسلماً بازتاب‌ها و پیامدهای بیشتری در پی خواهد داشت.

اما نکته اساسی این است که آیا این روند «دوباره محلی کردن» قراردادهای نفتی و توصیف تازه‌ای که از آنها به عمل آمده و به موجب آن گفته می‌شود که این قراردادها از ماهیتی پویا برخوردارند، می‌تواند بین ضرورت پویایی قرارداد و تطبیق آن با اوضاع و احوال جدید از یکسو، و ثبات قراردادی از سوی دیگر تلفیق و سازگاری برقرار کند؟ به عبارت دقیق‌تر، سؤال این است که آیا در پرتو این تحولات، داوران می‌توانند بدون مراجعه به تکنیک‌ها و مبانی که در رأی تاپکو برای تأمین تعادل قراردادی به آنها استناد شده، این تعادل را برقرار و رعایت کنند، و حمایت‌های مکفی و راه‌حل‌های مناسب برای حفظ حقوق سرمایه‌گذار خصوصی خارجی فراهم کنند، به نحوی که حقوق و انتظارات مشروع او، در عین رعایت حقوق و اختیارات فوق قراردادی دولت، هم به عنوان طرف قرارداد و هم به عنوان یک نهاد عمومی حافظ منافع عامه، نیز حفظ و تأمین شود؟ بدون این که خواسته باشیم پیشاپیش پاسخ این سؤال را داده باشیم، در همین ابتدای بحث یادآوری می‌کنیم که ضوابط حقوق بین‌الملل خصوصی، مفهوم «نظم عمومی» را که در سطح جهانی نیز مورد قبول است، برای پاسخ به پرسش مذکور پیش می‌نهد. مفهوم نظم عمومی به مرجع رسیدگی‌کننده اجازه می‌دهد در مواردی که نتیجه حاصل از قانون حاکم با شرایط برقراری حداقل نظم عمومی در تعارض باشد و مانع از آن شود، قانون حاکم را کنار نهد و نظم عمومی را رعایت کند. درمورد تشخیص مبانی نظم عمومی، مطالعات تطبیقی رهنمودهای ارزشمندی را برای دستیابی به آنچه می‌توان آن را «اصول کلی حقوقی ناظر به نوع خاصی از

قراردادها» (قراردادهای نفتی) نامید، به دست می‌دهد. بخش آخر این مقاله حاوی نکاتی دربارهٔ همین موضوع است. این اصول کلی، داوران را به اندازه کافی مجهز می‌نماید که بتوانند تعادل قراردادی را به شیوه‌ای مؤثر و در عین حال منطبق با اصول کلی شناخته شدهٔ حقوق بین‌الملل خصوصی برقرار و حفظ کنند؛ بدون این که لازم باشد به یک سلسله استدلال‌ات و مفاهیم مبهم که هم از لحاظ نظری محل نزاع می‌باشند و هم در عمل از پشتیبانی و حمایت کافی برخوردار نیستند (مانند آنچه در مورد بین‌المللی کردن قراردادها در رأی تاپکو آمده) توسل جویند.

مفهوم نظم عمومی، کشدار و قابل تفسیر است. دو نکته را نباید فراموش کرد: اولاً، گرچه یکی از عناصر تشکیل‌دهنده نظم عمومی در داخل کشور، نظام حقوقی و قانونی آن است، اما مهم‌ترین مؤلفه نظم عمومی، عدالت است که مبنای اصلی و معیار کنترل نظام حقوقی داخلی نیز هست. ثانیاً، امروزه از نظم عمومی بین‌المللی نیز سخن می‌رود که مؤلفه‌های اصلی آن بطور سنتی صلح و امنیت بین‌المللی و نیز نظام اقتصادی بین‌المللی است، اما امروزه باید عنصر حقوق بشر بویژه حق تعیین سرنوشت ملت‌ها را نیز به آن افزود. به عبارت دیگر، نظم عمومی بین‌المللی، جمع‌گیری نظم عمومی داخلی همه کشورها نیست، بلکه باید در ذیل نظام بین‌المللی تعریف و تفسیر شود که امروزه عنصر اصلی آن حقوق بشر و بویژه حقوق بشر بین‌المللی است. با این همه، نباید در تفسیر نظم عمومی بین‌المللی آنقدر راه مبالغه پیمود که مفهوم حاکمیت داخلی رنگ ببازد. سازگاری بین این دو مفهوم - نظم عمومی بین‌المللی و حاکمیت داخلی - از مقولات مهم حقوق بین‌الملل نوین در روزگار ما است که مورد بحث‌های زیادی قرار گرفته است.

باری، معیار نظم عمومی که در رأی امین اوایل آمده، هم معیار کنترل‌کننده حقوق داخلی (قانون حاکم) است و هم عنصر تلفیق آن با موازین بین‌المللی (اصول کلی حقوقی) است که ثمره عملی آن حفظ موازنه قراردادی و رعایت انتظارات مشروع طرفین است.

توصیف مجدد ماهیت قراردادهای نفتی

امروزه برای متخصصین حقوق بین‌الملل خصوصی این مطلب کاملاً روشن شده که مکانیسم‌های تعارض قوانین از ابتدا برای حکومت بر روابط حقوق خصوصی که در آن سوی قلمرو حقوق داخلی بوجود می‌آید، تدوین شده است و لزوماً نسبت به روابط مبتنی بر حقوق عمومی قابل اعمال نیست.^۴ قراردادهایی که بین دولت یا دستگاهها و ادارات عمومی و دولتی که عهده‌دار اعمال حاکمیت‌اند از یکسو، و اشخاص خصوصی خارجی از سوی دیگر، منعقد می‌شوند، به قول پروفیسور باتیفول^۵ نه در شمار «قراردادهای خصوصی بین‌المللی» اند و نه از جمله «قراردادهای کاملاً بین‌المللی» محسوب می‌شوند، بلکه گروه سومی از قراردادها را تشکیل می‌دهند که ویژگیهای خاص خود را دارند. قراردادهای نفتی متعلق به همین گروه سوم است که از دو ویژگی مهم برخوردارند:

- ۱- قرارداد نفتی، نه یک قرارداد حقوق خصوصی بین‌المللی است و نه قرارداد حقوق عمومی بین‌المللی در معنای خاص این واژگان، است.
- ۲- قرارداد نفتی اساساً با معاملات تجاری بین اشخاص خصوصی و مؤسسات دولتی که اعمال تصدی انجام می‌دهند (مانند صادرات و واردات) متفاوت است. برخلاف معاملات تجاری که موضوع آنها خرید و فروش کالای آماده است، در قراردادهای نفتی، شرکت خارجی متعهد می‌شود با آوردن سرمایه و تکنولوژی به منظور استخراج و توسعه یکی از بخش‌های حیاتی اقتصاد کشور که هنوز به طور کافی توسعه نیافته، در اقتصاد ملی آن کشور مشارکت نماید.

4. See e.g., H. Batiffol and P. Lagarde, 2 Droit International Privé 282 (7th ed. 1983).

5. See H. Batiffol, Problèmes des Contrats Privés Internationaux, Fasc. 1, at 3 (cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris (1961-1962)).

نکته اصلی که در ورای مباحث مربوط به ماهیت قراردادهای نفتی و توصیف آن وجود دارد این است که آیا آن قسمت از حقوق و وظایفی که دولت برای تأمین رفاه اقتصادی و اجتماعی مردم برعهده دارد و آن را از طریق قدرت اجرایی و تقنینی خود انجام می‌دهد و اساساً قابل داد و ستد و معامله نیست؛ داخل در روابط حقوقی بین شرکت خارجی و طرف دولتی قرارداد، هست یا نه؟ به موازات این مطلب، این سؤال اساسی هم مطرح می‌شود که آیا حقوق و تعهدات سرمایه‌گذار خارجی که مشخصاً در قرارداد ذکر و مقرر شده، ثابت و قطعی است، یا ممکن است تحت تأثیر اقدامات یکطرفه دولت قرار گیرد؟ به عبارت دیگر آیا طرف دولتی قرارداد حق دارد حقوق و تعهدات طرف خارجی را که در قرارداد تعریف و تعیین شده، به استناد حق حاکمیت و قانونگذاری خود تغییر دهد؟ بنابراین، مسأله عبارت است از ترسیم مرز بین حقوق و اختیارات قراردادی دولت با حق قانونگذاری او.

الف - حقوق تطبیقی

مطالعات تطبیقی به روشنی نشان می‌دهد که در همه نظام‌های حقوقی، دولت از حق قانونگذاری برخوردار است. این اصل در حقوق بین‌الملل نیز مورد قبول و تأیید قرار گرفته است، و اگر اختلاف نظری در این مورد وجود داشته باشد، مربوط به قلمرو این حق ذاتی دولت است که ممکن است در حقوق داخلی کشورها، برحسب پاره‌ای عوامل مختلف فرق کند.^۶

6. See T. Riad, Host Countries' Permanent Sovereignty over National Resources and Protection of Foreign Investors: Some Reflections on the Recent Kuwait/Aminoil Arbitration Case, 39 *Revue Egyptienne de Droit International* 35, 65 (1983).

در اغلب سیستم‌های حقوقی جدید، از جمله در سیستم حقوق عرفی، در قراردادهای جدیدی که دولت برای کشف و استخراج منابع طبیعی با شرکتهای خارجی منعقد می‌کند، طرف دولتی از پاره‌ای حقوق و اختیارات ذاتی برخوردار است. جدای از حق دولت در وضع مقررات که مبتنی بر روابط قراردادی دولت با شرکتهای خارجی است، آشکار است که دولت دارای حق قانونگذاری است که مبتنی بر قانون اساسی است و خصوصاً شامل حق وضع مقررات انتظامی و مقررات مالیاتی می‌شود.^۷

الگوی فرانسوی که قراردادهای نفتی را از موضع حقوق عمومی توصیف می‌نماید، در بسیاری از کشورها، حتی کشورهایی که هیچ‌گاه مستعمره فرانسه نبودند، نیز مورد اقتباس و قبول قرار گرفته است. وجود سنت‌ها و موازین حقوق اسلامی و عربی در کشورهای عربی، باعث شد که توصیف فرانسوی قراردادهای توسعه اقتصادی و نفتی در بیست و دو کشور عضو «جامعه عرب» و حتی در کشورهای اسلامی غیر عرب در آسیا و آفریقا به آسانی پذیرفته شود. با استقلال کشورهای عربی پس از جنگ جهانی دوم، الگوی مصری قراردادهای نفتی که مبتنی بر سنن و موازین حقوق فرانسه بود، در عراق، سوریه، لیبی، کویت، قطر، الجزایر، سودان، یمن و نیز امارات متحد عربی وارد شد و رسماً مورد قبول قرار گرفت. در دیگر کشورهای جهان عرب نیز همان الگوی قراردادهای توسعه اقتصادی، رایج شد زیرا در بین حقوقدانان، قضات و وکلای دادگستری آن کشورها نیز همانند هم‌تایان مصری‌شان که در کشورهای همسایه و دوست مشغول کار بودند، مفاهیم حقوقی مشابهی رایج بود و همگی در یک مکتب فکری - حقوقی تربیت شده بودند و بستر فکری واحدی داشتند و از نظام ارزشی و

7. See generally G. Mitchell, *The Contracts of Public Authorities: A Comparative Study* (1954); C. Turpin, *Government Contracts* (1972); Mewett, *The Theory of Government Contracts*, 5 McGill L.J. 222 (1958-1959).

میراث مشترکی برخوردار بودند. صرف نظر از دلایل تاریخی و فرافرهنگی مؤثر در قضیه، واقعیت مطلب این است که در سراسر جهان عرب (از جمله در عربستان سعودی) همان موازین و اصول حقوق عمومی و حقوق اداری فرانسه که شاکله الگوی مصری قراردادهای توسعه اقتصادی را می‌سازد، به یکی از عناصر ذاتی سیستم حقوقی کشورهای عربی تبدیل شده است.^۸

نتیجه آن که، در کشورهای عربی بین دو گروه قرارداد تفکیک قائل می‌شوند: اول، قراردادهای حقوق خصوصی که منحصراً تابع قواعد و اصول حقوق مدنی و حقوق تجارت هستند و دوم، قراردادهای حقوق عمومی که اصطلاحاً «قرارداد اداری»^{*} نیز خوانده می‌شوند که از پاره‌ای جهات تابع آن دسته از اصول و قواعد حقوق عمومی است که با نیازها و اقتضائات ناشی از ماهیت و موضوع خاص این قراردادها متناسب است. در همین زمینه، در قانون مدنی مصر مصوب سال ۱۹۴۹ که تا حدود زیادی عیناً در سایر کشورهای عربی مورد اقتباس قرار گرفته، صریحاً صحبت از قراردادهایی شده که لازم است به شیوه خاصی با آنها رفتار شود.^۹ اندیشه بنیادی و مبنای اصلی در مورد این قراردادها آن است که دستگامهای دولتی و عمومی طرف قرارداد همواره از این حق ذاتی و غیرقابل انکار برخوردارند که برای پیگیری و تحقق منافع عامه، مقرراتی را که جنبه فرا قراردادی دارند، وضع و اعمال نمایند. استفاده از این حق ویژه دولت که مبنای حقوق عمومی دارد، منحصر به «قراردادهای امتیاز ناظر به امور

8. See T. Riad, *The Applicable Law Governing Transnational Development Agreements* 35 (1985) (unpublished dissertation).

*. Contrats administratifs.

9. See Egyptian Civil Code, Promulgated by Law No. 131 of 1948 and in force from October 15, 1949, at arts. 668-673, reprinted and translated in *The Egyptian Civil Code* (Perrot, Fanner and Simms Marshall trans. 1952).

عام‌المنفعه»* که در قانون مدنی مصر ذکر شده، نیست^{۱۰} بلکه قلمرو آن فراتر می‌رود و شامل کلیه قراردادهایی که دستگاه‌های دولتی در مقام حفظ و اعمال منافع عامه منعقد می‌کنند، نیز می‌شود.^{۱۱}

توضیح و تفسیر رژیم حقوقی خاص حاکم بر قراردادهای عمومی که مشخصاً در قانون مورد تصدیق واقع شده، برعهده مراجع قضایی است که رسیدگی به موضوع به آنها محول شده، خواه «شورای دولتی» باشد که در فرانسه و مصر وجود دارد، یا «مرجع حقوق اداری»** که در سایر کشورهای عربی تأسیس شده است. با بررسی دعاوی مربوط و نیز مقالات راجع به توصیف ماهیت قراردادهای توسعه منابع طبیعی مطابق مدلی که در مصر وجود دارد و در سایر کشورهای عربی نیز اجرا می‌شود، این نکته آشکار می‌گردد که این قراردادها مسلماً از جمله قراردادهای عمومی*** به شمار می‌آیند.^{۱۲}

از نظر تاریخی، در حقوق اسلامی سنتی مفهوم قراردادهای اقطاع صریحاً پذیرفته شده است به این معنی که اولاً، در حقوق اسلامی قراردادهای عمومی موسوم به «أقطاع» وجود داشته و معتبر می‌باشند، ثانیاً، کلیه اسناد قراردادی که درباره تجهیزات مربوط به کشف مخازن و معادن

*. concessions of public utility services.

10. Id.

11. See T. Badawi, Administrative Law 251 (1983).

** Administrative Law Chamber.

***. public contracts.

12. See generally A. Ashoush, The Legal Regime of Petroleum Agreements in the Arab Countries (in Arabic) (1975); M. Benchikh, Les Instruments Juridiques de la Politique Algérienne des Hydrocarbures (1973); M. Mughraby, Permanent Sovereignty over Oil Resources - A Study of Middle East Oil Concessions and Legal Change (1966); S. Siksek, The Legal Framework of Oil Concessions in The Arab World (1960); Sultan, Legal Nature of Oil Concessions, 21 Revue Egyptienne de Droit International 73 (1965).

منعقد می‌شود در حکم قرارداد آقطاع است، و ثالثاً، جایگاه حقوقی آقطاع، از سایر قراردادها متفاوت است.^{۱۳}

توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی براساس حقوق عمومی، در بسیاری از کشورهای عربی که از الگوی مصری که از سال ۱۹۲۳ به بعد متداول بوده، استفاده کرده‌اند، مبنای قانون اساسی یافته است. به این معنی که این کشورها در قانون اساسی خود اصلی را درج کرده‌اند که به موجب آن منابع طبیعی کشور جزء اموال عمومی است و دولت موظف است از آنها در راه تأمین منافع عامه به درستی بهره‌برداری کند.^{۱۴} این اصل، رسماً مورد تأیید کشورهای تولیدکننده نفت (اوپک) قرار گرفته و مضمون آن در اعلامیه معروف سال ۱۹۶۸ درباره سیاست نفتی کشورهای عضو گنجانده شده است.^{۱۵} به دنبال همین اعلامیه بود که از همان زمان به بعد در روابط کشور میزبان و شرکت‌های نفتی خارجی، تغییرات اساسی رخ داده و هنوز هم ادامه دارد.

در پرتو بررسی‌های تطبیقی معلوم می‌شود که قراردادهای نفتی جدید همانند سایر قراردادهای توسعه اقتصادی که موضوع آنها بهره‌برداری از منابع طبیعی است، دارای ویژگیهای مشترک و مهمی است که خود، زمینه‌ساز و خاستگاه پاره‌ای اصول کلی و عمومی است، مانند اصل اهمیت و توجه دولت در مورد بهره‌برداری (صحیح) از منابع طبیعی، حق دولت برای قانونگذاری و وضع مقررات، مفهوم قرارداد عمومی، و بالاخره اصل

13. See El-Kosheri, *Le Régime Juridique créé par les Accords de Participation dans le Domaine Pétrolier*, 147 *Recueil des Cours* 219, 342-343 (1975).

14. See e.g., *Kuwait Const.*, art. 21, reprinted and translated in *9 Constitutions of the Countries of the World*, Kuwait at 8 (A. Blaustein and G. Flanz eds. Looseleaf service).

15. *Declaratory Statement of Petroleum Policy in Member Countries*, Res. No. XVI. 90 of the Sixteenth OPEC Conference (Vienna, June 24-25, 1968), reprinted in *OPEC, OPEC Official Resolutions and Press Releases 1960-1980* at 80 (1980).

غیرقابل معامله بودن حقوق و اختیارات دولت در این زمینه‌ها. این اصول را مختصراً توضیح می‌دهیم.

۱- اهتمام و توجه دولت در مورد بهره‌برداری از منابع طبیعی

می‌توان گفت که امروزه به عنوان یک اصل کلی، مسأله بهره‌برداری از منابع طبیعی از جمله نفت، در سراسر جهان مورد توجه و اهتمام بخش عمومی و دولت است. دولتها، صرف نظر از مبانی نظری نظام اقتصادی‌شان، در مورد منابع طبیعی کشور اهمیت اساسی قائل‌اند. به همین لحاظ بهره‌برداری از منابع طبیعی معمولاً با مباشرت یا مداخله خود دولت به یکی از این شیوه‌ها انجام می‌شود: یا خود دولت دارای حق عمومی انحصاری برای اکتشاف و بهره‌برداری معادن مانند نفت، می‌باشد (مثلاً مالکیت ذخایر معدن توسط دولت، یا مشروط بودن بهره‌برداری و اکتشاف آن به اجازه دولت)؛ یا در مواردی که حق بهره‌برداری از معدن ناشی از مالکیت آن است که متعلق به اشخاص خصوصی است و نه دولت، دولت حق قانونگذاری و نظارت وسیع در مورد نحوه استفاده از حق بهره‌برداری را دارد (مانند وضع مقررات دولتی درباره مخزن معدن و تولید از آن).^{۱۶}

۲- حق قانونگذاری دولت

منشأ و مبنای حق قانونگذاری دولت معمولاً به یکی از دو طریق زیر توجیه می‌شود: یا ناشی از خود قرارداد است که حاوی مواد و شروط استاندارد در مورد حق دولت برای وضع مقررات نیز هست؛ و یا ناشی از اختیارات ذاتی و کلی دولت برای قانونگذاری است مانند حق وضع مقررات انتظامی یا مالیاتی. بنابراین حق دولت در مورد قانونگذاری و وضع

16. See Riad, supra note 8, at 44.

مقررات نسبت به قراردادهای بهره‌بردار از منابع طبیعی، دارای منشأ و ماهیتی دوگانه است: بخشی از آن درونی است و برخاسته از روابط قراردادی خاص بین شرکت خارجی و طرف دولتی است و بخشی از آن جنبه بیرونی دارد، یعنی ریشه در خارج از قرارداد دارد و مبتنی بر قانون اساسی است. این حق وضع مقررات، در هر دو حالت مظهر و نمودی است از وظیفه دولت در پیگیری و رعایت منافع عمومی.^{۱۷} مطالعه تطبیقی نظامهای حقوقی بزرگ به خوبی نشان می‌دهد که حق دولت که می‌تواند یکطرفه و بدون موافقت طرف مقابل، مبنای محاسبه حق الامتیاز یا مالیات را تعیین نماید، بطور وسیعی مورد قبول قرار گرفته است و در حقوق داخلی معاصر بسیاری از کشورها، حق تعیین میزان حق الامتیاز یا مالیات و امثال آنها به صرف تشخیص و صلاحدید مراجع دولتی واگذار شده است. این که دولت حق دارد برمبنای ملاحظاتی غیر از قیمت‌های بازار، در این زمینه‌ها تصمیم‌گیری نماید در قوانین داخلی بسیاری از کشورها مفهومی کاملاً آشنا و متداول است.^{۱۸}

در ایران، مطابق اصل ۴۴ قانون اساسی صنایع بزرگ، صنایع مادر، معادن بزرگ و سایر مواردی که در آن اصل ذکر شده به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است.

۳- مفهوم قراردادهای عمومی (دولتی)

هرچند شروط حقوقی خاصی که در هر قرارداد عمومی اعمال می‌شود، حسب مورد متفاوت است اما روشن است که ساختار اصلی آنها تابع مفهوم کلی قراردادهای (حقوق) عمومی یا دولتی (public contracts)

17. Id.

18. See El-Kosheri, supra note 13, at 280.

است و متأثر از آنها می‌باشد.^{۱۹} قراردادهای دولتی از دو ویژگی اصلی برخوردارند: اولاً طرف خصوصی قرارداد در احداث و اجرای یک واحد بزرگ عمومی و مشخص، از یکسو به طور غیرمستقیم به یک عضو یا شریک اجرایی دولت تبدیل می‌شود. ثانیاً و از سوی دیگر، مشمول و موضوع پاره‌ای شرایط اجباری می‌شود که به موجب آنها طرف دولتی قرارداد از حقوق ویژه و امتیازات خاصی برخوردار است. بنابراین، عنوان عام قراردادهای دولتی نه تنها مفهوم فرانسوی «قرارداد اداری» را دربر می‌گیرد، بلکه مفهوم قراردادهای مشابه در حقوق امریکا و انگلیس را نیز در خود دارد. مفهوم «حق و امتیاز ویژه دولت»^{*} در قراردادهای دولتی، همانطور که تورپین می‌گوید، «مشخصاً راجع است به این که دولت حق دارد به صورت یکجانبه پاره‌ای اقدامات و تصمیمات را نسبت به قرارداد اتخاذ و اعمال نماید».^{۲۰}

۴- اصل غیرقابل معامله بودن حقوق دولت

از مطالعات تطبیقی و نیز از آنچه در بالا گفتیم، این «اصل کلی» به دست می‌آید که در مواردی که دولت با اشخاص خصوصی قراردادی منعقد می‌کند، حقوق قانونگذاری و اختیار وضع مقررات را برای خود حفظ می‌کند و این حقوق قابل معامله و واگذاری نیست. بنابراین، می‌توان گفت این یک اصل کلی است که حق دولت برای انعقاد قرارداد، محدود و مشروط است به این که دولت نمی‌تواند حقوق و وظایف حکومتی را به موجب قرارداد ساقط یا از آن صرف‌نظر کند.^{۲۱}

19. See Turpin, Public Contracts, 7 International Encyclopedia of Comparative Law 5 (1982).

*. State prerogatives.

20. Id. at 27.

21. See W. Friedmann, The Changing Structure of International Law 201 (1964).

همانطور که اشاره شد، اصل ۴۴ و اصل ۴۵ قانون اساسی ایران اصول و موازینی را درباره بخش‌های مختلف نظام اقتصادی کشور و نیز ثروت‌های عمومی (مانند معادن) پیش‌بینی کرده و حسب مورد آنها را به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت، یا در اختیار حکومت اسلامی دانسته است. در ذیل هر دو اصل مذکور مقرر شده تفصیل ضوابط و نیز ترتیب استفاده از آنها را قانون معین می‌کند.

ب - حقوق بین‌الملل

از نظر حقوق بین‌الملل، توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی بر مبنای حقوق عمومی، در قطعنامه‌های سازمان ملل^{۲۲} و نیز اعلامیه‌های بین‌المللی مانند «اعلامیه سیاست‌گذاری نفتی اوپک»^{۲۳} که در واقع انعکاس ماهیت حقوق عمومی قراردادهای بهره‌برداری از منابع نفتی بود و باعث دگرگونی عمیقی در این زمینه شد، مورد حمایت قرار گرفته است.

گرچه مفاد قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و سایر اعلامیه‌های بین‌المللی از نظر حقوقی از جمله قواعد الزام‌آور حقوق بین‌الملل به شمار نمی‌رود، اما به هر حال در این قطعنامه‌ها از موضع کشورهای جهان سوم مبنی بر این که منابع طبیعی و بویژه منابع نفتی آنها بخش مهمی از ثروت ملی کشورها را تشکیل می‌دهد، حمایت شده است. بنابراین، بهره‌برداری و استفاده از این منابع از جمله وظایف دولتها است که باید در جهت تأمین منافع ملی و عمومی صورت گیرد. از این رو، وقتی یک

22. See Resolution on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, G.A. Res. 1803, 18 U.N. GAOR Supp. (No. 17) at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962); Resolution on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, G.A. Res. 2158, 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 29, U.N. Doc. A/RES/2158 (1966).

23. See supra note 15.

شرکت خصوصی به موجب قراردادی که با دولت منعقد می‌نماید در بهره‌برداری از این منابع مشارکت می‌کند، در واقع به معنای همکاری و مشارکت با دولت میزبان در توسعه منابع طبیعی آن کشور است.

ج - آراء داوری بین‌المللی و فراملی

بعضی مراجع حقوق بین‌الملل، با استعانت از آراء داوری بین‌المللی و فراملی توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی بر مبنای حقوق عمومی را تأیید کرده‌اند. چون دیوان‌های داوری فراملی برای توصیف قرارداد از قانون کشور مقرر (*lex fori*) تبعیت نمی‌کنند، لذا شیوه تطبیقی که توسط نویسندگانمانند «رابل» و پیروان او^{۲۴} مطرح شده، نزد آنها معقول‌ترین و صحیح‌ترین روش برای توصیف قرارداد به شمار می‌رود. هیأت داوری در پرونده آرامکو،^{۲۵} راه را برای آنچه می‌توان «توصیف قرارداد به شیوه فراملی» نامید هموار ساخت، و برای این که عناصر ثابت یک نهاد حقوقی را با تجزیه و تحلیل آن معلوم کند، نه تنها به شیوه‌های حقوق تطبیقی و اصول کلی حقوقی مراجعه کرد، بلکه به رویه قضایی نیز توسل جست.^{۲۶} در واقع، سه مرحله‌ای که برای توصیف قرارداد در رأی آرامکو مطرح شده، همان سه مرحله‌ای است که در شیوه تطبیقی مورد نظر «رابل» پیشنهاد شده است، و باید به صورت متوالی یکی در پی دیگری طی شود. به این معنی که دیوان داوری مربوط باید در مرحله نخست، به کمک شیوه‌های حقوق تطبیقی اطلاعات پایه را از نظامهای مختلف حقوق داخلی که نمایانگر فرهنگ‌های حقوقی بزرگ جهانی باشند، هرچه بیشتر جمع‌آوری نماید. در مرحله دوم، با بررسی و مطالعه این داده‌ها اصول کلی مشترک آن نظام‌ها را

24. See E. Rabel, 1 The Conflict of Laws: A Comparative Study 54-66 (1958).

25. Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco), 27 I.L.R. 117 (1958).

26. Id. at 158.

استخراج می‌کند، و بالاخره در مرحله سوم، دیوان داوری با تجزیه و تحلیل علمی روابط حقوقی مشخص در پرتو تکنیک‌های فنی حقوقی که اصول کلی مربوط را تشکیل می‌دهد، توصیف واقعی و مناسب قرارداد را به دست می‌دهد.

در پرونده آرامکو، هیأت داوری با روش تطبیقی خاصی که برای توصیف قرارداد موضوع اختلاف به کار گرفت، راه دیگری را دنبال کرد، به این معنی که برای تعیین ماهیت حقوق عمومی یا حقوق خصوصی قرارداد امتیاز، نظام حقوق عربستان سعودی را مناسب و صالح دانست، اما با این استدلال که عربستان فاقد نظام حقوق اداری قابل مقایسه با فرانسه می‌باشد،^{۲۷} توصیف قرارداد به عنوان یک قرارداد حقوق عمومی (دولتی) را رد کرد. برعکس، در پرونده بی - پی^{۲۸} داور منفرد (گونار لاگرگرن) توصیف قرارداد براساس حقوق داخلی را به همان ترتیب که در نظریه حقوقی مشاور بی - پی در توضیح قوانین لیبی آمده بود و گفته بود «طبق قوانین لیبی، قرارداد امتیاز در شمار قراردادهای اداری است» کافی دانست.^{۲۹}

در پرونده لیامکو،^{۳۰} داور منفرد (دکتر صبحی محمصانی) بحث خود را با بیان این که «قراردادهایی از آن نوع که در این داوری مطرح است، قراردادهای نیمه دولتی (عمومی) می‌باشند» آغاز کرد،^{۳۱} و سپس با توضیح ویژگی‌های قراردادهای مذکور - مانند این که طرفین این نوع قراردادها

27. Id. at 164-165.

28. BP Exploration Co. (Libya) Ltd. (BP) v. Government of the Libyan Arab Republic, 53 I.L.R. 297 (1979).

29. Id. at 324.

30. Libyan American Oil Co. (Liamco) v. Government of the Libyan Arab Republic, 20 I.L.M. 1 (1981).

31. Id. at 29.

اشخاص خصوصی معمولی نیستند، هدف از قرارداد، بهره‌برداری درازمدت از منابع طبیعی است، و حاوی شروط خاصی است مانند شرط مربوط به برخورداری دولت از حقوق و امتیازات ویژه - چنین نتیجه‌گیری نمود که «گرچه قرارداد امتیاز از ماهیت دوگانه حقوق عمومی و حقوق خصوصی برخوردار است، اما به هر حال ماهیت توافقی و قراردادی آن که مبتنی بر تراضی طرفین است، ویژگی غالب آن است».^{۳۲} لازم به یادآوری است که ماهیت توافقی بودن این قراردادها مورد اختلاف و نزاع نیست، و این که دکتر محمصانی بر این نکته انگشت گذاشته، به پاسخ این سؤال که بالاخره قرارداد امتیاز در شمار قراردادهای حقوق عمومی هست یا نه، کمکی نمی‌کند. با این همه، از مفاد رأی صادره در پرونده لیامکو که اصول و موازین حقوق خصوصی را نسبت به قرارداد اعمال کرده، چنین برمی‌آید که از نظر وی ماهیت حقوق خصوصی روابط قراردادی طرفین نسبت به جنبه‌های حقوق عمومی آن غلبه دارد.

و بالاخره، در پرونده «تاپکو» داور منفرد (پروفسور دوپوئی) به مسیر اصلی بحث نزدیک‌تر شده، زیرا دستکم به این مسأله پرداخته که «آیا مفهوم «قرارداد اداری» در حقوق فرانسه، یک اصل کلی حقوقی است که به حد کفایت، بطور گسترده و مسلم در سیستم‌های حقوقی مهم جهان پذیرفته شده، یا نه».^{۳۳} دوپوئی به این پرسش جواب منفی داده است، که البته جوابی است پرسش‌انگیز و پرگفتگو، زیرا اگر به نامگذاری و به ظاهر لفظ «قرارداد اداری» حساسیت نشان ندهیم، و بجای آن به ماهیت و محتوای حاصل از بررسی تطبیقی نظام حقوقی در کشورهای مختلف توجه

32. Id. at 30.

33. Topco, supra note 1, at 21.

کنیم، معلوم می‌شود که مفهوم قراردادهای عمومی، یک مفهوم حقوقی مستقل است که در سطح جهانی پذیرفته شده است.^{۳۴}

ایراد جدی‌تر و مهم‌تر دوپوئی به ماهیت حقوق عمومی قراردادهای امتیاز لیبی به این واقعیت برمی‌گشت که قرارداد تحت رسیدگی او حاوی «شرط ثبات» بود که به عقیده دوپوئی وجود این شرط فی‌نفسه به معنای فقدان هرگونه «شرط فراتر از قانون عادی»^{*} در قرارداد است که وجود آن برای این که روابط حقوقی طرفین را به سطح «قرارداد اداری» ارتقاء دهد و به آن ماهیت حقوق عمومی القاء کند، لازم است.^{۳۵} به عبارت دیگر، به نظر شادروان پروفیسور دوپوئی وجود «شرط ثبات» در قرارداد، مانند آنچه در ماده ۱۶(۲) قراردادهای امتیاز لیبی آمده بود، اساساً ماهیت حقوقی آن را عوض کرده است، و با توجه به این که طبق «شرط ثبات» لیبی حق نداشت به استناد حق خاص دولت، شروط قرارداد را به صورت یکطرفه تغییر دهد، دیگر نمی‌توان آن را از جمله قراردادهای حقوق عمومی دانست.^{۳۶} البته این استدلال دوپوئی قبلاً از جانب نویسندگان و اساتید بزرگ حقوق فرانسه مورد بحث قرار گرفته و رد شده بود. بویژه، در یک گردهمایی به سال

۳۴. رجوع شود به پاورقی ۲۰ - ۱۹ و متن مربوط به آنها.

*. Clause exorbitante du droit commun: مفهوم «شرط فراتر از قانون عادی» یا «شرط گزاف» یک مفهوم حقوق اداری در فرانسه است و به این معنی است که در قراردادهای اداری که دولت منعقد می‌کند شرطی درج شود که مفاد آن بطور چشمگیر فراتر از حقوق مدنی (خصوصی) متداول باشد. به نظر بعض نویسندگان شرط فراتر از حقوق مدنی آن است که محتوی و مفاد آن نیز غیرقانونی و غیرمشموع باشد اما از لحاظ رویه قضایی، هر شرطی که در قراردادهای بین اشخاص متداول نباشد، «شرط فراتر از حقوق مدنی» است.

35. Topco, supra note 1, at 19-21.

متن ماده ۱۶ بند ۲ قرارداد تاپکو درباره شرط ثبات چنین است: «این قرارداد، در طول مدت اعتبار آن طبق قانون نفت و مقرراتی که در تاریخ امضای قرارداد اصلاحی که به موجب آن، این شرط در قرارداد درج شده است، تفسیر می‌شود. اصلاح یا لغو مقررات مذکور، بدون رضایت شرکت تاپکو هیچ تأثیری بر حقوق قراردادی شرکت تاپکو نخواهد داشت» (همان منبع، ص ۴).

36. Id. at 19-21.

۱۹۵۸ که موضوع آن تضمین حقوق و امنیت سرمایه گذاری در حوزه معادن و نفت بود، پروفیسور «دولابادر» به همین موضوع پرداخت و چنین پاسخ داد:

«به نظر من، برای توضیح مفهوم تجاوز از قانون عادی، یک استاد فرانسوی برای دانشجویانش، نمی تواند نمونه ای بهتر از شروط قراردادی موسوم به شرط ثبات که طبق آن دولت موافقت می کند که قوانین جدید را که احیاناً مؤثر در اجرای قرارداد است، نسبت به طرف (خارجی) مقابل اجرا نکند، بیابد. البته، همانطور که در قانون فرانسه هم پیش بینی شده، دولت می تواند به طرف قراردادی اش در مورد آنچه که ما «رژیم قانونگذاری درازمدت» می نامیم و قانون هم آن را به همین نام می خواند، تضمین ها و اطمینان های لازم را بدهد. و ایرادی ندارد، اما این که چنین شرطی را تجاوز از قانون عادی ندانیم، قبول آن برای من، به راستی دشوار است».^{۳۷}

در توجیه صحت و اعتبار حقوقی «شرط ثبات» از نظر مبانی حقوق عمومی گفته می شود که طرف دولتی قرارداد حق دارد به عنوان دولت چنین شرطی را در قرارداد بپذیرد و خود را به آن ملتزم سازد. بدین قرار، درج شرط ثبات به عنوان یک شرط الزام آور قراردادی، به این معنی است که دولت طرف قرارداد در مقام اعمال حاکمیت و در محدوده اختیارات خود موافقت می کند پاره ای مصونیت های تقنینی را به طرف خصوصی قرارداد اعطاء و به نفع او برقرار نماید. تجربه عملی نیز صحت نظر پروفیسور «دولابادر» و همفکران او در مورد شرط ثبات را نشان داده است،

37. Colloquium held by the Association de Droit Minier et Pétrolier on Sécurité des Droits et Investissements Miniers et Pétroliers at Aix-en-Provence on May 2-3, 1958. Actes du Colloque at 90.

زیرا اختیار دولت در موافقت با این که قانون حاکم بر قرارداد، به قوانین جاری در زمان انعقاد قرارداد محدود و تثبیت شود (شرط ثبات)، در عین حال که یک حق خاص و امتیاز ویژه است که فقط دولت از آن برخوردار است، محدودیت‌هایی نیز دارد و مطلق نیست.

از لحاظ دکتترین نیز، نویسندگان و صاحب‌نظران حقوقی که با توصیف ماهیت قراردادهای توسعه اقتصادی براساس شیوه حقوق تطبیقی آشنا هستند، اغلب با توصیف این قراردادها به عنوان قراردادهای حقوق عمومی و دولتی موافق‌اند. مطالعات حقوقی هم نشان می‌دهد که از نظر حقوق قراردادها در کشورهای مختلف نیز قراردادهای توسعه اقتصادی در شمار قراردادهای دولتی یا عمومی محسوب می‌شوند. به عقیده صاحب‌نظران، افول مفهوم کلاسیک قرارداد، مدت‌ها است که راه را برای تحول در این مفهوم گشوده تا بتواند با تحولات و تغییرات مهمی که رخ داده، همسو و هماهنگ شود.³⁸ شادروان پروفیسور «ولف گانگ فریدمن» از نخستین نویسندگان حقوق بین‌الملل بود که دریافت الگوی قرن نوزدهمی قراردادهای خصوصی که بسته و ایستا بود، جای خود را به الگوی جدیدی سپرده که برطبق آن گونه‌های پویا، متحول و عمومی قرارداد بطور مشهود به رویه غالب تبدیل می‌شود. «فریدمن» با بیان مطلب زیر، راه را برای درک بهتر این واقعیت حقوقی جدید هموار ساخته است:

«امروزه، مشکل می‌توان حوزه‌ای از حقوق خصوصی را به درستی دریافت که از آمیزش عمیق و اغلب مؤثر با حقوق عمومی برکنار مانده باشد ... در حقوق عرفی (کامن‌لا) گونه‌ای از قراردادهای دولتی بوجود آمده که گرچه از حیث نظری نوعی قرارداد خصوصی است، اما

38. See P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, ch. 22 (1979); Baker, *From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?*, 32 *Current Legal Probs.* 17 (1979).

مشخصاً یک سلسله اصول حقوق عمومی از آنها به دست می‌آید که بسیار شبیه همان اصول قراردادهای دولتی در مفهوم حقوق فرانسه می‌باشند».^{۳۹}

اهمیت توصیف قراردادهای توسعه اقتصادی به عنوان قراردادهای دولتی و در معنای حقوق عمومی هنگامی بیشتر روشن می‌شود که بخواهیم تأثیر آن را بر تعیین اصول و قواعد حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی بررسی کنیم. البته تأکید می‌کنیم که اصول و قواعدی که متناسب با اقتضائات ناشی از جنبه‌های حقوق عمومی این قراردادها به عنوان صبغه غالب آنها، طراحی و تدوین شده، به هیچ‌وجه به این معنی نیست که اصول و قواعد ناظر به قراردادهای خصوصی باید کنار گذاشته شود. در حقیقت، به موجب سیستم‌های گوناگون حقوق داخلی، قانون قرارداد — که همان قانون حاکم بر روابط معمولی قراردادی بین اشخاص خصوصی است — یک چارچوب و بستر کلی را می‌سازد که اصول و قواعد ذی‌ربط حقوق عمومی نیز به عنوان یک نوع قانون خاص که صرفاً در حوزه محدودی اعمال می‌شوند، به آن چارچوب افزوده می‌شود و وارد آن می‌گردد.

مهم‌ترین بخش از قواعد حقوق عمومی که وارد رژیم قانونی حاکم بر قراردادهای نفتی می‌شود، قواعد و مقررات مربوط به حقوق ویژه دولت است که در واقع جلوه حاکمیت دولت است، مانند اعمال حاکمیت بر ثروتها و منابع ملی (نفت و امثال آن)، حق قانونگذاری، وظیفه دولت در حفظ منافع ملی و رعایت غبطه کشور و در عین حال حفظ تعادل قراردادی و احترام به اصل وفای به عهد و اجرای قرارداد. ایجاد موازنه و سازگاری

39. Friedmann, The Uses of General Principles in the Development of International Law, 57 AJIL 279, 281 (1963). See also G. Gilmore, The Death of Contract (1974).

میان این دو کار - اعمال حاکمیت دولت و در عین رعایت حقوق و منافع قراردادی طرف خارجی - باید در چارچوب قانون حاکم بر قرارداد صورت گیرد. موضوع اغلب دعاوی نفتی که شرکت‌های خارجی علیه کشورهای طرف قرارداد مطرح کرده‌اند و به علت نقض قرارداد توسط دولت گرامت مطالبه نموده‌اند حول همین محورها است که در بخش بعدی این مقاله مورد بحث قرار گرفته است.

نشانه‌های بازگشت به قانون داخلی کشور میزبان

شواهد گوناگونی وجود دارد که نشان می‌دهد تلاشهایی که دیرزمانی برای توجیه کنار گذاشتن قانون داخلی کشور میزبان سرمایه‌گذاری به عمل می‌آمد، فرو کاسته و دیگر مطلوب نیست. در بین این شواهد، سه نشانه، اساسی‌تر و مهم‌تر است: اولین نشانه، روند رو به فزونی نمونه‌ای از شرط انتخاب قانون حاکم است که به موجب آن بالصرحه قوانین داخلی کشور محل اجرای قرارداد یعنی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم تعیین می‌شود. نشانه دوم عبارت است از روند قبول صلاحیت اجباری نظام حقوقی کشور میزبان (مانند مقررات مربوط به نظم عمومی که جنبه آمره دارد) نسبت به بعضی جنبه‌های قرارداد، ولو این که قانون آن کشور به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نشده باشد. و بالاخره دلیل سوم، عبارت است از ترک شیوه موسوم به «گزینش منفی» (negative choice) که قبلاً رایج بود و سعی می‌شد با توسل به آن حکومت قوانین داخلی کشور میزبان نسبت به قرارداد نفی شود با این استدلال که وقتی در قرارداد بالصرحه ذکر نشده قانون داخلی طرف دولتی حاکم بر آن خواهد بود، باید مفروض دانست که قصد ضمنی طرفین این بوده که قراردادشان تابع قانون داخلی نباشد (گزینش منفی).

محتوا و مضمون هریک از این سه نشانه را که حاکی از پذیرش مجدد قانون داخلی به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای نفتی است، ذیلاً بررسی می‌کنیم.

الف - انتخاب قانون داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم بر

قرارداد

برای اجتناب از هرگونه سوء تفاهم، لازم است ابتدا چند نکته مقدماتی را روشن کنیم.

نکته اول، بطور کلی طرفین هر قرارداد آزادند هر قانونی را که خود مناسب می‌دانند، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب و در قرارداد ذکر کنند. در عین حال، طرفین می‌توانند توافق‌ها و تراضی‌های خود در مورد موضوعات ماهوی مختلف را نیز به صورت شرط، در قرارداد بیاورند. موضوع آن انتخاب مرحله نخست همانا توافق بر قانون ماهوی حاکم بر قرارداد است، به این معنی که طرفین در بالاترین سطح حقوق بین‌الملل خصوصی اراده آزاد خود را اعمال می‌کنند که اصطلاحاً «حاکمیت اراده درجه اول» نامیده می‌شود (first degree party autonomy) اما موضوع و محتوای انتخاب طرفین در مورد پاره‌ای شروط ماهوی قراردادی که توافق‌ها و راه‌حل‌های مرضی‌الطرفین را در مرحله ثانوی بعد از قانون قرارداد نشان می‌دهد، اصطلاحاً «حاکمیت اراده درجه دوم» (second degree party autonomy) خوانده می‌شود.

این تفکیک بنیادی در مورد اعمال اصل حاکمیت اراده و سطوح آن، مادام که طرفین براساس حاکمیت اراده از درجه دوم، شروط ماهوی قراردادی را صریحاً تعیین و بطور کامل در قرارداد ذکر کرده باشند، مشکل عملی در پی نخواهد داشت، (مانند درج شرط مربوط به فورس ماژور، عسر و حرج، یا موارد فسخ قرارداد). دشواری هنگامی رخ می‌نماید که طرفین بجای این که محتوای توافق خود را به صورت مشخص در قرارداد بگنجانند، صرفاً به ارجاع به پاره‌ای مقررات و منابع حقوقی بیرون از قرارداد اکتفا کنند و مثلاً بجای این که توافق‌های خود در مورد فورس

ماژور را بطور کامل و به صورت بخشی از قرارداد ذکر نمایند، طی ماده کوتاهی به مجموعه‌ای از مقررات ذی ربط در خارج از قرارداد، ارجاع کنند و به همین اندازه اکتفا نمایند که در صورت وقوع فورس ماژور مطابق مفهوم فورس ماژور، آن چنان که در حقوق بین‌الملل عمومی پذیرفته شده عمل خواهد شد. در این صورت، طرفین درباره فورس ماژور یک شرط ماهوی در قرارداد خود آورده‌اند اما به مقررات حقوق بین‌الملل در این زمینه به عنوان یک منبع خارج در قرارداد ارجاع داده‌اند. در نتیجه، صرف نظر از این که قانون ماهوی حاکم بر قرارداد چه باشد، قواعد و اصول حقوق بین‌الملل درباره فورس ماژور نیز از طریق همین ارجاع که در واقع محصول توافق طرفین است، وارد قرارداد می‌شود و بخشی از شروط قراردادی را تشکیل می‌دهد.

باری، تفکیک بین سطوح اعمال حاکمیت اراده (درجه اول و درجه دوم) صرفاً جنبه آکادمیک (نظری) ندارد، بلکه آثار عملی مهمی را به دنبال می‌آورد. بطور کلی، در مواردی که طرفین قانون خاصی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب و در قرارداد شرط کرده باشند مسلماً همان قانون به عنوان یک نظام حقوقی عینی و مشخص، بر روابط قراردادی ایشان حکومت می‌کند و قرارداد را از جمیع جهات در حوزه شمول خود می‌گیرد. لکن در مواردی که طرفین یک نظام حقوقی بیرونی را کلاً یا جزئاً از طریق ارجاع انتخاب می‌کنند، محتوای آن صرفاً به عنوان شرط قراردادی مورد توافق، قابل اعمال و اجرا خواهد بود.⁴⁰

اهمیت این تفکیک هنگامی بیشتر مشخص می‌شود که به یاد آوریم اصولاً انتخاب صریح قانون حاکم بر قرارداد و درج آن در قرارداد، به معنای کنار نهادن هر قانون دیگری، از جمله مقررات آمره آن است که در

40. See A. Dicey and J. Morris, 2 The Conflict of Laws 758 (10th ed. 1980).

غیاب چنین انتخابی، قانون مناسب و حاکم بر قرارداد می‌بود. لکن، در صورتی که صرف ارجاع به یک منبع حقوقی بیرون از قرارداد به عنوان یکی از شروط قرارداد، مانع از اعمال و اجرای مقررات آمره قانون حاکم که قرارداد تابع آن است، نمی‌شود.

اثر عملی مهم دیگری که بر تفکیک بین اعمال حاکمیت اراده از درجه اول و درجه دوم به دنبال دارد، هنگامی است که قانون منتخب طرفین در فاصله زمانی بین انعقاد قرارداد و اجرای آن تغییر کند و اصلاح شود. چنانچه طرفین قانون خاصی را بالصراحه و مستقیماً به عنوان قانون حاکم انتخاب و در قرارداد ذکر کرده باشند، طبعاً اصلاحات و تغییرات بعدی آن قانون نیز شامل قرارداد می‌شود. اما در صورتی که منابع و مقررات بیرون از قرارداد صرفاً از طریق ارجاع مورد توافق قرار گرفته باشد، معمولاً چنین تلقی می‌شود که قصد طرفین فقط ناظر به محتوای آن منبع حقوقی به همان صورت که در تاریخ انعقاد قرارداد وجود داشته، بوده و در نتیجه تغییرات بعدی آن شامل قرارداد نخواهد شد.^{۴۱}

نکته دوم، اصولاً طرفین ملزم نیستند در مقام انتخاب قانون حاکم، قانون داخلی یک کشور خاص یا ترکیبی از قوانین داخلی کشورها را انتخاب کنند بلکه، حداقل از لحاظ نظری، آزادند که حقوق بین‌الملل عمومی را نیز به عنوان نظام حقوقی حاکم بر قرارداد، تعیین نمایند.^{۴۲} اما در عرصه عمل، مشکل می‌توان تصدیق کرد که اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بتواند به تنهایی کلیه جهات و جنبه‌های قرارداد را دربرگیرد و تنظیم نماید، زیرا هنوز یک نظام حقوقی خود-بسند بنام «حقوق

41. Id. at 759.

42. Id. at 767. See also G. Delaume, *Transnational Contracts*, ch.1, para. 1.01 (Apr. 1986 updating).

بین‌المللی عمومی قراردادها» بوجود نیامده است.^{۴۳} به علاوه، حقوق بین‌الملل ناظر به روابط بین تابعان یا موضوع‌های حقوق بین‌الملل یعنی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است و ربطی به اشخاص خصوصی و شرکتهای تجاری ندارد. بنابراین، حقوق بین‌الملل - که در معنای سنتی آن «حقوق ملل» یا «حقوق بین دولتها» نیز نامیده می‌شد - فقط می‌تواند بخشی از قانون حاکم بر قرارداد باشد، به این معنی که همچون چتری قانون داخلی را که ابتدائاً و در وضع اولیه قانون مناسب قرارداد است، تحت نظارت و کنترل خود گیرد و بر آن سایه افکند.

نکته سوم، در مقطع فعلی از روند تحولات حقوقی ادعای این که یک نظام حقوقی ثالث وجود دارد که نه حقوق داخلی است و نه حقوق بین‌الملل، بلکه در منطقه آزاد بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی شناور است، و یک نظام خود - سامان فراگیر و منسجم را به درستی رقم می‌زند و طرفین می‌توانند آن را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خود برگزینند و بکار گیرند؛ ادعای درست و به جایی نیست.^{۴۴}

استقصای نمونه‌های قراردادهای نفتی موجود نشان می‌دهد که فقط یک نمونه وجود دارد که در آن ضمن شرط قانون حاکم بر قرارداد، به بعض عناصر و منابع حقوقی فوق داخلی (غیرداخلی - غیربین‌المللی) اشاره و ارجاع شده است، و آن ماده ۲۸ قراردادهای امتیاز لیبی است که چنین می‌گوید:

43. See Friedmann, Some Impacts of Social Organization on International Law, 50 AJIL 475, 484 (1956).

44. اکثریت اعضای انستیتوی حقوق بین‌الملل این پیشنهاد را که در قطعنامه مربوط به قانون حاکم در قراردادهای بین دولت و اشخاص خصوصی خارجی عبارت «حقوق فراملی و/یا حقوق بازرگانی فراملی» (*lex mercatoria*) گنجانده شود، رد کردند. رک.

58 Annuaire de l'Institut de Droit International, Part 2, at 192, (Athens Session, 1979).

« این قرارداد امتیاز بر طبق اصول حقوق لیبی چنان که با اصول حقوق بین‌الملل مشترک باشد، و در صورت فقدان چنین اصول مشترکی، مطابق اصول کلی حقوقی، و از آن جمله اصول کلی حقوقی که دیوان‌های بین‌المللی اعمال کرده‌اند، اجرا و تفسیر خواهد شد.»^{۴۵}

سایر نمونه‌های شرط قانون حاکم در قراردادهای نفتی که در دسترس است، صرفاً جنبه تاریخی دارند، زیرا متن آنها بعدها تغییر کرده و با شروطی جایگزین شده که در آنها هیچ اشاره‌ای به «اصول مشترک» یا «اصول کلی حقوقی» و امثال آنها نشده است.^{۴۶} در عین حال جالب است بدانیم برخلاف استدلالی که در رأی پرونده «تاپکو» آمده، تفسیر و اجرای درست شرط قانون حاکم در قراردادهای حق‌الامتیاز لیبی، عیناً به همان نتیجه‌ای منجر می‌شود که قانون داخلی دولت طرف قرارداد به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شده باشد. بحث و تفصیل این نکته را به بعد وامی‌گذاریم^{۴۷} و در اینجا تفسیر خود را از ماده (۷) ۲۸ قرارداد لیبی بیان می‌کنیم.

نخست، به نظر می‌رسد مقصود طرفین از عبارت اصول حقوق داخلی لیبی که با اصول حقوق بین‌الملل مشترک باشد، اشاره به قواعد مشترک در

45. See Topco, supra note 1, at 11; BP, supra note 28, at 303; Liamco, supra note 30, at 33.

۴۶. قرارداد امتیاز ایران - انگلیس (۱۹۳۳) که به منابع حقوق بین‌الملل عمومی اشاره کرده بود، با قرارداد کنسرسیوم ۱۹۵۴ جایگزین شد که ماده ۴۶ آن درباره قانون حاکم مشهور است:

« از آنجا که تابعیت طرفین این قرارداد مختلف است، حکومت و تفسیر این قرارداد تابع اصول حقوقی مشترک با حقوق ایران و سایر کشورهایی که طرفهای این قرارداد در آنجا تشکیل شده‌اند، و سپس بر طبق اصول حقوقی که ملل متمدن بطور کلی به رسمیت شناخته‌اند، شامل اصولی که دیوان‌های دآوری اعمال می‌کنند، خواهد بود.»

البته ایران و سایر کشورهای صادرکننده نفت بعداً این شیوه تعیین قانون حاکم را کنار نهادند. رجوع شود به پاورقی ۵۵-۵۳ و متن مربوط به آنها.

۴۷. رک. ص ۸۴ به بعد.

هر دو نظام حقوقی است به منظور تعیین و استخراج آن دسته از اصول انتزاعی حقوقی که بر پایه آن قواعد به دست می‌آید. دوم، معنای اشاره به اصول حقوق بین‌الملل عمومی در ماده یاد شده، استثنا کردن قانون کشور میزبان (لیبی) به عنوان قانونی که در وضع اولیه و ابتدائاً حاکم بر قرارداد بوده است، نمی‌باشد، بلکه صرفاً مبنایی برای سنجش به دست می‌دهد که بر طبق آن اجرای قانون داخلی لیبی تا جایی دوام می‌آورد و معتبر است که مبتنی بر همان اصولی باشد که با اصول حقوق بین‌الملل عمومی — خواه عرفی یا عهدنامه‌ای — مشترک است. به دیگر سخن، هدف و کارکرد قواعد حقوق بین‌الملل عمومی در سیاق ماده مذکور، به دست دادن یک ضابطه کنترل، در معنای نوعی نظم عمومی قراردادی است که سیستم حقوق داخلی کشور میزبان (لیبی) باید در پرتو آن ارزیابی و بررسی شود تا بتواند وصف «قانون حاکم بر قرارداد» را به دست آورد. سوم، در صورتی که با به کارگیری این ضابطه (تست) معلوم شود که اصول ذی‌ربط در حقوق داخلی کشور میزبان در یک موضوع بخصوص با اصول حقوق بین‌الملل هماهنگ و همخوان نیست، آن‌گاه همان اصل حقوقی ناهماهنگ، تاجایی که لازم باشد، با یک نظام حقوقی فرعی که متضمن اصول کلی حقوقی متداول در نظام‌های حقوقی بزرگ جهان است، جایگزین می‌شود.

تفسیری که از ماده مذکور بیان کردیم با آنچه در ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون حل و فصل اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) آمده است، هماهنگ و همسو است.^{۴۸} در هر دو مورد، قانون حاکم در وهلهٔ نخست و علی‌الظاهر (*prima facie*) عبارت است از قوانین داخلی کشور میزبان،^{۴۹} اما اگر معلوم شود که حقوق داخلی آن کشور مبتنی بر اصولی

48. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Mar. 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159 [hereinafter cited as Convention].

۴۹. ماده ۴۲ (بند ۱) کنوانسیون ایکسید، چنین است:

است که با اصول متناظر آن در حقوق بین‌الملل هماهنگ و همسو نیست، آن‌گاه می‌توان قانون داخلی مذکور را کنار گذاشت.*

در قراردادهای نفتی جدید نه تنها بین‌المللی کردن حتی بخش‌هایی از قرارداد حذف شده، بلکه فراتر از آن، به صورت اثباتی و صریح در قرارداد ذکر می‌شود که قوانین داخلی طرف دولتی، قانون حاکم بر قرارداد است. در قراردادهای توسعه نیز طبق همین رویه جدید، طرفین قرارداد هرچه بیشتر به این روند پیوسته‌اند و با ذکر صریح قانون داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم، در واقع بر ضابطه عینی و متداول رجوع به قانون داخلی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد (داخلی کردن قانون حاکم) مهر تأیید زده‌اند. این روند فزاینده را می‌توان در عکس‌العملی دید که دولتها به نام حاکمیت ملی در برابر تلاش‌هایی که نویسندگان غربی برای خارج کردن قرارداد از قلمرو حقوق داخلی به کار می‌گیرند تا تمام یا بخشی از قرارداد را از صلاحیت کشور میزبان خارج نمایند، از خود نشان می‌دهند.

در مقاله‌ای که به سال ۱۹۸۵ منتشر شده،^{۵۰} سی و یک مورد از قراردادهای توسعه اقتصادی شمارش شده که پس از پایان دوره استعمار و اعلام استقلال کشورهای میزبان در افریقا، آسیای جنوب شرقی، امریکای لاتین و استرالیا منعقد شده است. در این قراردادها، ماده‌ای درج شده که کمابیش شبیه ماده (۱) ۳۲ قرارداد منعقد شده بین اندونزی و «پی.تی. آنگی چمالی» است:

«دیوان داوری در مورد اختلاف، بر طبق قواعد حقوقی که طرفین توافق کرده‌اند، تصمیم می‌گیرد. در صورت فقدان توافق طرفین، دیوان داوری قوانین کشور طرف قرارداد (شامل قواعد تعارض قوانین آن) و نیز آن دسته از اصول حقوق بین‌الملل را که بتواند حاکم بر اختلاف باشد، اعمال می‌نماید.»

* یادآوری می‌شود که مفاد ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون ایکسید که متن آن را در پاورقی ۴۹ آوردیم، فی‌نفسه به معنای برتری و اولویت حقوق بین‌الملل بر قانون داخلی که در متن به آن اشاره شده و فرض شده، نیست.

50. See M. Bartels, Contractual Adaptation and Conflict Resolution (1985), *infra* pp. 277-288.

«این قرارداد، اجرای آن و عملیات آن تابع قانون جمهوری اندونزی است و بر طبق این قانون تفسیر و تبیین خواهد شد، مگر صریحاً طور دیگری در قرارداد مقرر شده باشد».^{۵۱}

درج شروط صریح و روشنی از این قبیل که به موجب آن طرفین توافق می‌کنند قوانین طرف دولتی قرارداد، حاکم بر قرارداد باشد، اینک به رویه غالب در قراردادهای نفتی کشورهای عضو اوپک بویژه پس از تحولات مهمی که در دهه ۱۹۷۰ در صنعت نفت رخ داده، تبدیل شده است. قراردادهایی که از آن تاریخ به بعد منعقد شده، از جمله قراردادهای مشارکت و انواع قراردادهایی که پس از گرفتن (مصادره) قراردادهای امتیاز سابق منعقد شده‌اند، بطور یکسان متضمن شرط صریح انتخاب قانون داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم می‌باشند.^{۵۲}

در بعضی کشورها، قوانینی وجود دارد که حکومت قانون داخلی را در قراردادهای توسعه الزامی کرده است مانند قانون نفت ایران مصوب ۱۹۷۴ (۱۳۵۳) که طبق جمله ذیل ماده ۲۳ آن «اعتبار و تفسیر و اجرای قراردادها تابع قانون ایران خواهد بود».^{۵۳} این قانون، در واقع شکل مدون همان رویه‌ای است که از سال ۱۹۶۹ به بعد بوجود آمده و هدف از آن تثبیت رویه مذکور و جلوگیری از عدول از آن است. در قراردادهای نفتی که ایران در دهه ۱۹۷۰ با شرکتهای ژاپنی، امریکایی، ایتالیایی، انگلیسی، آلمانی، فرانسوی و یا کانادایی منعقد کرده، گاه مقرر شده که «این قرارداد

51. Id. at 107, n. 22

جالب است بدانیم که این دوباره محلی کردن قرارداد (relocalization) با رویه کشورهای پیشرفته بویژه انگلیس و نروژ، در قراردادهایی که با شرکتهای نفتی خارجی منعقد می‌کنند، هماهنگ و همسو است. رک. Delaume, supra note 42, at ch. 1, para. 1.13.

52. See El-Kosheri, supra note 13, at 304.

53. See OPEC, Selected Documents of the International Petroleum Industry 1974, at 28 (1976).

مطابق قوانین ایران اجرا و تفسیر می‌شود و در مواردی که قرارداد ساکت باشد، مفاد قانون نفت ایران اجرا خواهد شد»^{۵۴} و گاه قید شده «این قرارداد تابع قوانین ایران است و بر وفق آن قوانین تفسیر خواهد شد»^{۵۵}. تنها قراردادی که ایران در این دوره زمانی منعقد نموده و فاقد شرط صریح حکومت قانون داخلی ایران و برگرداندن قرارداد به حوزه حقوق داخلی است، قرارداد کنسرسیوم سال ۱۹۷۳ است که بحثهای زیادی را نیز دامن زده است.^{۵۶} ماده ۲۹ این قرارداد که در واقع جانشین ماده ۴۶ معروف قرارداد کنسرسیوم قبلی (۱۹۵۴) است،^{۵۷} متضمن شرط قانون حاکم کاملاً متفاوتی است. متن این ماده ۲۹ چنین است:

«این قرارداد بر وفق قوانین ایران تفسیر خواهد شد. حقوق و تعهدات طرفین مطابق مقررات این قرارداد و تابع آن خواهد بود. هرگونه تغییر این قرارداد یا خاتمه دادن به آن پیش از انقضاء منوط به توافق طرفین است»^{۵۸}.

چنان که پیدا است، برعکس سایر قراردادهایی که ایران منعقد کرده، ماده ۲۹ قرارداد کنسرسیوم (۱۹۷۳) در مورد فروش نفت، بین قانون حاکم بر تفسیر قرارداد که قانون ایران است، و قانون ماهوی حاکم بر اجرای قرارداد که اشاره‌ای به قانون ایران نکرده، تفکیک قائل شده است. بعد از

54. See e.g., Article 38 of the Joint Structure Agreement concluded between the National Iranian Oil Co. and Amerada Hess Corp. on July 27, 1971, reprinted in 41 Middle East: Basic Oil Laws and Concession Contracts (Original Texts) (Barrows) 23 (1974).

55. See e.g., Article 25 of the Service Contract concluded between the National Iranian Oil Co. and Ultramar Co. Ltd. On August 7, 1974, reprinted in OPEC, supra note 53, at 57, 76.

56. Consortium Oil Sales and Purchase Agreement of 1973, reprinted in OPEC, Selected Documents of the International Petroleum Industry 1973, at 42 (1975).

57. See supra note 46.

58. OPEC, supra note 56, at 71 (emphasis added).

پیروزی انقلاب در ایران (۱۹۷۹) همین تفکیک منجر به بروز اختلافاتی بین شرکتهای عضو کنسرسیوم و ایران شد و موضوع نزد مراجع داوری ذی ربط مطرح گردیده است.

پس از پیروزی انقلاب در ایران، شرکت ملی نفت ایران قرارداد کنسرسیوم را به استناد «ماده واحده در مورد کان لم یکن کردن قراردادهای نفتی» مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب کان لم یکن اعلام کرد و یازده شرکت امریکایی عضو کنسرسیوم برای دریافت غرامت ناشی از فسخ به دیوان داوری ایران و امریکا رجوع کردند. در پرونده کنسرسیوم، خواهانهای امریکایی استدلال می کردند که ماده ۲۹ قرارداد فقط یکی از منابع قواعد لازم الاجرا که حاکم بر روابط طرفین است را مشخص کرده (یعنی خود قرارداد) و مقرر نموده که فقط تفسیر قرارداد تابع قانون ایران است و همین قید، به این معنی است که طرفین نخواسته اند سایر جنبه های قرارداد مشمول قانون ایران باشد (انتخاب منفی قانون حاکم) و در نتیجه قانون ماهوی حاکم بر قرارداد، قانون ایران نیست بلکه اصول کلی حقوقی و حقوق بین الملل است. خواهانهای امریکایی برای اثبات این نظر می گفتند اولاً قرارداد کنسرسیوم از نوع قراردادهای دراز مدت است و ثانیاً هدف از آن مشارکت شرکتهای خارجی در توسعه منابع نفتی ایران بوده و از نوع قراردادهای توسعه اقتصادی است و ثالثاً متضمن شرط داوری بین المللی است. به نظر ایشان، عمل ایران به منزله سلب مالکیت است و باید غرامت پرداخت کند و به علاوه قرارداد تابع اصول کلی حقوقی مانند اصل وفای به عهد است و فسخ قرارداد توسط ایران باعث مسؤولیت ایران می باشد.

دیوان داوری ایران - ایالات متحده به ریاست شادروان ویرالی، برای تصمیم گیری درباره قانون حاکم بر دعوی، موضوع را به دو بخش تفکیک نمود: یکی قانون حاکم بر مسأله سلب مالکیت، دوم مسأله نقض قرارداد

کنسرسیوم توسط ایران. در مورد مشروعیت یا عدم مشروعیت سلب مالکیت از شرکتهای عضو کنسرسیوم، دیوان داوری به حقوق بین‌الملل مراجعه کرد و گفت ملی کردن حق دولتهاست که حقوق بین‌الملل آن را به رسمیت شناخته است. اما این که آیا مشروع بوده یا نه، به نظر دیوان چون در تاریخ کانلم یکن کردن قرارداد توسط ایران قرارداد به صورت سند مرده درآمده بود و طرفین توافق کرده بودند که آن را احیاء نکنند و مورد بررسی و مذاکره مجدد قرار دهند، بنابراین اساساً سلب مالکیت و ملی کردن موضوعاً منتفی بوده است.

درباره قانون حاکم بر نقض قرارداد، دیوان داوری ابتدا بررسی کرد که آیا در عالم واقع نقض و فسخ رخ داده یا نه و اظهار کرد که برای این منظور باید قانون حاکم معلوم شود. سپس به خود قرارداد مراجعه نمود و گفت تنها ماده‌ای که درباره این موضوع در قرارداد وجود دارد، ماده ۲۹ آن است که مبهم می‌باشد و نشان نمی‌دهد که قانون حاکم کدام است و جمله اول آن در مورد حکومت قانون ایران، محدود به تفسیر قرارداد است. سپس در جستجوی قانون حاکم بر موضوع، دیوان داوری نظر داد که با توجه به خصلت بین‌المللی قرارداد و نیز با توجه به پیچیدگی حقوق و تعهدات طرفین و بویژه با توجه به سایر عناصر و مفاد قرارداد، مناسب نمی‌داند آن را تابع قانون ایران بداند بلکه مشمول اصول کلی حقوقی می‌باشد.

به علاوه، به نظر دیوان اصل وفای به عهد که خواهان‌ها مدعی بودند به تنهایی یک سیستم حقوقی کامل ایجاد می‌کند، نمی‌تواند به عنوان قانون حاکم تلقی شود بلکه لازم است به یک نظام حقوق داخلی متصل باشد که در این مورد ماده ۲۹ قرارداد رهنمودی به دست می‌دهد. به هرحال، دیوان قانون حاکم بر مسأله نقض قرارداد را اصول کلی حقوقی دانست.

اختلافات کنسرسیوم و ایران سرانجام به موجب توافق طرفین و در خارج از دیوان داوری حل و فصل شد.*

ب - نقش مقررات آمره کشور میزبان به عنوان قانون حاکم

قبل از این که منظور از «مقررات نظم عمومی» و اعمال مستقیم آنها بر قرارداد را توضیح دهیم، باید چند نکته مقدماتی را یادآوری کنیم. نخست، هنگامی که دیوان‌های داوری با قراردادهای خصوصی که صیغه حقوق عمومی آنها غالب است، مواجه می‌شوند ناگزیرند برای تلفیق این دو جنبه، راه میانه‌ای بیابند. یک رهیافت آن است که مرجع داوری به قوانین داخلی کشور طرف قرارداد (کشور میزبان)، از جمله قواعد کلی قراردادهای خصوصی که قانون عمومی خاصی آنها را نسخ نکرده است، رجوع نمایند. نقطه مقابل این رهیافت آن است که اجرا و اعمال آن دسته از قوانین داخلی کشور طرف قرارداد را که طرف خارجی را در موقعیتی نابرابر قرار می‌دهد، کنار گذارند.

دوم، بعض نویسندگان غربی به درستی در صدد برآمده‌اند که ریسک‌های غیرتجاری طرف خصوصی خارجی قرارداد را کاهش دهند و بین منافع طرفین موازنه‌ای برقرار نمایند، اما گاه در این کار راه افراط و مبالغه پیموده و نظراتی ارائه کرده‌اند که از لحاظ حقوقی درست و موجه نیست و در عمل نقض غرض بوده است. به عنوان یک نمونه خاص از این نظرات افراطی، می‌توان به کوشش‌های بعضی حقوقدانان غربی اشاره کرد که سعی می‌کردند توجیه نمایند که اساساً نیازی به مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین و روند انتخاب قانون حاکم نیست، زیرا به قول ایشان داوران

*. رک. دکتر محسن مجیبی، «رژیم قانون حاکم دیوان داوری ایران - ایالات متحده در دعاوی نفتی و تأثیر آن در روند داوری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۸ - ۲۷، ۱۳۷۸، ص ۷۶ به بعد.

نباید فراتر از این بروند که بنام اصل حاکمیت مطلق اراده، که یک اصل جهانی است و خارج از شمول حقوق داخلی می‌باشد، مستقیماً «قانون قرارداد» (*lex contractus*) را به عنوان تنها قانون حاکم بر روابط طرفین اعمال کنند.^{۵۹}

سوم، گرچه این آموزه (دکترین) افول کرد اما مانع از این نشد که نسل جدیدی از حقوقدانان از طریق دیگری در مقام سست کردن روند انتخاب قانون حاکم برآیند. به عقیده ایشان یک سیستم حقوقی غیرداخلی و برتر وجود دارد که با قرارداد پیوند مستقیم دارد و آن «نظام حقوقی پایه» (*basic legal order*) است که قرارداد قدرت الزام آور خود را از آن می‌گیرد.^{۶۰} مقصود از طرح این «نظام حقوقی پایه» آن است که حوزه موضوعاتی را که مشمول قانونی است که براساس قواعد تعارض قوانین به دست می‌آید، بطور قابل توجه محدود کند که نتیجه آن قرارداد بدون قانون است. دو دهه قبل، اگر کسی ادعا می‌کرد که قرارداد می‌تواند بدون قانون باشد شگفت‌انگیز بود، اما امروزه وقتی همین سخن در پوشش نظریه جدیدی بنام «نظام حقوقی پایه» بیان می‌شود تا جذابیت و اعتباری کسب نماید، چه بسا کمتر قابل اعتراض به نظر رسد. این نویسندگان جدید در مقام توضیح همان تئوری «قرارداد بدون قانون»، ادعا می‌کنند که قبل از این که نوبت به انتخاب قانون حاکم که در مرحله ثانی به اجرا درمی‌آید برسد، یک «نظام حقوقی پایه» وجود دارد که در مرحله نخست اجرا می‌شود. این تئوری جدید اساساً مبتنی بر این حکم کلی است که قبل از

59. See Verdross, The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses, in Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments 117, 121 (International and Comparative Law Center, Southwestern Legal Foundation ed. 1964).

60. See e.g., Weil, Droit International et Contrats d'Etat, in Mélanges Offerts à Paul Reuter – Le Droit International: Unité et Diversité 549, 558 (1981).

تعیین قانون مناسب قرارداد، باید «نظام حقوقی پایه» را که قراردادهای دولتی ریشه در آن دارند، تعیین کنیم. هدف از این «نظام حقوقی پایه» نیز آن است که معلوم کند مبنای اختیار دولت برای این که خود را طبق قرارداد محدود سازد، کدام نظام حقوقی است زیرا آنچنان که طرفداران این نظریه استدلال می کنند این مسأله را نمی توان به قواعد حل تعارض بویژه به اصل حاکمیت اراده (در انتخاب قانون) سپرد. بنابراین، حتی در مواردی که طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را با توافق انتخاب کرده اند، باز هم این ضرورت وجود دارد که براساس موازین عینی (objective) «نظام حقوقی پایه» را که ماهیت الزام آور قرارداد ناشی از آن است، تعیین کنیم. حتی گفته می شود که ماهیت الزام آور بودن خود شرط انتخاب قانون حاکم نیز ریشه در همین «نظام حقوقی پایه» دارد.^{۶۱}

چهارم، امروزه و در این مرحله از تحول حقوقی، وجود پاره ای اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی مسلم است و مورد اختلاف نیست. در واقع این اصول کلی در سال ۱۹۲۹ که دیوان دائمی بین المللی دادگستری (PCIJ) در پرونده وامهای صربستان اظهارنظر می کرد نیز وجود داشت. دیوان در آن پرونده^{۶۲} گفته بود:

«هر قراردادی که قرارداد بین دولتها به عنوان تابعان حقوق بین الملل محسوب نشود، مشمول قانون داخلی یک کشور خاص خواهد بود، اما این که قانون کدام کشور، موضوع اصلی یکی از رشته های حقوقی است

61. For a criticism of this approach, see Mayer, Le Mythe de "l'Ordre Juridique de Base" (ou Grundlegung), in Le Droit des Relations Economiques Internationales: Etudes Offertes à Berthold Goldman 199 (1982).

62. Serbian Loans (France. v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes), 1929 P.C.I.J., ser. A., Nos. 20-21, at 40 (Judgment of July 12).

که در حال حاضر معمولاً حقوق بین‌الملل خصوصی یا دکتین تعارض قوانین نامیده می‌شود».^{۶۳}

دیوان در ادامه تحلیل خود از فرایند انتخاب قانون حاکم (هم از جهت الزام‌آور بودن قرارداد و هم از حیث قانون حاکم بر آن) می‌گوید: «قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ممکن است در حقوق بسیاری از کشورها یکسان و مشترک باشد و حتی ممکن است به موجب عهدنامه یا عرف بین‌المللی ایجاد شود که اگر عرفی باشد، متضمن ماهیت حقوق بین‌الملل واقعی نیز هست».^{۶۴}

مطالعات حقوق تطبیقی در طول نیم قرن اخیر هم نشان داده که پاره‌ای از قواعد تعارض قوانین وجود دارد که نه تنها در قانون داخلی کشورهای مختلف، مشترک است بلکه در سیستم‌های حقوقی بزرگ دنیا نیز یکسان است. شکل‌گیری بعضی از اصول حقوق بین‌الملل خصوصی چنان در عمق اندیشه حقوقی ریشه دارد که نظام‌های حقوق داخلی، آنها را یکی از منابعی می‌دانند که دادگاه‌های داخلی می‌توانند در مقام تکمیل قواعد حل تعارض به آنها مراجعه و استناد کنند.^{۶۵}

بدین قرار، هم در دکتین و هم در رویه قضایی جدید به اصول کلی تعارض قوانین اشاره می‌شود که می‌تواند به عنوان یک منبع حقوقی مناسب برای تعیین قانون حاکم بر روابط قراردادی، اعم از قراردادهای خصوصی یا

63. Id. at 41.

64. Id.

65. See e.g., the Egyptian Civil Code, supra note 9, at art. 24, according to which "the principles of private international law apply in the case of a conflict of laws for which no provision is made in the preceding articles".

قراردادهای عمومی و دولتی مورد استفاده قرار گیرد. آراء داوری زیادی در مورد هر دو نوع قرارداد خصوصی و عمومی در تأیید این مطلب وجود دارد که «صرف شناسایی و تأیید بعضی قواعد خاص تعارض قوانین در سطح عمومی یا جهانی، فی نفسه کافی است تا اجرا و اعمال چنین قواعدی را در داوری‌های بین‌المللی موجه سازد».^{۶۶}

پنجم، با این همه، این پرسش هنوز پاسخ می‌طلبد که این اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی کدام است؟ آیا محدود است به اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم در حوزه روابط قراردادی، یا اصول کلی دیگری هم وجود دارد؟ مانند اصل تعیین قانون حاکم براساس داخلی کردن قرارداد (localization) برحسب موازین عینی (objective) و با رجوع به مرکز ثقل روابط قراردادی، یا قواعد آمره حقوق عمومی، یا اصل استناد به نظم عمومی به منظور کنارگذاشتن هر راه‌حلی که برخلاف اصول بنیادی غالب در قراردادهای توسعه اقتصادی باشد.

برگردیم به موضوع اصلی بحث. با توجه به نکات مقدماتی که در بالا گفتیم تردیدی باقی نمی‌ماند که برطبق یک اصل کلی حقوق بین‌الملل خصوصی که در سطح جهانی نیز شناخته شده، مرجع داوری موظف است برای یافتن قانون حاکم بر قرارداد، در مرحله نخست به همان قانونی مراجعه کند که طرفین برگزیده‌اند و به عنوان قانون حاکم در قرارداد شرط کرده‌اند. اما وجود این اصل کلی مانع از این نیست که به اصول کلی دیگر که به همین اندازه مهم‌اند نیز مراجعه و استناد شود. این اصول، هم ناظر به روابط قراردادی است و هم موضوعات غیرقراردادی. در بین آنها باید به طور خاص به اصلی اشاره کنیم که طبق آن مقررات آمره کشور

66. J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards* 327 (1978).

محل اجرای قرارداد، ضرورتاً باید اعمال و اجرا شود. وجود مقررات و قوانین آمره نظم عمومی که دارای ویژگی اجرای فوری می‌باشند (*règles d'application immédiate*) و ماهیت اقتصادی یا سیاسی دارند (*lois de police*) بخوبی شناخته شده است.^{۶۷} قانون حاکم بر قرارداد هرچه باشد، این قبیل مقررات نظم عمومی ناگزیر اثر مهمی بر حقوق و تعهدات طرفین دارد، و اعمال یا عدم اعمال آنها تابع تصمیم و خواست طرفین نیست. در واقع همان منافع عمومی که وضع چنین مقررات آمره‌ای را ضروری ساخته، اقتضا می‌کند که روابط قراردادی طرفین را کنترل نماید و به همین لحاظ نمی‌توان اجرای مقررات نظم عمومی را به تصمیم و اراده کسانی واگذار کرد که خود موضوع و مخاطب کنترل هستند.^{۶۸} به عبارت دیگر، اجرای مقررات نظم عمومی که بنام منافع عمومی بر حقوق و تعهدات قراردادی طرفین اثر می‌نهد، خارج از قلمرو قانون منتخب ایشان است. بطور کلی، مقررات آمره مربوط به نظم عمومی معمولاً برخاسته از نظام حقوق داخلی است و در مقام اعمال حق حاکمیت است که موضوعیت می‌یابند، مع‌ذلک چه بسا مبتنی بر آن دسته از مقررات حقوق بین‌الملل عمومی که ماهیت آمره (*jus cogens*) دارند و حتی دولتها هم نمی‌توانند آنها را کنار بگذارند، نیز باشند.

67. See e.g., De Nova, Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules, 54 Calif. L. Rev. 1569 (1966); Francescakis, Quelques Précisions sur "les Lois d'Application Immédiate" et leurs Rapports avec les Règles de Conflit de Lois, 55 Revue Critique de Droit International Privé 1 (1966); Freyria, La Notion de Conflits de Lois en Droit Public, in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 103 (1967); and Graulich, Règles de Conflits et Règles d'Application Immédiate, in 2 Mélanges en l'Honneur de Jean Dabin 629 (1963). See also, Mayer, Les Lois de Police Etrangères, 108 Journal du Droit International 277 (1981).

68. See Batiffol and Legarde, supra note 4, at 277; Dicey and Morris, supra note 40, at 792. This has been codified in European Community Law in the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, June 19, 1970 (80/934/EEC), at art. 7, 23 O.J. Eur. Com. (No. L 266) 3 (1980).

بدون این که خواسته باشیم شرح و بسط زیادی درباره مقررات آمره نظم عمومی که علی‌الاصول ماهیت حقوق عمومی دارند و موکول به شرط انتخاب قانون حاکم نیست، داده باشیم، کافی است اشاره کنیم که نمونه کلاسیک این مقررات که در عمل هم بیشتر با آن برخورد می‌کنیم، ملی کردن و سایر شکل‌های گرفتن مال توسط دولت است که باعث فسخ قرارداد مربوط می‌شود. نمونه دیگر آن، اقدامات دولت در مقابله با آلودگی و مقررات محیط‌زیست است که ممکن است بر موازنه قرارداد در حال اجرا اثر بگذارد، یا وضع مقررات مالیاتی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم (مثلاً از طریق تغییر یکجانبه قیمت‌های مصوب که مالیات قرارداد براساس آنها محاسبه شده) به نحوی که بار مالی جدیدی را بر طرف خارجی قرارداد تحمیل نماید؛ یا مثلاً وضع مقررات صادرات و واردات یا مقررات ارزی که نظام تعادل قراردادی را که در زمان انعقاد ایجاد شده، به کلی دگرگون می‌سازد. بیگمان، این قبیل اقدامات دولتی و موارد مشابه آنها، از مقوله مقررات و قوانین حقوق عمومی و آمره است که بخوبی شناخته شده است. قابلیت اعمال و اجرای این نوع مقررات، فراتر از حوزه اصل آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم، و به عنوان یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی است.

همانطور که در بخش پایانی این مقاله توضیح خواهیم داد، رأی صادره در پرونده «امین اوپل» در بین سایر دستاوردهای مثبتی که داشته، یکی هم این است که سعی نکرده اصل کلی اعمال مقررات آمره را صرفاً به بهانه این که برخلاف فلسفه لیبرالی آزادی تجارت است یا ممکن است مشکلاتی را برای طرف خارجی قرارداد به دنبال آورد، کنار بگذارد. رأی پرونده «امین اوپل» در تحلیلی سازنده و واقع‌بینانه به پیامدهای حقوقی اجرای این اصول کلی پرداخته و آنها را مورد بحث قرار داده است و پس

از عطف توجه کامل به مقررات حقوق عمومی ذی ربط، به این نکته نیز پرداخته که در صورتی که اجرای قواعد حقوق عمومی - که لزوماً باید رعایت و اجرا شود - متضمن نقض حقوق و منافی باشد که شرکت خارجی تحت قانون حاکم تحصیل نموده و انتظارات مشروع و مشترک طرفین را نیز نقض کند، داوری که می‌خواهد بیطرفانه رسیدگی نماید، چه راه‌حلهایی پیش‌رو دارد و چگونه می‌توان این پیامدها را به طور مؤثر جبران کند.

ج - انتخاب منفی قانون حاکم به منزله عدم اجرای قانون داخلی کشور

میزبان

مسأله انتخاب تلویحی یا ضمنی قانون حاکم این پرسش کلی را مطرح می‌سازد که آیا داور می‌تواند علی‌رغم این که قانون حاکم در قرارداد بالصرحه ذکر نشده، با اشاره به انتخاب ضمنی طرفین، قصد واقعی - و نه فرضی - ایشان را در مورد قانون حاکم احراز کند؛ یا با استناد به «انتخاب ضمنی» در واقع بیشتر می‌خواهد تشخیص و تصمیم خود در مورد تعیین قانون حاکم را موجه و قابل قبول سازد؟ در مورد قراردادهای درازمدت توسعه اقتصادی منعقد بین دولت و شرکت‌های خارجی - که در سراسر دنیا فعالیت دارند و از مشورت و کلای مجرب و برجسته برخوردارند - بسیار دور از ذهن است که گفته شود طرف دولتی و شرکت خارجی به انتخاب ضمنی قانون حاکم قانع و راضی بوده‌اند؛ خصوصاً اگر چنین انتخابی به خارج کردن کل قرارداد از حوزه شمول قانون داخلی یا به بین‌المللی شدن قرارداد منجر شود و قانون مناسب قرارداد، نهایتاً قانونی شود که تمام یا قسمتی از آن غیر از نظام حقوق داخلی کشور میزبان است.

بسیاری از داوران غربی که به عنوان داور منفرد عمل می کرده‌اند، برخلاف لوازم عقلی حاصل از منطق ساده‌ای که در این سخن نهفته، و در یک چارچوب تاریخی متفاوت با آنچه در روزگار ما وجود دارد، بسی دور رفته‌اند و برای این که قوانین داخلی کشور میزبان را به این بهانه که به اندازه کافی پیشرفته نیست یا مناسب نیست، کنارگذارند در رأی خود گفته‌اند طرفین قانون حاکم را به شیوه انتخاب منفی و به طور ضمنی برگزیده‌اند و قصد ضمنی ایشان آن بوده که قانون کشور میزبان حاکم بر قرارداد نباشد. این روند با رأی داوری که لرد «اسکویت بای شاپستون» (Asquith Bishopstone) به سال ۱۹۵۱ در پرونده نفتی شیخ ابوظبی صادر نمود، آغاز شد.^{۶۹} وی، با زبانی تند و تیز حکومت قوانین ابوظبی بر قرارداد را رد کرد زیرا به عقیده او:

«منطقاً نمی‌توان گفت چنین قانونی در ابوظبی وجود دارد. زیرا شیخ یک سیستم دادگستری خودخواسته و دلخواهانه را با استمداد از آیات قرآن اجرا می‌کند، و خیال خام است که گفته شود در این منطقه بسیار بدوی اساساً هیچ مجموعه‌ای از اصول حقوقی جا افتاده و ثابت وجود داشته باشد که بتوان به کمک آنها قراردادهای تجاری مدرن را تفسیر نمود».^{۷۰}

«سرآلفرد باک نیل» (Sir Alfred Bucknill) که به عنوان داور منفرد در پرونده قطر^{۷۱} در سال ۱۹۵۳ رأی داده همین سخن را البته با زبانی ملایم‌تر و استدلالی منقح‌تر، تکرار کرده و با فرض گرفتن این که «قصد

69. Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi, 18 I. L. R. 144 (1951).

70. Id. at 149.

71. Ruler of Qatar v. International Marine Oil Ltd., 20 I.L.R. 534 (1953).

هیچ‌یک از طرفین قرارداد این نبوده که حقوق اسلام اعمال شود» نتیجه گرفته که با یک «انتخاب منفی» قانون حاکم سر و کار دارد.^{۷۲}

اما مهم‌ترین نمونه از این رویکرد را باید در رأی مورخ ۱۶ ژوئن ۱۹۵۸ قاضی «پیر کاوین» (Pierre Cavin) داور منفرد در پرونده سافیر یافت که عمدتاً با تأکید بر همین مفهوم «انتخاب ضمنی» سعی کرده یافته‌های خود در مورد قانون حاکم بر قرارداد منعقدہ بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت کانادایی سافیر را مستدل سازد.^{۷۳} وی در این رأی هیچ‌گونه دلیل و شهادی در مورد مفاد قصد واقعی طرفین به موجب انتخاب ضمنی قانون حاکم - که به نظر او اصول کلی حقوقی بوده - ارائه و اقامه نکرده، بلکه صرفاً با تفسیر آنچه به نظر او می‌توانسته موضع معقول یک شرکت چند ملیتی باشد که علی‌القاعده در جریان مذاکره با یک کشور جهان سوم که در جستجوی سرمایه‌گذاری و تکنولوژی بوده است، می‌بایست حداکثر خواسته‌های خود را از جمله در مورد قانون حاکم مطرح کرده باشد، نتیجه گرفته که قصد واقعی طرفین که بطور ضمنی اعلام شده، آن بوده که قرارداد تابع اصول کلی متداول نزد ملل متمدن حقوقی باشد.^{۷۴}

افزون بر این، «کاوین» با اشاره به این که صرف توافقی به داوری به جای محاکم داخلی متضمن این معنی است که طرفین خواسته‌اند از هرگونه حکومت قانون داخلی بر قرارداد اجتناب کنند (انتخاب منفی قانون حاکم)، قانون ایران را کنار نهاد و به اصول کلی حقوقی رجوع کرد و آیین دادرسی کانتون «واد» سویس را حاکم دانست. همانطور که «جورج دالوم»

72. Id. at 545.

73. Sapphire International Petroleum Ltd. (Sapphire) v. National Iranian Oil Co., 35 I.L.R. 136 (1967). See J.F. Lalive, Un Recent Arbitrage Suisse entre un Organisme d'Etat et une Société Privée Etrangère, 19 Annuaire Suisse de Droit International 273 (1962).

74. See Sapphire, supra note 73, at 171-175.

به درستی گفته «نمی‌توان گفت که صرف رجوع به داوری، لزوماً پیامدهای قطعی بر مسأله قانون حاکم دارد».^{۷۵} این حقوقدان فاضل همچنین می‌گوید که از نگاه یک ناظر بیطرف مشکل بتوان از صرف ارجاعاتی که در شرط قانون حاکم، به «حسن نیت» یا «حسن نظر» شده، بیش از این فهمید که منظور طرفین صرفاً اشاره به «اصول کلی معامله عادلانه» یا تکرار یکی از «اصول مقدماتی حقوق قراردادها» بوده است.^{۷۶}

در قرارداد سافیر با شرکت ملی نفت ایران قید فورس ماژور وجود داشت، اما در مورد تعیین مفهوم فورس ماژور در حقوق بین‌الملل داور منفرد، هم از حیث دامنه این قاعده خاص که آن را بیش از حد گسترده گرفته و هم از حیث تفسیر نادرستی که از ذکر یک مطلب خاص در ماده مربوط به انتخاب قانون حاکم در قرارداد ارائه کرده؛ از لحاظ موازین حقوق بین‌الملل خصوصی مرتکب اشتباه نیز شده است.^{۷۷} بالاخره، در مورد این که داور مذکور گفته است قرارداد سافیر را باید در پرتو مفاد قراردادهای جدیدی که ایران در آن زمان [در زمان صدور رأی به سال ۱۹۶۷] منعقد می‌کرده، تفسیر نمود ولو این که مفاد قراردادهای جدید با آنچه در قرارداد سافیر آمده متفاوت بوده باشد، حداقل چیزی که می‌شود گفت همان سخن پروفیسور دالوم است که می‌گوید داور، با این شیوه تفسیر قرارداد جانب احتیاط را یکسره کنار نهاده و راستی «به وادی خطیرخیزی گام نهاده است».^{۷۸}

بعد از صدور رأی داوری در پرونده سافیر، شرکت ملی نفت ایران به دادگاه شهرستان تهران مراجعه و درخواست ابطال آن را نمود. توضیح

75. Delaume, supra note 42, at ch. 14, para. 14.06 (May 1985 updating).

76. Id.

77. Id.

78. Id.

این که در قرارداد منعقد شده بین شرکت سافیرکانادا و شرکت ملی نفت ایران در سال ۱۳۳۷ پیش‌بینی شده بود که در صورت بروز هرگونه اختلاف ابتدا به یک کمیته سازش مرکب از نمایندگان طرفین مراجعه خواهد شد و در صورتی که اختلاف حل نشد یا اصلاً کمیته مذکور تشکیل نگردید، به داوری مراجعه می‌شود. در مورد داوری نیز مقرر شده بود که هریک از طرفین داور منتخب خود را منصوب می‌کند و دو نفر داور طرفین در مورد داور سوم (رئیس هیأت داوری) توافق می‌نمایند و چنانچه نتوانند توافق کنند یا هریک از طرفین داور خود را ظرف مهلت ۲ ماه معرفی نکند، طرف دیگر می‌تواند به رئیس دادگاه فدرال سویس رجوع نماید. از طرفی شرکت سافیرکانادا، حقوق و تعهدات خود را به یک شرکت فرعی به نام سافیراینترنشنال واگذار کرده بود که همین شرکت اخیر به داوری مراجعه نمود.

موضوع دعوی ناشی از ضمانتنامه‌ای بود که سافیرکانادایی به موجب مکاتبات فی‌مابین در اختیار شرکت ملی نفت ایران قرار داده بود و مدعی بود که باید آزاد شود. شرکت ملی نفت ایران چند مطلب اساسی را در پاسخ به درخواست داوری سافیراینترنشنال مطرح می‌کرد. اولاً موضوع داوری معلوم و منجز نیست. ثانیاً طرف قرارداد اصلی و در نتیجه طرف داوری، شرکت سافیرکانادایی بوده و نه سافیراینترنشنال. ثالثاً ضمانتنامه مورد بحث ربطی به قرارداد اصلی ندارد و در نتیجه درباره اختلافات ناشی از آن، الزام به داوری وجود ندارد. رابعاً شرکت نفت ۲ نفر عضو کمیته سازش را منصوب کرده و هنوز نوبت مراجعه به داوری نرسیده است. شرکت سافیرکانادا در پاسخ به مهم‌ترین ایراد شرکت نفت، اعلام کرد که شرکت سافیر بین‌المللی شعبه او است و ایراد و اعتراضی به درخواست داوری توسط سافیر بین‌المللی ندارد و در مورد سایر ایرادات نیز استدلالات

قبلی خود در دادخواست را تکرار نمود. با این که شرکت نفت احتیاطاً شخصی را به عنوان داور خود معرفی نمود، اما سافیر به رئیس دادگاه فدرال سویس رجوع کرد و درخواست نصب داور منفرد (به علت عدم معرفی داور توسط شرکت نفت) نمود که او هم آقای «پیرکاوین» را به عنوان داور منفرد منصوب کرد. جالب است که سافیر اعلام کرد به شرطی داور منصوب شرکت نفت را می‌پذیرد که آقای کاوین رئیس هیأت داورى باشد. این انتصاب و شروع داورى آقای کاوین مورد اعتراض شرکت ملی نفت ایران قرار گرفت و اعلام کرد خود را ملزم به آن نمی‌داند و در جریان داورى شرکت نمی‌کند. مع‌ذکک کاوین به رسیدگی ادامه داد و با این استدلال که به موجب یک تصمیم قضایی منصوب شده به اعتراضات شرکت نفت بر این که از داورى کناره‌گیری کند، توجه نکرد و بالاخره در تاریخ ۱۵ مارس ۱۹۶۲ تصمیم گرفت که رسیدگی تابع مقررات دادرسی کانتون «واد» (محل داورى) است و در مورد قانون حاکم نیز همانطور که اشاره شد اعلام کرد که اصول کلی حقوقی ملل متمدن جهان را حاکم بر قرارداد می‌داند.

رأی دادگاه شهرستان تهران که تاریخ ۱۰ آذر ۱۳۴۲ را دارد به دنبال اعتراض شرکت ملی نفت به رأی داورى مذکور و درخواست ابطال آن صادر شده و به استناد ماده ۶۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مواردی که رأی داورى باطل و غیرقابل اجرا است) آن را باطل نمود. خلاصه استدلال دادگاه در این خصوص چنین است:

– طرف واقعی قرارداد اصلی و شرط داورى مندرج در آن، شرکت سافیر کانادا بوده نه سافیر بین‌المللی و آن دو، شخصیت حقوقی متمایز و مستقلی دارند.

– این که کاوین گفته است نصب او به عنوان داور منفرد مبتنی بر تصمیم قضایی رئیس دادگاه فدرال سویس بوده و نمی‌تواند به آن اعتراض کند یا آن را نادیده گیرد، درست نیست زیرا ذکر این مطلب در قرارداد که در صورت عدم توافق طرفین، رئیس دادگاه فدرال سویس داور را منصوب کند به منزله تسلیم به نظام قضایی سویس و صلاحیت محاکم آن کشور نیست، بلکه به این معنی است که مقام نصب‌کننده در واقع از جانب طرفین قرارداد داور را تعیین می‌کند، نه به اعتبار اختیارات قضایی‌اش. با همین استدلال، مراجعه کاوین به مقررات دادرسی کانتون «واد» نیز موضوعیت نداشته و موجه نیست.

– در مورد قانون حاکم بر قرارداد که داور اعلام کرده نه تابع قانون ایران است و نه هیچ کشور دیگر، بلکه مشمول اصول کلی حقوقی است تصمیم داور درست نیست و برخلاف موازین و اصول عدالت و حتی رویه و عقیده غالب حقوقدانان است. به نظر دادگاه با توجه به این که مجوز و اختیار شرکت ملی نفت در انعقاد قرارداد ناشی از لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره (قانون نفت ایران مصوب ۹ مرداد ۱۳۳۶) بوده که در مقدمه قرارداد نیز به آن اشاره شده، با توجه به این که سهام شرکت نفت متعلق به دولت ایران است، با توجه به این که مقرر بوده قرارداد توسط شرکتی که باید در ایران به ثبت برسد اجرا گردد، با توجه به این که محل اجرای قرارداد نیز در ایران بوده، و بالاخره با توجه به این که محل امضای قرارداد در ایران بوده است علی‌هذا طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی که می‌گوید تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع است، صلاحیت قوانین ایران به عنوان حاکم بر قرارداد محرز است.

– در مورد موافقتنامه مورد ادعای سافیراینترنشنال و ضمانتنامه مربوط به آن، چون مبادله آن ضمن نامه‌هایی صورت گرفته و جدای از قرارداد اصلی می‌باشد، لذا تابع داوری مقرر در قرارداد نمی‌باشد. دادگاه شهرستان تهران ضمن ابطال رأی داوری مذکور، سافیر را به پرداخت هزینه دادرسی نیز محکوم کرده است.*

رأی صادره در پرونده سافیر بیگمان نمونه شاخصی از آشفتگی تأسف بار و خلط نابجای دو مطلب است: یکی، تفسیر داور از قرارداد در غیاب شرط قانون حاکم، و دوم احراز انتخاب ضمنی قانون حاکم به کمک یک ضابطه ذهنی (subjective) (اشاره به فورس ماژور در مفهوم حقوق بین‌الملل آن در قرارداد) به عنوان نشانه‌ای از قصد واقعی طرفین در مورد قانون حاکم بر بعض جنبه‌های روابط قراردادی.

رأی صادره در پرونده تاپکو عامل جدیدی بر این آشفتگی افزوده است، زیرا اوضاع و احوال این پرونده اصلاً مقتضی بحث در انتخاب ضمنی قانون حاکم نبوده است. همه می‌دانند که قراردادهای امتیاز لیبی حاوی شرط صریح قانون حاکم بود که برطبق آن قوانین لیبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب و ذکر شده بود و در نتیجه اساساً نیازی نبود که داور (پروفسور دوپوئی) خطر کند و به وادی جستجوی اراده ضمنی طرفین – خواه به صورت انتخاب مثبت یا انتخاب منفی – وارد شود.^{۷۹} با این همه، پروفسور «دوپوئی» به بهانه وجود «شرط تثبیت» در قرارداد با شوقی وافر به بحث و استدلال نظری در باب «انتخاب منفی» قانون حاکم پرداخته – بدون این که اصلاً ضرورتی داشته باشد – تا رأی خود را به اصطلاح غنی‌تر

*. این رأی دادگاه شهرستان تهران به انگلیسی ترجمه و در منابع حقوقی بین‌المللی منتشر شده است. International Legal Materials, vol. IX, 1970.

۷۹. رک. پاورقی ۴۵ و توضیح آن در متن.

و پربارتر سازد.^{۸۰} وی با تحلیل و تشریح بعضی نکات که در رأی سافیر آمده، مانند ضرورت «تأمین ثبات و اطمینان برای طرف خصوصی قرارداد (طرف خارجی) که با توجه به حجم سرمایه‌گذاری که در کشور میزبان کرده، مستحق آن است» و نیز ضرورت «حمایت از طرف خارجی در قبال بی‌ثباتی نظام قانونگذاری و خطر تغییر قوانین در کشور میزبان و نیز در برابر اقدامات دولت که منجر به نقض یا لغو قرارداد شود»،^{۸۱} نتیجه گرفته صرف درج شرط تثبیت در قرارداد حاکی از قصد ضمنی طرفین است که خواسته‌اند «تمام یا بخشی از قرارداد را از حوزه شمول و حکومت قانون داخلی لیبی خارج نمایند».^{۸۲} پروفیسور دوپوئی با پرداختن به مسأله انتخاب منفی قانون حاکم به لحاظ وجود شرط تثبیت در قرارداد، خود را به تناقضی خودساخته درافکنده که حتی پیشینیان او مانند لرد اسکویث و قاضی کوین به دقت از آن اجتناب کرده بودند، زیرا هیچ‌کدام از آنها برای اثبات و توجیه این به اصطلاح «انتخاب منفی» قانون حاکم، به شرط تثبیت استناد نکردند و از درافتادن به این وادی گریخته‌اند.

توضیح آن که صرف وجود شرط تثبیت در قرارداد، متضمن این پیش‌فرض است که در نظر طرفین، قانون داخلی کشور میزبان شأن شمول و حکومت بر قرارداد را یافته، منتهی طرفین با درج شرط تثبیت در واقع اعمال و شمول قوانین بعدی را محدود می‌سازند. بنابراین، بی‌معنی است که کسی بخواهد به استناد شرط تثبیت، انتخاب منفی قانون حاکم و کنار نهادن قانون داخلی را استنباط و اثبات کند، زیرا چنین استدلالی به بی‌معنی شدن خود شرط تثبیت منتهی می‌شود، چرا که معنای انتخاب منفی این خواهد شد که موضوع این شرط؛ تثبیت قانون داخلی است که اساساً حاکم بر قرارداد

۸۰. رک. پاورقی ۳۵ و توضیح آن در متن.

81. Topco, supra note 1, at 17.

82. Id.

نبوده است. با این همه، رأی صادره در پرونده تاپکو از یک جهت توفیق داشته و آن نشان دادن این واقعیت است که مفهوم انتخاب ضمنی قانون حاکم بویژه به صورت «انتخاب منفی»، چگونه می‌تواند از جانب داوران منفرد که این همه در باب ضرورت دور نگه‌داشتن هرچه بیشتر طرف خصوصی قرارداد از قوانین داخلی کشور میزبان سخن‌سرایی کرده‌اند، مورد استفاده قرار گیرد. جالب است بدانیم که هیأت‌های داوری سه نفره - مثلاً در پرونده آموکو و پرونده امین اوایل - هنگام بحث و بررسی درباره وضعیت که طرفین به صراحت قانون حاکم را برگزیده‌اند و شرط قانون حاکم در قرارداد وجود ندارد، خود را به چنین دشواری‌هایی درگیر نساخته‌اند.

پیامدهای رأی داوری امین اوایل:

نظم عمومی واقعاً بین‌المللی براساس اصول کلی حقوقی در قراردادهای دولتی هر نقص و کمبودی که در رأی داوری صادره در پرونده آرامکو وجود داشته باشد، بیگمان این امتیاز برجسته را دارد که نکات مهمی را در مورد مسأله قانون حاکم مطرح کرده و به روشنی از «اصول حقوق بین‌الملل خصوصی»، «قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی که در اغلب کشورهای متمدن پذیرفته شده»، «نظریه عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی» و بالاخره راه‌حلهایی که در «سطح جهانی در حقوق بین‌الملل خصوصی پذیرفته شده» سخن گفته است.^{۸۳} از سوی دیگر، هیأت داوری پرونده مذکور از عرصه‌های حقوقی یاد کرده که موضع حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای مختلف در مورد آنها متفاوت است و سپس اشاره نموده که مراجعه به اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی درباره مسائلی که در این عرصه‌ها وجود دارد صرفاً از این حیث است که روشی را در اختیار داوران قرار می‌دهد که می‌توانند به کمک آن مأموریت خود را به انجام رسانند، به این معنی که ضوابط عینی لازم - و نه گمانه‌زنی ذهنی - را «به منظور تعیین آن قانونی که به بهترین وجه با نوع و ماهیت روابط حقوقی طرفین متناسب و منطبق است» به دست می‌دهد.^{۸۴}

در پرونده آرامکو، هیأت داوری برای انجام وظیفه خود در تعیین قانون حاکم، سراغ اصول کلی حقوقی ماهوی - البته اصول ثانوی یا اصول درجه دوم - رفت، یعنی اصول کلی مربوط به تفسیر قرارداد. به عبارت دیگر، رأی صادره در پرونده آرامکو نشان می‌دهد که اصول کلی حقوقی

83. Aramco, supra note 25, at 154-157.

84. Id. at 167.

بین‌الملل خصوصی که به عنوان اصول درجه اول به صورت اولی قابل اعمال است (مانند قواعد تعارض قوانین) و هدف آنها صرفاً ارجاع و هدایت داور است به قانون ماهوی حاکم؛ نمی‌تواند به تنهایی کافی باشد. بلکه با مراجعه به اصول کلی حقوقی درجه دوم است که آن اصول کلی درجه اول، محتوای ماهوی خود را می‌یابند و کامل می‌شوند، و همین اصول کلی ثانوی است که می‌تواند به حل اختلاف در ماهیت رهنمون شود.

رای داوری آرامکو، اصول کلی درجه اول یعنی اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی را در گزاره‌های زیر شکل‌بندی و بیان نموده است:

(۱) نظام حقوق داخلی کشور میزبان، علی‌الظاهر (*prima facie*) قانون حاکم بر قرارداد است که بطور کلی بر روابط قراردادی حکومت دارد.

(۲) مع‌ذلک، اصول کلی حقوقی نیز نقش مکمل حقوق داخلی کشور میزبان را ایفاء می‌کنند، بویژه در مواردی که اجرای مضیق قانون مذکور باعث شود حقوق قراردادی طرف خارجی از معنا و مفهوم خود تهی شود.

(۳) برای جبران خلأ احتمالی موجود در حقوق داخلی کشور میزبان، داور می‌تواند به عرف‌ها و رویه‌های جهانی مربوط به هر رشته یا فعالیت خاص نیز رجوع کند.

(۴) در موضوعاتی که به لحاظ طبیعت‌شان نمی‌توانند مشمول حقوق داخلی هیچ کشوری باشند، اعم از حقوق داخلی کشور میزبان یا هر کشور دیگری، مراجعه به قواعد و اصول حقوق بین‌الملل عمومی از اهمیت اساسی برخوردار است.^{۸۵}

85. Id. at 167-172.

از سوی دیگر، اصول کلی درجه دوم با محتوای حقوق ماهوی (اصول حقوقی تفسیر قرارداد) نیز در رأی آرامکو مورد تأکید قرار گرفته که عمدتاً ناظر به این نکات است:

(۱) رعایت شرط تثبیت در قرارداد به عنوان یک شرط قراردادی معتبر که نسبت به طرف دولتی قرارداد لازم‌الاجرا است، از باب اعمال مستقیم یک اصل کلی حقوقی و بدون این که لازم باشد به نظام حقوق داخلی خاصی استناد شود، ضروری است.

(۲) طرف دولتی قرارداد نمی‌تواند بدون قبول مسئولیت برای لغو یا توقف اجرای وضعیت حقوقی که به موجب قرارداد برای طرف خارجی ایجاد شده است، به قانون مؤخر یا اقدامات مبتنی بر حقوق عمومی استناد جوید.^{۸۶}

موضوع داوری در پرونده آرامکو عبارت بود از تفسیر قرارداد امتیاز سال ۱۹۳۳ که بین دولت عربستان سعودی و شرکت استاندارد اوایل فیلد منعقد شده بود و بعداً با ثبت شرکت دیگری به آرامکو تغییر نام داد. توضیح این که دولت عربستان سعودی در ژانویه ۱۹۵۴ قراردادی با شرکت نفتکش «ساتکو» (Satco) متعلق به شخصی به نام «اوناسیس» منعقد نمود و حق اولویت نقل و انتقال نفت را به مدت ۳۰ سال به او واگذار کرد. شرکت آرامکو مدعی بود که حق انحصاری انتقال نفت‌های استخراج شده تحت قرارداد امتیاز ۱۹۳۳ متعلق به او است و دولت عربستان حق نداشته آن را به شرکت دیگری (ساتکو) واگذار کند. دولت سعودی استدلال می‌کرد که حق انحصاری آرامکو شامل نقل و انتقالات نفت از راه دریا نمی‌شود. در سال ۱۹۵۵ موضوع اختلاف طبق ماده ۳۱ قرارداد امتیاز به داوری کشید و هیأت داوری مرکب بود از پروفیسور «سوسرهال»

86. Id. at 168.

(Sauser-Hall) به عنوان رئیس هیأت داورى، «بجاوى» (Badawi) داور منتخب عربستان که در اثنای داورى فوت کرد و «محمدحسن» جانشین او شد، و «هابشى» (Habachy).

رای هیأت داورى پرونده آرامکو علاوه بر نکاتی که در بالا اشاره شد، حاوی نوآوری‌های دیگری نیز هست. اولاً، هیأت داورى در مورد آیین رسیدگی (قواعد داورى) برعکس رای داورى پرونده سافیر که قانون دادرسی محل (سویس) را اجرا نمود، پیش‌نویس عهدنامه آیین رسیدگی داورى را که کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۵۵ تهیه کرده بود، اعمال کرد و استدلال کرد که چون یک طرف این داورى یک دولت مستقل و صاحب حاکمیت است (عربستان سعودی) جریان داورى نمی‌تواند تابع قانون محل باشد. ثانیاً، در مورد قانون ماهوی حاکم بر دعوى نیز تصمیم گرفت که جریان داورى طبع بین‌المللی دارد و تابع قانون محل (*lex fori*) نیست، از این رو دکتترین حقوق بین‌الملل خصوصی را اعمال نمود و اعلام کرد که گرچه علی‌الظاهر قرارداد تابع قانون داخلی کشور میزبان (عربستان) است اما اصول کلی حقوقی مکمل قوانین داخلی است تا موازنه قراردادی و حقوق طرفین محفوظ بماند.

نوآوری مهم رای داورى در پرونده آرامکو توسل به تئورى «تجزیه موضوع از حیث قانون حاکم» است که اصطلاحاً *de passage* نامیده می‌شود، به این معنی که هر بخش از تعهدات قراردادی ممکن است مستقلاً تابع قانون خاصی باشد. هیأت داورى تصمیم گرفت کلیه موضوعات داخلی عربستان، تابع قانون آن کشور است اما در مورد سایر مسائل فیما بین، قضایا را تجزیه نمود و قانون حاکم بر هر مورد را مشخص نمود و اعلام کرد:

– ماهیت حقوقی قرارداد امتیاز، تابع اصول کلی حقوقی است.

– ترتیبات امتیاز به عنوان یک قرارداد، تابع قوانین عربستان است.
– جنبه‌های تجاری امتیاز، تابع عرف و رویه‌های داوری است.
– مسؤولیت دولت عربستان به علت نقض تعهد، تابع اصول حقوق بین‌الملل عمومی است.

هیأت داوری سرانجام رأی داد که واگذاری حمل و نقل تحت امتیاز آرامکو به شرکت «ساتکو»، به منزله نقض قرارداد امتیاز می‌باشد و عربستان مسؤولیت دارد.

باری، جامعه داوری بین‌المللی باید قریب ربع قرن صبر می‌کرد تا درسهایی که از رأی داوری پرونده آرامکو (۱۹۵۸) در زمینه یکی از حساس‌ترین مسائل قراردادهای دولتی یعنی فسخ یکجانبه قرارداد توسط دولت، آموخته بود دوباره به روز شود و به صورت مشخص و استوار در یک پرونده دیگر به کارگیرد. رأی پرونده امین اوایل که در سال ۱۹۸۲ و توسط یک هیأت سه نفره به ریاست یک استاد فرانسوی بنام «پل رویتر» (Paul Reuter) و با عضویت پروفسور «حامد سلطان» از دانشگاه قاهره (داور منصوب کویت) و «سرجرالدفیتز موریس» (Sir Gerald Fitzmaurice) (داور منصوب شرکت امریکایی خواهان) صادر شده، حاوی نشانه‌های مهمی از تغییر در سمت‌گیری شرکت‌های خارجی و دولتها درباره مقولات حقوقی جدید است.

نقطه شروع این روند که افول تئوری خارج کردن قرارداد از حوزه حقوق داخلی، یا بین‌المللی کردن یا فراملی کردن قانون حاکم بر قراردادهای نفتی جدید را نیز به خوبی نشان می‌دهد، بیان یک جمله معروف در رأی داوری امین اوایل است – که به قول هیأت داوری مبتنی است بر «عقل سلیم و قانون»^{۸۷} – و آن جمله این است: «مشکل می‌توان با

87. Aminoil, supra note 3, at 1000.

این واقعیت مخالفت کرد که قانون کویت نسبت به بسیاری از موضوعاتی که مستقیماً بیشترین ارتباط را با آن دارند، قانون حاکم است.^{۸۸} برای این که اهمیت این سخن به درستی فراچنگ آید باید آن را در پرتو استدلال اصلی که در رأی آمده مورد بررسی قرار داد. استدلال اصلی رأی امین‌اوایل در واقع برآیند (سنتز) تئوری قاضی کاوین در پرونده سافیر و در مورد انتخاب منفی قانون و کنار نهادن قانون کشور میزبان (ایران) از یکسو،^{۸۹} و تئوری پروفیسور دوپوئی در مورد بین‌المللی کردن قراردادهای نفتی که در پرونده تاپکو ارائه شده بود، از سوی دیگر است.^{۹۰}

اساس استدلال رأی داوری پرونده امین‌اوایل حول این مطلب است که ضبط قرارداد توسط دولت کویت در سال ۱۹۷۷، یک عمل خلاف حقوق بین‌الملل است، زیرا به معنای نقض پنج اصل کلی حقوقی است که ستون و محور «حقوق فراملی» را تشکیل می‌دهد که قانون حاکم بر روابط قراردادی ناشی از قرارداد امتیاز ۱۹۴۸ به عنوان یک قرارداد «غیرمحلّی شده» و «بین‌المللی شده»، به شمار می‌رود. مطابق رأی داوری امین‌اوایل، این نظام حقوقی فراملی بر پایه همین پنج اصل حقوقی به دست می‌آید، اصل وفای به عهد، اصل حق مکتسب، اصل حسن‌نیت، اصل جبران کامل خسارات، اصل «بازداری» یا منع انکار پس از اقرار (استاپل). فسخ قرارداد قبل از موعد مقرر که به علت ملی کردن حقوق قراردادی طرف خارجی یا سایر اقدامات یکجانبه دولت صورت گرفته، در نظام حقوقی فراملی یک عمل غیرقانونی تلقی می‌شود و از این رو مستلزم جبران خسارات به مبلغی معادل «اعاده وضع به حالت اول» (*restitutio in integrum*) یعنی خسارات واقعی به اضافه خسارات عدم‌النفع است.

88. Id.

89. See Sapphire, supra note 73, at 172.

90. See Topco, supra note 1, at 11-18.

البته در پرونده امین اوایل دولت کویت (خواننده) مخالف آن بود که علاوه بر حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، یک نظام حقوقی ثالث بنام «حقوق فراملی» هم وجود دارد که طبق آن فسخ قرارداد توسط دولت کویت، فی‌نفسه غیرقانونی است و متضمن پرداخت خسارت نیز می‌باشد. به عبارت دیگر، دولت کویت می‌گفت صرف این که بطور کلی قبول دارد که روابط قراردادی فراملی می‌تواند آزادانه به داوری فراملی ارجاع شود، به این معنی نیست که حکومت چیزی بنام سیستم حقوق فراملی را بر مسائل حقوقی ماهوی این پرونده نیز بپذیرد. در حقیقت استدلال اصلی کویت که دیوان هم عملاً آن را پذیرفته بود،^{۹۱} درست در جهت عکس این سخن بود که قرارداد امتیاز امین اوایل منحصراً تابع حقوق فراملی باشد. بدین قرار، باید بین دو مطلب تفکیک قائل شد: (۱) روابط قراردادی فراملی به این معنی که از حوزه شمول یک نظام حقوق داخلی بیرون می‌رود، و (۲) ادعای این که این نوع روابط فراملی منحصراً مشمول پاره‌ای اصول کلی حقوقی است که به دقت برگزیده شده و یک نظام حقوقی مستقل را تشکیل می‌دهد و در جایی بین حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل (عمومی و خصوصی) شناور است.

هیأت داوری در پرونده امین اوایل، حکومت قانون داخلی کشور میزبان (کویت) بر قرارداد را به عنوان قانون مناسب پذیرفت و مفهوم حقوق فراملی را که شرکت امین اوایل به خاطر خارج کردن قرارداد از حوزه حقوق داخلی پیش کشیده بود، تلویحاً رد کرد و برای اصول کلی حقوقی آنچنان که در حقوق کویت وجود داشت، نقش خاصی قائل گردید.^{۹۲} دولت کویت در لوایح خود با اشاره به این واقعیت ابتدایی - که

91. See Aminoil, supra note 3, at 1000.

92. Id.

به نظر می‌رسد در حال فراموش شدن است - استدلال کرده بود که دولت در مفهوم جدید آن یعنی عضو سازمان ملل متحد، به عنوان یکی از تابعان حقوق بین‌الملل عمومی، مسؤولیت‌ها و تعهداتی برعهده دارد و مضمون و مفاد همین مسؤولیت‌های حقوق بین‌الملل است که یک جزء ذاتی از نظام حقوق داخلی را تشکیل می‌دهد که دولت به موجب قانون اساسی موظف به رعایت آن است. بنابراین، لازم نیست محدودیت‌های دولت در اعمال حقوق و اختیارات خود ناشی از یک سیستم حقوقی غیرملی (فراملی) باشد و از بیرون بر دولت تحمیل شود، بلکه منشأ این نوع محدودیت‌ها در داخل است و ناشی از این ملاحظه است که قواعد حقوق بین‌الملل جدید، بخشی از نظام حقوقی کشور در معنای وسیع آن است.

در پرونده امین اوایل نیز هیأت داوری با قبول مبنای همین استدلال، اعلام کرد که «سیستم حقوقی کویت یک سیستم بسیار متحول و پویا است و دولت کویت با دقت و زحمت تأکید نموده که حقوق بین‌الملل مسلم و موجود، ضرورتاً بخشی از سیستم حقوق داخلی است».^{۹۳}

علاوه بر این، هیأت داوری در مورد بعضی اصول راهنما که در بند ۲ ماده ۳ موافقتنامه داوری درباره نحوه تعیین قانون حاکم آمده بود،^{۹۴} نیز نظراتی داده که شایان توجه است. درباره وصف و «جایگاه طرفین» در رأی تأکید شده که «کویت، دولتی است صاحب حاکمیت که عهده‌دار حفظ منافع عمومی جامعه است که قوانین آن بخش اصلی روابط درون جامعه را در چارچوب دولت می‌سازد».^{۹۵} اما در مورد «ویژگی فراملی

93. Id.

۹۴. ماده ۳ (بند ۲) موافقتنامه داوری چنین است:

«قانون حاکم بر موضوعات ماهوی بین طرفین توسط دیوان داوری و با توجه به موقعیت و جایگاه طرفین، ویژگی فراملی روابط ایشان و اصول حقوقی و رویه جاری در جهان مدرن، تعیین خواهد شد».

95. Id. at 1001.

روابط طرفین» و نیز «اصول حقوقی و رویه غالب در جهان مدرن» که در ماده مذکور قید شده، رأی به سادگی می‌گوید که «این ماده صرفاً به محتوای غنی و فایده‌توان قواعد حقوقی که از هیأت داوری خواسته شده آنها را اعمال نماید، اشاره می‌کند».^{۹۶} علاوه بر این، هیأت داوری در رأی خود می‌گوید که در قرارداد موضوع پرونده مطروحه، عناصر حقوقی مختلف به نحو مطلوب با هم ترکیب شده به نحوی که به انسجام و تحول «یک نظام واقعی اقتصادی بین‌المللی در حوزه سرمایه‌گذاری» براساس تعامل بین دو اصل بنیادی زیر کمک می‌کند و آن را به پیش می‌برد: (۱) «حقوق بین‌الملل بخشی از قوانین کویت است»، و (۲) «اصول کلی حقوقی بر همین قیاس، حق دولت را به عنوان عالی‌ترین حافظ منافع عمومی، به رسمیت می‌شناسد و تصدیق می‌کند».^{۹۷}

در حقیقت، هیأت داوری در پرونده امین اوایل این نکته را پذیرفته که اصول حقوق بین‌الملل خصوصی لزوماً به اعمال قانون داخلی کشور میزبان، به عنوان قانون مناسب منجر می‌شود. مع‌ذک، این قانون مناسب در درون یک نظام حقوقی جهانی اجرا می‌شود، و همین نظام حقوقی جهانی است که برای تعیین محدودیت‌هایی که جامعه جهانی درباره اموری که فراتر از حوزه صلاحیت انحصاری داخلی دولتها است، بر آنها تحمیل می‌کند، قواعد و ضوابط لازم را وضع می‌نماید. به این ترتیب است که حقوق بین‌الملل عمومی که حسب تعریف، متضمن اصول کلی حقوقی نیز هست، در روابط حقوقی فراملی دارای نقش می‌باشد و مؤثر است. قلمرو این نقش محدود به این نیست که صرفاً پاره‌ای قواعد تفسیر قراردادهای فراملی را ارائه کند یا خلأهای قانون داخلی را پر کند، بلکه تا آنجا پیش

96. Id.

97. Id.

می‌رود که می‌تواند آنچه را «نظم عمومی بین‌المللی» به معنای صحیح کلمه است، نیز تعیین نماید. همانطور که در صورت تعارض قوانین داخلی، نظم عمومی داخلی می‌تواند مانع از اجرای قانون خارجی شود، در حوزه روابط فراملی نیز حقوق بین‌الملل بطور کلی، و اصول کلی حقوقی بطور خاص می‌تواند مانع از اجرای قانون داخلی کشور میزبان گردد. این‌گونه است که در مواردی که ضابطه‌ای در مورد تشخیص نظم عمومی وجود ندارد که دیوان فراملی مربوط - که ذاتاً فاقد «قانون مقرر» (*lex fori*) می‌باشد - به آن توسل جوید، حقوق بین‌الملل این قبیل ضوابط کنترل‌کننده نظم عمومی را به دست می‌دهد.

داور یا داورانی که در سطح فراملی مشغول رسیدگی می‌باشند و به هرحال قاضی بین‌المللی محسوب نمی‌شوند، مایل نیستند حساسیت‌های دولت طرف دعوی را تحریک کنند و مثلاً با لسانی صریح بگویند که مصوبات داخلی یا بعضی تصمیمات دولت را به علت مخالفت آنها با الزامات ناشی از حقوق بین‌الملل، اجرا نمی‌کنند، بلکه برای این که خلأهای ناشی از امتناع از اجرای قانون داخلی دولت را جبران کنند، مطلب را با لسان دیپلماتیک بیان می‌کنند و با اشاره به حقوق بین‌الملل، تحت عنوان موضوعاتی که «نمی‌تواند تابع قانون داخلی هیچ کشوری باشد» - همچنان که در رأی پرونده آرامکو ذکر شده،^{۹۸} - یا این که «حقوق بین‌الملل بخشی از حقوق داخلی کشور میزبان است»^{۹۹} - همچنان که در رأی امین اوایل آمده است - از آن سخن می‌گویند.

فایده‌ها و آثار رأی امین اوایل به نکاتی که در بالا نقل کردیم، محدود نیست. اما ذکر همین نکات موجب شد که شرکت‌های خارجی در

98. Aramco, supra note 25, at 172.

99. Aminoil, supra note 3, at 1001.

ادعاهایی که پس از این رأی مطرح نمودند، مسأله قابل اعمال بودن قانون داخلی کشور میزبان را به جد ملحوظ و مورد توجه قرار دهند. علاوه بر این، مطابق ضابطه‌ای که در رأی امین‌اوایل برای اعمال قانون داخلی کشور میزبان ذکر شده، دیوانهای فراملی، قانون داخلی کشور میزبان را به عنوان قانون مناسب در قراردادهای توسعه اقتصادی، تا جایی اجرا می‌کنند که به نقض الزامات ناشی از حقوق بین‌الملل منجر نشود. رأی مذکور حاوی مجموعه‌ای ارزشمند و غنی از راه‌حل‌های مشخص است که با توجه به همین ضابطه، ارائه شده است. هیأت داوری پرونده امین‌اوایل، این ضابطه را در سه سطح متوالی اعمال کرده است: (الف) ماهیت و قلمرو حقوق و تعهدات طرفین در قراردادهای نفتی؛ (ب) حدود اختیارات دولت که می‌تواند بر حقوق طرف خارجی قرارداد اثر گذارد؛ و (ج) طرق جبران خسارت که در صورت نقض قرارداد توسط هریک از طرفین، در اختیار طرف دیگر می‌باشد. این سه موضوع را ذیلاً بررسی می‌کنیم، اما قبل از آن بد نیست مختصری از تاریخچه داوری امین‌اوایل ذکر کنیم.

قرارداد امتیاز امین‌اوایل در ژوئن ۱۹۴۸ بین شیخ کویت و شرکت امین‌اوایل امضا شد و بعداً در سالهای ۱۹۶۱ و ۱۹۷۳ اصلاح گردید و مورد تجدید نظر قرار گرفت. دولت کویت در ۱۹ سپتامبر ۱۹۷۷ فرمان ملی شدن شرکت نفت امین‌اوایل را صادر نمود و به دنبال آن کمیته‌ای برای تعیین مبلغ غرامت تشکیل گردید، اما شرکت امین‌اوایل در سال ۱۹۷۹ و براساس ماده ۱۸ قرارداد امتیاز به داوری مراجعه کرد و موافقتنامه داوری بین طرفین امضا شد. هیأت داوری به ریاست «پل رویتر» (Paul Reuter) که توسط رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) منصوب شده بود، تشکیل شد و با توافق طرفین، محل داوری فرانسه انتخاب شد.

طبق ماده ۴ موافقتنامه داوری ۱۹۷۹ درباره حقوق فرانسه به عنوان آیین دادرسی توافق کردند اما در مورد قانون ماهوی حاکم، موضوع به داوران محول گردید. موضع دولت کویت آن بود که قانون حاکم، قانون داخلی کشور میزبان (کویت) است اما شرکت امین‌اوایل استدلال می‌کرد که با توجه به طبع فراملی و بین‌المللی قرارداد امتیاز، قرارداد تابع اصول کلی حقوقی مانند اصل وفای به عهد، اصل جبران خسارت و اصل حق مکتسب می‌باشد. به نظر امین‌اوایل، ملی کردن حقوق قراردادی او خلاف اصول فوق بوده و از نوع سلب غیرقانونی مالکیت است و از این رو مستحق جبران خسارت معادل «اعاده مال به وضع اولیه» می‌باشد.

هیأت داوری سرانجام فسخ و ملی کردن قرارداد را مشروع و قانونی دانست و اعلام کرد که قرارداد تابع قانون داخلی دولت طرف قرارداد (کویت) است، منتهی تا جایی که قانون مذکور با حقوق بین‌الملل مغایر نباشد و از انتظارات معقول سرمایه‌گذار خارجی (امین‌اوایل) حمایت کند. رأی داوری امین‌اوایل، تئوری بین‌المللی کردن قرارداد را رد کرد و در مورد شرط تثبیت و آثار آن بویژه از حیث تلفیق آن با حق حاکمیت دولت، نیز نوآوری‌هایی نمود که در مباحث بعدی با تفصیل بیشتر درباره آنها بحث می‌کنیم.

در مورد میزان خسارت، مهم‌ترین نکته در رأی داوری امین‌اوایل اعمال ضابطه «انتظارات مشروع» طرف خارجی است.

الف - قانون حاکم در مورد ماهیت و قلمرو حقوق و تعهدات متقابل

طرفین

همانطور که پیش از این گفتیم،^{۱۰۰} رأی پرونده امین اوایل ویژگی خاص طرفین را در این واقعیت دانسته که یکی از آنها یک دولت صاحب حاکمیت است که به عنوان دولت، امتیاز اکتشاف تنها منابع کانی خود یعنی نفت را با این ملاحظه که کلیه فعالیت‌ها و عملیات اکتشافی در سرزمین آن دولت صورت خواهد گرفت، طی قراردادی به طرف دیگر که یک شرکت خارجی است اعطاء کرده است. از این رو کاملاً منطقی است که گفته شود منشأ اختیار دولت برای انعقاد چنین قراردادی در نظام حقوق عمومی است که در آن کشور حاکم و جاری است و در نتیجه انجام عملیات اکتشاف طبق قرارداد نمی‌تواند از قلمرو اختیارات انتظامی و نیز از حقوق و امتیازات خاص مرجع دولتی برکنار بماند. بنابراین نه تنها قوانین داخلی کشور میزبان بطور کلی، بلکه بطور مشخص تر قواعد حقوق عمومی آن کشور است که ماهیت و نیز قلمرو حقوق مکتسبه به موجب قرارداد و همچنین نحوه تفسیر آن را معلوم می‌کند. همانطور که امروزه در همه سیستم‌های حقوقی در سراسر جهان - از جمله در سیستم‌های حقوق عرفی - مشاهده می‌کنیم، این قواعد حقوق عمومی با نمونه‌های اولیه آن در حقوق کلاسیک قراردادی که در قرن نوزدهم وجود داشت و ثابت و غیرقابل تغییر بودند، فرق می‌کند و متضمن ایجاد نوع متفاوتی از روابط حقوقی است که ویژگی آن، پویایی و گردش‌پذیری اساسی است.^{۱۰۱} رأی

۱۰۰. ر.ک. پاورقی ۹۴ و توضیح آن در متن.

101. See Asante, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, 28 Int'l & Comp. L. Q. 401; Londo, Renegotiation and Revision of International Contracts: An Issue in the North-South Dialogue, 23 Ger. Y.B. Int'l L. 37 (1980); Smith and Wells, Mineral Agreements in Developing Countries: Structures and Substance, 69 AJIL 560 (1975); and

امین اوایل نیز همین مفهوم از قواعد حقوق عمومی و آثار آن را در نظر دارد و بر آن تأکید می‌کند:

«قراردادهای امتیاز دستخوش تغییرات زیاد و دگرگونی‌های کلی و عمیقی شده که ابتدا در خاورمیانه و سپس در کشورهای سراسر جهان رخ داده است... این تحولات باعث دگرگونی بزرگی در ویژگی‌های قرارداد امتیاز گردیده به نحوی که ماهیت رژیم امتیاز تغییر کرده و ویژگی قرارداد را بخود گرفته که به موجب آن، در اغلب نظامهای حقوقی دنیا، دولت با این که مکلف به حفظ و رعایت تعادل قراردادی است، در عین حال از حقوق و مزایای خاصی نیز برخوردار است».^{۱۰۲}

هیأت داوری پرونده امین اوایل می‌گوید نتیجه «تغییر ماهیت قرارداد که در طول زمان رخ داده، و نیز نتیجه رضایت یا رفتار طرفین قرارداد»^{۱۰۳} آن بوده که قواعد حقوق عمومی در حقیقت نسبت به طرف خارجی قرارداد نیز لازم‌الاجرا شده است، بدون این که نیازی به کسب موافقت و رضایت او باشد. برای نشان دادن نمونه‌ای از قواعد آمره حقوق عمومی، دو مورد روشن در رأی مذکور آمده است: اول، در خصوص تحریم‌های کویت در مورد محموله‌های نفت شرکت امین اوایل به مقصد کشورهای دیگر که در جریان جنگ ۱۹۷۳ [اعراب و فلسطین] اعمال شده بود که دیوان داوری می‌گوید «هرچند در قراردادهای امتیاز چنین شرطی وجود ندارد، اما عمل کویت در تحریم دارنده امتیاز [امین اوایل] موجه و صحیح بوده است».^{۱۰۴}

Walde, Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development, 10 U.Miami J. Int'l L. 221 (1978).

102. Aminoil, supra note 3, at 1023-1024.

103. Id. at 1024.

104. Id. at 1008.

دوم، در خصوص اقدامات یکجانبه و درازمدت کشورهای عضو اوپک، از جمله کویت، که با قصد تثبیت قیمت نفت و افزایش مبلغ حق الامتیاز و مالیات اتخاذ گردید. با این که اقدامات مذکور آثار و پیامدهای مهمی داشته و از آنها به عنوان اقداماتی یاد شده که «نه تنها بر قیمت‌ها بلکه بر ماهیت قراردادهای امتیاز اثر انقلابی و دگرگون‌کننده داشته ... و آنها را به قرارداد خدمات (پیمانکاری) دوفاکتو مبدل نموده است»^{۱۰۵} اما دیوان داوری در قابل اجرا بودن آنها [نسبت به طرفهای خارجی قراردادها] تردیدی به خود راه نداده و آنها را معتبر و لازم‌الاجرا دانسته است.

ب - حدود اختیارات مبتنی بر حقوق عمومی دولت برای مداخله در

قراردادهای نفتی

رای صادره در پرونده امین اوپل تأیید نمود که قراردادهای توسعه اقتصادی، امروزه دستخوش تحول ماهوی بزرگی شده و در قبال آثار ناشی از حقوق و امتیازات مبتنی بر حقوق عمومی کشور میزبان مصونیت مطلق ندارد، و بدین سان خود را از تئوری کلاسیک غیرمحملی کردن قراردادهای حق الامتیاز که آنها را صرفاً مشمول یک اصل کلی حقوقی یعنی اصل وفای به عهد (*pacta sunt servanda*) می‌دانست و در طول عمر ۶۰ ساله‌اش، قراردادهای امتیاز را خارج از صلاحیت قانون کشور میزبان تلقی می‌کرد؛ رها نمود. این مفهوم خارج کردن قرارداد از حکومت قانون داخلی که نخست در رأی پرونده بی.پی. و نیز پرونده لیامکو^{۱۰۶} مورد استناد قرار گرفت و بعداً نیز در رأی صادره در پرونده تاپکو مورد حمایت پروفیسور دوپوئی واقع شد،^{۱۰۷} لزوماً به این نتیجه منتهی می‌شود که هرگونه

105. Id. at 1009.

106. See BP, supra note 28, at 332; Liamco, supra note 30, at 54.

107. See Topco, supra note 1, at 31.

مداخله دولت که بر شروط و مفاد قرارداد امتیاز تأثیر بگذارد، فی نفسه یک عمل غیرقانونی است که به شرکت خارجی دارنده حق الامتیاز حق می‌دهد ادعای «اعاده وضع به حالت سابق» را مطرح نماید، و این یعنی لغو کلیه مداخلات و اقدامات دولت و رفع آثار آن. اما به عقیده هیأت داوری در پرونده امین اوایل نحوه برخورد پروفیسور دوپوئی با قضیه با هیچ‌یک از سیستم‌های حقوقی معاصر تطبیق نمی‌کند.

هیأت داوری در پرونده امین اوایل هنگام بررسی شرط تثبیت که در ماده ۱۷ قرارداد امتیاز سال ۱۹۴۸ آمده بود،^{۱۰۸} پاره‌ای مفاهیم اساسی را مطرح و ارائه نموده که خلاصه آنها چنین است:

(۱) شرط تثبیت باید به صورت مضیق تفسیر شود و نیز باید طوری تفسیر شود که فقط در برابر اقداماتی که دارای طبیعت مصادره‌ای هستند حمایت لازم را به طرف خارجی قرارداد بدهد.

(۲) ملی کردن، عمل مصادره‌ای نیست و از این رو مشمول شرط تثبیت نمی‌شود.

(۳) شرط تثبیت معمولاً در معنای ایجاد یک محدودیت موقت برای طرف دولتی قرارداد تلقی می‌شود و متضمن حمایت از طرف خارجی قرارداد در کوتاه مدت است، لکن اگر مثلاً به مدت ۶۰ سال برای دولت ایجاد محدودیت نماید، در واقع یک محدودیت عمومی است که به دشواری با اختیارات ذاتی دولت همسو و همخوان است.

(۴) شرط تثبیت و شروط مشابه آن ارزش خاصی دارند، زیرا «بطور ضمنی مقرر می‌کند که ملی کردن نباید ماهیت مصادره‌ای داشته باشد، و

۱۰۸. ماده ۱۷ قرارداد امتیاز سال ۱۹۴۸ چنین است: «شیخ، نباید به موجب قانون عمومی یا خاص یا به موجب اقدامات اداری یا هرگونه عمل دیگری، این قرارداد را لغو کند، مگر در موردی که در ماده ۱۱ آمده است. شیخ یا شرکت نباید هیچ‌گونه تغییری در این قرارداد بدهند مگر در صورتی که طرفین متفقاً توافق نمایند که به نفع هر دو طرف است که تغییرات یا حذف یا الحاقی در قرارداد انجام شود».

بدین‌سان جبران خسارات مناسب را به عنوان شرط ملی کردن، لازم می‌نماید».^{۱۰۹}

کوتاه سخن آن‌که، هیأت داوری در پرونده امین اوایل استدلال منسجم و سازگاری را ارائه کرد و حد وسط را گرفت و بین دو اصل ظاهراً متعارض تلفیقی برقرار نمود: اصل مؤثر بودن اقدامات دولت که حق ملی کردن را برای دولت تثبیت می‌کند، و اصل حمایت و تضمین انتظارات مشروع طرف خصوصی قرارداد که حق غرامت مناسب را برای او تأمین می‌کند به نحوی که بار مالی اقداماتی که بنام منافع عمومی کشور میزبان انجام می‌شود [ملی کردن]، به او تحمیل نشود. نتیجه نهایی حاصل از رأی امین اوایل این بود که فسخ قرارداد امتیاز را مشروع و قانونی دانست، و استدلال نمود که «ضبط حقوق امین اوایل در سال ۱۹۷۷ توسط دولت کویت، با مفاد قرارداد امتیاز ناهماهنگ و ناسازگار نبوده است».^{۱۱۰}

افزون بر این، در نظر هیأت داوری در پرونده امین اوایل همین‌که ملاحظات کافی برای توجیه فسخ قرارداد وجود داشته باشد، فسخ یکطرفه قرارداد کاملاً مشروع و قانونی به شمار می‌رود. هیأت داوری نه تنها از این‌که حق فسخ یکطرفه را منتفی بداند خودداری نموده، بلکه شرایط لازم برای استیفای این حق را نیز بیان کرده که به نظر هیأت همان «اقتضائات ناشی از وظایف اصلی دولت» است.^{۱۱۱} اما برتر از همه، هیأت داوری این نکته را هم روشن کرده که فسخ قرارداد به عنوان یک امتیاز مبتنی بر

109. Id. at 1023.

110. Id. at 1024.

111. Id. at 1022.

حقوق عمومی که در اختیار دولت است، می‌تواند قبل از رجوع به داوری نیز انجام شود.^{۱۱۲}

بالاخره، در مورد موضوعات دیگری مانند «رویه مناسب در حوزه نفتی» (good oil-field practice) که شرکت خارجی مکلف است حین اکتشاف حوزه‌های نفتی رعایت کند نیز هیأت داوری گفته است دولت طرف قرارداد برای الزام طرف خارجی به رعایت تعهداتی که در قرارداد وجود ندارد، دارای اختیارات قانونگذاری برتر می‌باشد و اضافه کرده که «منشأ این اختیارات یا ناشی از حق قانونگذاری دولت و وضع مقررات است، و یا ناشی از خود قرارداد امتیاز».^{۱۱۳}

در رأی داوری پرونده امین اوایل پذیرفته شده که ملی کردن یک عمل مشروع و قانونی است، و فسخ قرارداد قبل از مراجعه به داوری نیز مجاز و موجه است و نیز تأیید نموده کشور میزبان حق دارد مقرراتی وضع کند که تعهدات جدیدی برای طرف خارجی ایجاد نماید. در واقع، این یافته‌ها مبتنی بر یک اصل کلی حقوق بین‌الملل خصوصی است که به موجب آن قواعد آمره و حقوق عمومی که در چارچوب سیستم حقوقی ذی‌ربط و صلاحیتدار وضع می‌شود، قابل اجرا و اعمال است. طبق این رأی، قراردادهای اکتشاف منابع طبیعی، بالضروره مشمول اختیارات قانونگذاری کشور میزبان و نیز حقوق و امتیازات ویژه دولت است که بنام حاکمیت ملی و سرزمینی و حق مسلم خود اعمال می‌کند. قابل اعمال بودن این قبیل اختیارات و حقوق ویژه دولت در مورد کلیه روابط حقوقی موجود، اعم از عمومی یا خصوصی، ناشی از این اصل کلی حقوق بین‌الملل خصوصی است که به موجب آن، همانطور که پیش از این گفتیم

112. Id. at 1026-1027.

113. Id. at 1028.

(بند ب، ص ۶۷)، قواعد آمره حقوق عمومی لازم‌الاجرا و قابل اعمال است
(règles d'application immédiate).

با این همه، قابل اعمال دانستن قواعد حقوق عمومی پیامدهای حقوقی خاصی هم دارد، زیرا دولت در همان حال که حق دارد اختیارات قانونگذاری یا حقوق ویژه خود را اعمال کند، یک طرف قراردادی نیز هست که به موجب قرارداد، در برابر طرف خارجی تعهداتی را برعهده دارد. تحت همین عنوان (طرف قرارداد بودن) است که دولت تکالیفی را برعهده دارد که از جمله، این تعهد کلی است که موازنه و تعادل قراردادی را به هم نزنند و تکالیف اضافی و غیرموجه بر دوش طرف خارجی قرارداد نگذارد. از این رو، با فرض این که اقداماتی که دولت اتخاذ می‌کند مشروع و موجه است، یک مسأله همچنان باقی می‌ماند و آن عبارت است از تعیین طرق جبران [خواسته‌هایی] که طرف خصوصی قرارداد برای بازگرداندن تعادل قراردادی یا اگر اعاده آن ممکن نباشد، برای جبران خسارت به نحو مناسب در اختیار دارد.

ج - طرق جبران برای طرف خصوصی قرارداد در قبال مداخله‌های دولت در قرارداد

دخالت دولت در قراردادهای نفتی که تعادل آن را به هم زند یا حتی فسخ قرارداد توسط دولت، فی‌نفسه عمل غیرقانونی نیست. مهم‌ترین اصل حقوقی که در رأی امین‌اوایل آمده همین نکته است که خود، پیامد منطقی این دو مطلب است: (۱) خصوصیت سیال و تحول‌یابنده روابط قراردادی برای سازگاری با اوضاع و احوال جدید، و (۲) اختیارات ذاتی دولت برای وضع مقررات و نیز حقوق خاص دولت که به نام منافع عمومی اجرا می‌نماید.

با این همه، بیان این مطلب در رأی امین اوایل فقط نیمی از واقعیت را که تحت نظام‌های حقوقی مختلف وجود دارد و می‌توان اصول کلی مربوط را از آن استنباط کرد، بازگو می‌کند. نیم دیگر واقعیت آن است که بینیم در چنین شرایطی، طرف خصوصی قرارداد چه طریقی برای جبران دارد، زیرا قرار نیست بار آنچه بنام دولت و حفظ منافع عمومی اجرا می‌شود، بر دوش طرف خارجی قرارداد باشد. اگر شرکت خارجی طرف قرارداد از آنچه طریق جبران مناسب نامیده می‌شود، محروم شود آنگاه هرگونه مداخله دولت در قرارداد (اعم از این که تعادل قراردادی را بر هم زند یا آن را فسخ کند) به معنای ضبط و مصادره حقوق طرف خارجی است که مسلماً متضمن مسؤولیت دولت خواهد بود.

رأی صادره در پرونده امین اوایل از حیث بیان اصول حاکم بر روش‌های جبران خسارت و نیز قواعد و ضوابط اجرای آنها حاوی بیشترین رهنمودی است که تا به حال یک دیوان داوری فراملی، ارائه کرده است. رأی مذکور ملی کردن را عملی کاملاً مشروع می‌داند که با قواعد حقوق بین‌الملل عمومی درباره سلب مشروع مالکیت - یعنی وجود نفع عمومی و عدم تبعیض - منطبق است،^{۱۱۴} و آنگاه به بیان طرق جبران که بر طبق قواعد و اصول حقوق بین‌الملل در اختیار طرف خصوصی قرارداد است، می‌پردازد و می‌گوید:

«آنچه اکنون دیوان داوری باید به آن پردازد ... عبارت است از اتخاذ

تصمیم مطابق قانون که در اینجا به معنای حقوق بین‌الملل است و بخشی

از قوانین کویت را نیز تشکیل می‌دهد».^{۱۱۵}

114. Id. at 1018-1020.

115. Id. at 1032.

در خصوص ضوابط و قواعد حقوق بین‌الملل در زمینه غرامت، رأی امین اوایل عمدتاً به «قواعد حاکم بر ملی کردن مشروع»^{۱۱۶} که به بهترین وجه در قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی ملل متحد مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۲ در مورد حاکمیت دائمی کشورها بر منابع طبیعی منعکس شده، مراجعه و استناد کرده است.^{۱۱۷} ماده ۴ این قطعنامه در مورد وضع قاعده «غرامت مناسب»، در واقع متضمن بیان قاعده حقوق بین‌الملل موضوعه در خصوص مسأله غرامت است. هیأت داور، ادعای امین اوایل (خواهان) را در مورد مطالبه معادل پولی «اعاده وضع به حالت سابق» را رد کرده و متقابلاً ادعای کویت (خواننده) مبنی بر محاسبه ارزش دفتری به عنوان خسارت امین اوایل را که در پاره‌ای توافقات بین‌المللی مربوط به صنعت نفت مورد عمل واقع شده، نیز مردود دانسته است، و بجای اینها اساس کار خود در تعیین خسارت را بر «انتظارات مشروع» طرفین قرارداد نهاده است،^{۱۱۸} و آنگاه مبنایی که باید برای «ارزیابی انتظارات مشروع طرفین اعمال شود» اتخاذ کرده است.^{۱۱۹} در بین مهم‌ترین عناصری که باید از این حیث ملحوظ گردد، هیأت داور بر دو عامل تأکید کرده است: (۱) وجود شرط تثبیت در قرارداد، از این حیث که برای دارنده حق الامتیاز (طرف خارجی قرارداد) انتظار مشروعی ایجاد می‌کند، و (۲) انتظارات معقول کارآفرینان و شرکت‌هایی که در شرایط مشابهی عمل می‌کنند. هیأت داور سپس نتیجه گرفته که به نظر او هدف و مقصود شرکت خارجی از انعقاد قرارداد «بازگشت سرمایه‌گذاری با نرخ معقول» بوده است.^{۱۲۰}

116. Id. (emphasis added).

117. See supra note 22.

118. Aminoil, supra note 3, at 1034-1036.

119. Id. at 1037.

120. Id.

توضیح و تفصیل این موضوع و سایر اصول و مبانی قانون ماهوی که هیأت داوری پرونده امین اوایل در این زمینه اعمال کرده، محتاج تحقیق مستقلی است که درباره اهمیت آنها در دعاوی نفتی آینده بحث کند. اما آنچه به نظر نگارنده نقطه عطفی در حقوق داوری معاصر به شمار می‌رود عبارت است از اقدام پروفیسور «رویتز» رئیس هیأت داوری به پیراستن جنبه‌های منفی رأی تاپکو. رأی داوری پرونده امین اوایل در هماهنگی کامل با اصول حقوق بین‌الملل خصوصی به روشنی نشان داده که اجرای حقوق داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم، مانع از این نمی‌شود که همزمان، برای حفظ منافع مشروع طرف خارجی نیز راه‌حل متعادل و متوازی به دست آید. در مقام اعمال قانون داخلی کشور میزبان، ابتدا باید مشروعیت و قانونی بودن مداخله طرف دولتی در قرارداد که به قطع یا فسخ رابطه قراردادی منجر شده است، و نیز پیامدهای حقوقی این مداخله بررسی شود و سپس نتیجه حاصله تحت قانون داخلی، به حقوق بین‌الملل عرضه شود و در پرتو اصول حقوق بین‌الملل ارزیابی گردد، به نحوی که احراز شود راه‌حلی که حسب مورد به دست می‌آید، با اصول و موازین حقوق بین‌الملل که بخشی از نظام حقوق داخلی همان کشور را نیز تشکیل می‌دهد و برای دولت و دستگاه قانونگذاری، اجرایی و قضایی آن نیز لازم‌الاجرا است؛ منطبق و سازگار است.

شیوه‌ای که هیأت داوری سه نفره در پرونده امین اوایل به اتفاق آراء پذیرفته و به آن رأی داده‌اند، بطور کلی شبیه همان شیوه‌ای است که در دیوان‌های داوری مختلط پس از جنگ جهانی اول مورد عمل بوده است. پروفیسور «لیپستین» در تحقیق جامع و ژرف خود از رویه این دیوان‌های داوری مختلط که حدود ۴۰ سال قبل در انجمن گروسیوس انجام و ارائه داده است، رویه این دیوان‌ها را با عباراتی موجز چنین بیان کرده است:

«نخست، دیوان داوری باید معلوم کند و تصمیم بگیرد که آیا در پرتو حقوق داخلی، خواهان هیچ نفع مالکانه خصوصی دارد یا نه ... پس از این که با تحقیقات مقدماتی ثابت شد که یک حق مبتنی بر حقوق خصوصی وجود دارد، آنگاه دیوان داوری باید در مرحله دوم بررسی کند که آیا نقض حقی که تحت حقوق داخلی کسب شده است، تحت حقوق بین‌الملل یک عمل غیرقانونی هست یا نه».^{۱۲۱}

رأی داوری امین‌اوایل هم علی‌الاصول همین شیوه را برگزیده و اجرا کرده است. ابتدا حقوق و تعهدات طرفین را تحت قانون حاکم که همان قانون داخلی کشور میزبان (کویت) است، مشخص و احراز کرده، و سپس قانونی بودن یا نبودن دخالت‌ها و اقداماتی که دولت طرف قرارداد با استناد به قانون داخلی خود به عمل آورده، تحت حقوق بین‌الملل (از جمله تحت اصول کلی حقوقی) مورد بررسی قرار داده است. البته داوران در پرونده امین‌اوایل در بررسی آثار و پیامدهای اقدامات دولت نسبت به قرارداد، گام سومی نیز برداشته‌اند: آیا اقدامات و مداخلات دولت در قرارداد، تحت حقوق بین‌الملل نیز مشروع و قانونی بوده است (یعنی از حیث قواعد و ضوابط تعیین غرامت مناسب) یا غیرقانونی و نامشروع (یعنی قواعد مربوط به خسارات لازم‌الاداء از باب مسؤولیت دولت).

گرچه هیأت داوری در پرونده امین‌اوایل، یک دیوان بین‌المللی به معنای بین‌الدولی که به موجب عهدنامه بین دولتها تشکیل شده باشد، نیست، اما مراجعه آن دیوان به اصول و قواعد ماهوی حقوق بین‌الملل از درجه دوم - که مستقیماً راه‌حل ماهوی را به دست می‌دهد - که به موجب

121. Lipstein, Conflict of Laws before International Tribunals, 29 Trans, of the Grotius Society 55-56 (1944) (emphasis added).

اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی از نوع درجه اول انجام شده، موجه است، زیرا اصول درجه اول حقوق بین‌الملل خصوصی مرجع رسیدگی را مجاز می‌دارد محصول قواعد حل تعارض را کنترل کند و در مواردی که ببیند اجرای قانون قابل اعمال، منجر به نقض نظم عمومی می‌شود، از اعمال آن خودداری ورزد. برای داوری که در سطح فراملی عمل می‌کند، اصول حقوق بین‌الملل (بویژه اصولی که در نظام‌های حقوق داخلی، اصول کلی حقوقی نامیده می‌شود) همان چیزی را شکل می‌دهند که می‌توان آن را نظم عمومی بین‌المللی نامید و در مقام اجرا نقش تصحیح‌کننده دارند. همین نظم عمومی است که به مرجع داوری اجازه می‌دهد که نتایج غیرقابل قبول حاصل از عرضه کل موضوع به حقوق داخلی را کنار بگذارد.

از حیث مقاصد عملی، داوری که در سطح فراملی عمل می‌کند و به دعوی بین دولت و یک شرکت خصوصی خارجی رسیدگی می‌نماید، دقیقاً همان جایگاهی را دارد که داورانی که در سیستم «ایکسید» (ICSID) رسیدگی می‌نمایند و با اجرای ماده ۴۲ (بند ۱) کنوانسیون «ایکسید» مواجه هستند.^{۱۲۲} همانطور که هیأت داوری تجدید نظر که تحت مقررات ایکسید تشکیل شده بود در جریان رسیدگی به ابطال رأی داوری ۲۱ اکتبر ۱۹۸۳ در پرونده «کلاکتر علیه دولت کامرون» گفته است:^{۱۲۳}

۱۲۲. رک. پاورقی ۴۹ و توضیح آن در متن.

123. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge, S.A., and Klöckner Handelsmaatschappij B.V. v. Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ICSID) Case No. ARB/81/2). The award of October 21, 1983 is quoted extensively in English translation in Paulsson, The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: the Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements, 1 J. Int'l Arb. 145 (1984). The dissenting opinion attached to that award is cited extensively in English translation in Niggemann, The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: the Dissenting Opinion, 1 J. Int'l Arb. 331 (1984). Excerpts from the original French text of the award appear at 111 Journal du Droit International 409 (1984). See also 1 News from ICSID, No. 2, at 5 (1984). The May 3, 1985 decision of the *ad hoc* Committee annulling the award is published in English translation at 1 ICSID Rev. – FILJ 89 (1986).

«طبق ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن، در صورت عدم توافق طرفین در مورد قانون حاکم، دیوان داوری قانون داخلی دولت طرف دعوی و ... نیز اصول حقوق بین‌الملل را که مناسب باشد، اعمال می‌کند، این ماده به اصول حقوق بین‌الملل نقشی دوگانه می‌بخشد، بدین معنی که، جز در مواردی که باید مشخص شود آیا قانون داخلی با حقوق بین‌الملل منطبق هست یا نه، اصول کلی حقوق بین‌الملل، نقش تکمیل‌کننده دارند (مثلاً در مواردی که قانون داخلی ساکت باشد یا دچار خلأ باشد) یا در مواردی که قانون داخلی از همه جهات منطبق با اصول حقوق بین‌الملل نباشد، نقش تصحیح‌کننده دارند. منتهی در هر دو حالت، مرجع داوری فقط در صورتی می‌تواند به اصول حقوق بین‌الملل مراجعه و آنها را اعمال کند که قبلاً درباره محتوای قانون داخلی کشور طرف دعوی و نه فقط یکی از اصول آن، تحقیق نموده و آن را احراز کرده باشد و قواعد حقوق داخلی کشور مربوط را نیز اعمال کرده باشد».

بنابراین، هماهنگی با اصول حقوق بین‌الملل خصوصی، مراجعه به حقوق بین‌الملل و اجرای آن موکول به رعایت یک تقدم و تأخر منطقی است، به این معنی که ابتدا باید با تفحص کافی در سیستم حقوقی کشور طرف دعوی، اصول مرتبط با موضوع دعوی استخراج و نسبت به موضوع دعوی اعمال گردد. ولی این شرط، شرطی نیست که با صرف اشاره به پاره‌ای اصول و موازین کلی از قبیل اصل وفای به عهد یا اصل حسن‌نیت، تحقق پذیرد. فقط پس از این امر و نیز در پرتو یافته‌هایی که در جریان تحقیق در حقوق داخلی کشور میزبان حاصل شده است، دیوان داوری مربوط تازه می‌تواند به اصول حقوق بین‌الملل - خواه به منظور تکمیل قانون داخلی مذکور و خواه برای تصحیح رهیافت‌هایی که از قانون داخلی

به دست آمده ولی با موازین حقوق بین‌الملل و از آن جمله اصول کلی حقوقی شناخته شده در نظام‌های حقوقی متمدن جهان معاصر منطبق نیست - مراجعه نماید.

کوتاه سخن آن که، مرجع داوری نمی‌تواند حقوق بین‌الملل را بطور کلی یا بعض منابع آن را بطور خاص، به عنوان قانونی که مستقیماً و ابتدائاً حاکم بر قرارداد است، نسبت به روابط حقوقی طرفین اعمال کند. حقوق بین‌الملل پس از اعمال قانون داخلی و در مرحله ثانوی است که احیاناً شأن اجرا می‌یابد، آن‌هم از حیث پرکردن خلأ قانون داخلی و موضوعاتی که به علت فقدان قواعد مناسب در قانون داخلی کشور طرف دعوی، حل نشده باقی مانده است. افزون بر این، اصول حقوق بین‌الملل نقش نظم عمومی را به معنایی که در شیوه‌های معمولی حقوقی بین‌الملل خصوصی مطرح است، نیز ایفاء می‌کنند.