

شرط ثبات در قراردادهای دولتی

محمد شمسایی *

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۱۳)

چکیده:

شرط ثبات در قراردادهای دولتی یکی از راه‌های تنظیم و تضمین منافع سرمایه‌گذاران خارجی است. علی‌رغم عدم مقبولیت این گونه شروط در میان دولت‌های جهان سوم و نیز دولت‌های در حال توسعه، محبوبیت و مقبولیت این شروط در کشورهای توسعه‌یافته منجر به این امر شده است که سرمایه‌گذاران خارجی، جذابیت دولت‌های سرمایه‌پذیر را بر اساس ثبات در نظام تقنینی و تنظیمی این دولت‌ها می‌دانند. با این حال تنها راه تضمین این ثبات پیش‌بینی شروطی در قراردادهای دولتی است که اصطلاحاً شرط ثبات نامیده می‌شوند. از این رو مقاله‌ی پیش‌رو پس از بین تاریخچه و مفهوم این شرط، به بررسی انواع گوناگون آن می‌پردازد. همچنین درجات مختلف این شروط بسته به هر نظام حقوقی و مطابق با موضوعات سرمایه‌گذاری ممکن است تغییراتی داشته باشند. اعتبار این شروط نیز در نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی مورد توجه حقوقدانان می‌باشد که موضوع بخش پایانی نوشتار حاضر است.

واژگان کلیدی: سرمایه‌گذاری خارجی، شرط ثبات، قرارداد دولتی، حقوق سرمایه‌گذاران، اختیارات تنظیمی و تقنینی

* استادیار حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دانشگاه علامه طباطبائی Drshamsaei@iranbusinesslawyers.com

مقدمه؛^۱

فضای حقوقی مناسب برای سرمایه‌گذاری در دولت میزبان تنها زمانی ارزش واقعی دارد که در تمام مدت طولانی سرمایه‌گذاری، محیط مساعد برای سرمایه‌گذاری تداوم یابد و دولت میزبان با اقدامات خودسرانه‌ی خود حقوق مالی سرمایه‌گذاران را به خطر نیندازد. در نتیجه، سرمایه‌گذاران خارجی می‌بایست در قراردادهای دولتی خود، به‌خصوص با دولت‌هایی که با ریسک‌های سیاسی^۲ متنوع دست‌وپنجه نرم می‌کنند، تضمیناتی را پیش‌بینی کنند که وقوع اصلاحات و تغییرات آتی نامطلوب در قوانین داخلی دولت میزبان حقوق مالی آنان را به مخاطره نیندازد.^۳

از طرف دیگر، در هر قراردادی، از جمله قراردادهای دولتی، هر یک از مواد و شروط از اهمیت خاصی برخوردار هستند. در نتیجه نمی‌توان ادعا کرد که کدام یک از مواد و شروط بر مواد و شروط دیگر تفوق دارند. در راستای اعمال سازوکارهای موجود در جهت حفظ و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی در دولت‌های سرمایه‌پذیر می‌توان اعتقاد داشت که شرط ثبات از مؤلفه‌های اساسی حرکت به سوی ثبات قراردادی می‌باشد. حال، برای تعریف شرط ثبات در ابتدا می‌بایست با مفهوم قراردادهای دولتی آشنا بود. منظور از قراردادهای دولتی آن دسته از قراردادهایی می‌باشند که دولت، اعم از مؤسسات دولتی فاقد ماهیت حقوقی مجزا از دولت یا دارای شخصیت حقوقی مستقل، با اشخاص خصوصی خارجی، اعم از حقیقی یا حقوقی، منعقد می‌کند.^۴ البته

۱. عبارت (Stabilization Clause (SC در ترجمه‌ی تحت‌اللفظی به صورت «شرط ثبات» می‌باشد اما در گفتمان حقوقی عبارت «شرط ثبات» مصطلح می‌باشد و در این مقاله نیز این عبارت مورد استفاده قرار می‌گیرد.

2. Political risks.

3. Irwin, W., "Political Risks: A Realistic View Toward Assessment, Quantification, and Mitigation" in Moran, T., (ed.) *Managing International Political Risks*, 1998, 62.

۴. البته قراردادهایی که میان دولت‌ها برای اعمال تصدی‌گری منعقد می‌شوند نیز در شمول این قراردادها می‌باشند. رک

نیکبخت، حمیدرضا، «مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله تخصصی الهیات و حقوق،

بهار و تابستان، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴، ص ۲۰.

قراردادهایی که میان دولت‌ها برای اعمال تصدی‌گری^۱ منعقد می‌شوند نیز در شمول این قراردادها می‌باشند.^۲

همچنین باید توجه داشت که دولت در این گونه از قراردادها از موضع حاکمیت خویش اقدام به انعقاد چنین قراردادهایی می‌نماید که این امر به نوبه‌ی خود و علی‌رغم مقبولیت و گسترده‌گی این گونه از قراردادها مسائل سیاسی و اجتماعی متعددی را منجر می‌شود. مهم‌ترین مسئله‌ی مورد بحث در این زمینه، نابرابری قراردادی طرفین قراردادهای دولتی می‌باشد که منجر به بروز مسائل حقوقی و ابهامات ماهوی گوناگون می‌گردد. در نتیجه‌ی این نگرانی‌ها، طرفین قرارداد دولتی، علی‌الخصوص سرمایه‌گذار خارجی، دچار تردیدهایی در مورد آینده‌ی قرارداد می‌شوند. در نتیجه برای حل تعارضات و پیشگیری از بروز مشکلات آتی در مفاد قرارداد دولتی شرطی پیش‌بینی می‌گردد که از یک طرف مفاد مواد و شروط مندرج در قرارداد را تثبیت کند و از طرف دیگر قرارداد را از خطرهای محتمل و یا گاه غیر معمول تجاری مصون بدارد. این شروط، راه کار سنتی اعمال این موارد می‌باشند و در کنار انتخاب قواعد غیر ملی به عنوان ابزار کنترل کیفی قوانین ملی توسط سرمایه‌گذاران در قراردادهای دولتی پیش‌بینی می‌گردند.^۳

شرط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری اصولاً به منظور مقابله و تقلیل ریسک سیاسی ابداع شده است. لازم به ذکر است که به تغییر سیاست‌های دولت سرمایه‌پذیر در اصطلاح ریسک سیاسی می‌گویند. شرط ثبات معمولاً در قراردادهای درازمدت و بالأخص در بخش منابع طبیعی در قرارداد سرمایه‌گذاری درج می‌شود. شرط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری به این معنی

1. *Acti iure gestionis*.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی»، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، شماره‌ی ۷، سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۸۴، ص ۱۰۲.

۳. القشیری، احمد، «قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی، چرخش در روند داوری»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل، ش ۲۹، پاییز ۱۳۸۲، ص. ۳۲.

است که طرف دولتی تعهد می‌کند تا قبل از پایان عمر قرارداد با تصویب قوانین و مقررات جدید تعهدات خویش را در قرارداد دستخوش تغییر قرار ندهد.^۱

از طرف دیگر نیز می‌توان معتقد بود که دولت میزبان با پیش‌بینی شرط ثبات در قراردادهای دولتی به دنبال جذب اعتماد هر چه بیشتر سرمایه‌گذاران خارجی در مراحل آغازین فرآیند سرمایه‌گذاری می‌باشد و خواستار این است که فضای حاکمیتی خویش را برای سرمایه‌گذاری‌های خارجی مناسب، مساعد و با حداقل مخاطرات نشان دهد که البته با توجه به ماهیت، طویل‌المدت و نیز سودآور بودن سرمایه‌گذاری‌های خارجی چنین رویکردی دور از ذهن نمی‌باشد. در نتیجه می‌توان این گونه اعتقاد داشت که پیش‌بینی این شرط برای دولت‌های سرمایه‌پذیر نیز دارای کارکردی اعتلایی می‌باشند.^۲

اگرچه در ظاهر امر^۳ هدف از پیش‌بینی چنین شرطی تثبیت و تضمین حقوق طرفین می‌باشد، اما باین حال در منصفی عمل، این شرط، دولت سرمایه‌پذیر را از توسل به قانون‌گذاری و اعمال اعمال حاکمیتی مغایر با شرایط زمان انعقاد قرارداد یا تغییر اوضاع و احوال سرمایه‌گذاری و یا حتی فسخ یک‌جانبه‌ی قرارداد منع می‌کند؛^۴ بنابراین اگرچه شرط ثبات در قراردادهای دولتی شخص خصوصی خارجی را از مداخله و تصمیم‌گیری یک‌جانبه درباره‌ی شرایط قرارداد باز می‌دارد، اما عملاً مانعی برای دولت سرمایه‌پذیر می‌باشد تا قوانین و مقررات خود را در هماهنگی با مفاد قرارداد دولتی خویش نگاه داشته و آن‌ها را همچون زمان انعقاد قرارداد ثابت نگاه دارد و درواقع به هیچ‌گونه عملی که به تغییر اوضاع و شرایط زمان انعقاد قرارداد منجر می‌شود دست نیازد.^۵

۱. پیران، حسین، مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، انتشارات گنج دانش، ۸۶.

2. Mann, Howard, "Stabilization in Investment Contracts: Rethinking the Context, Reformulating the Result", (2011) 1(2) ITN, 6.

3. Prima facie.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، همان، ۱۲۰.

۵. ایرانپور، فرهاد، «نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی دولت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش.

۶۲، زمستان ۸۲، ص. ۶۷.

در نتیجه این شرط دولت سرمایه‌پذیر را از اقداماتی نظیر مصادره‌ی مستقیم یا غیرمستقیم^۱ و یا ملی کردن^۲ اموال و منافع طرف دیگر قرارداد دولتی؛ یعنی شخص خصوصی خارجی منع می‌نماید. البته در صورتی که موارد بالا در سرمایه‌گذاری‌های خارجی اتفاق بیافتد حداقل تضمینی که برای صیانت و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در دسترس می‌باشد جبران خسارت مالی مناسب است که نه تنها همواره مورد توجه دیوان‌های داوری بوده است بلکه به صورت یکی از اصول حقوقی شناخته‌شده‌ی سرمایه‌گذاری خارجی در این حوزه مورد شناسایی قرار گرفته است.^۳ ماهیت وجودی چنین شرطی برای متعهد نمودن بیشتر دولت سرمایه‌پذیر در حفظ و صیانت از منافع و اموال سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد و به دلیل اهمیت وجود ثبات در قراردادهای بلندمدت سرمایه‌گذاری وجود چنین شرطی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. با این حال باید توجه داشت که این شرط تعهد ویژه‌ای را برای دولت میزبان مورد شناسایی قرار می‌دهد. با این مقدمه، مقاله پیش رو ابتدا انواع مختلف شروط ثبات را از نظر می‌گذراند (۱). در بخش (۲) درجات مختلف و تکنیک‌های گوناگون برای تمهید شروط ثبات مورد مذاقه قرار می‌گیرند. بخش پایانی مقاله نیز مرتبط با اعتبار این گونه از شروط در نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی می‌باشد (۳).

۱. انواع مختلف شرط ثبات؛

به منظور حمایت از سرمایه‌گذار در مقابل تغییرات و اصلاحات تقنینی آتی در دولت میزبان سرمایه در زمان تنظیم قراردادهای دولتی تعدادی از روش‌های مختلف پیش‌بینی شرط ثبات به شکل زیر به وجود آمده‌اند:

1. Direct or indirect expropriation.

2. Nationalization.

3. Waelde, Thomas W., George Ndi, "Stabilising International Investment Commitments", (1996) 31 Tex. Int'l Law Journal, 216.

۱-۱. شرط ثبات به معنای اخص کلمه؛^۱

طبق این گونه از شرط ثبات، طرفین هرگونه تغییر یا اصلاح در قرارداد را منوط به توافق مشترک می‌نمایند و طرف سرمایه‌پذیر؛ یعنی دولت از توسل به اختیارات حاکمیتی و بالأخص اختیارات تقنینی خویش برای تغییر یک‌جانبه و یا فسخ قرارداد منع می‌گردد. نمونه‌ای از این شرط را می‌توان به شکل زیر در این گونه از قراردادهای پیش‌بینی نمود:

دولت با قانون‌گذاری عام و یا خاص خویش و یا از طریق هرگونه اقدام اداری یا اجرایی دیگر اقدام به فسخ و یا تغییر مفاد قرارداد حاضر نخواهد نمود.^۲

۲-۱. شرط انجماد؛^۳

طبق این شرط، قوانین موجود در زمان انعقاد قرارداد ثابت در نظر گرفته می‌شوند و بدین وسیله از تسری قوانینی که در آینده به تصویب می‌رسند ممانعت به عمل می‌آید. در این گونه از شروط ثبات، در صورتی که قوانین دولت میزبان حاکم بر قرارداد دولتی باشند توسط طرفین در نقطه‌ای از زمان منجمد فرض می‌شوند. به بیان دیگر، طرفین این گونه توافق می‌کنند که تنها قوانین لازم‌الاجرا در تاریخی خاص حاکم بر قرارداد دولتی باشند. برای مثال معمول است که در قرارداد دولتی تنها قوانین ملی لازم‌الاجرا در زمان انعقاد قرارداد دولتی و یا قوانین ملی لازم‌الاجرا در زمان لازم‌الاجرا شدن قرارداد دولتی را حاکم بر و نیز منجمد برای اعمال بر قرارداد دولتی فرض کنند.^۴

مفهوم این شرط در واقع بسیار سهل‌الوصول می‌باشد. این انجماد از قانون‌گذاری‌های بعدی دولت حتی در مورد دیگر قراردادهای دولتی نیز ممانعتی به عمل نمی‌آورد و این تأثیر را دارد

1. Stabilization clause *stricto sensu*.

2. Amador, Garcia, "State Responsibility in Case of Stabilization Clause", 2 *Journal of Transnational Law & Policy* (1993), pp. 49-50; Wolfgang, Peter, op. cit., p. 886.

3. Freezing clause.

۴. القشیری، احمد، همان، ۳۰.

که دولت می‌تواند بدون تخطی از شرط ثبات موجود در قراردادهای دولتی خویش اقدام به جرح و تعدیل قوانین داخلی خویش بکند. با این حال، این جرح و تعدیل به آن دسته از قراردادهای دولتی دولت میزبان که شرط انجماد را در خود پیش‌بینی نموده‌اند تسری نمی‌یابد؛ زیرا که برای این قراردادها قانون حاکم همان قوانین لازم‌الاجرا فرض شده در شرط انجماد می‌باشد. حال اگر دولت میزبان سرمایه‌ علی‌رغم وجود چنین شرطی در قرارداد دولتی خویش قانون جدید خود را که در واقع حاکم بر قرارداد مذکور نمی‌باشد اعمال کند، دولت میزبان بدون هیچ مبنای قانونی عمل کرده و در نتیجه از مفاد قرارداد دولتی خویش تخطی نموده است.^۱

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان این گونه از شرط ثبات را به عنوان عدول دولت از حق قانون‌گذاری خویش تعبیر نمود که با تدقیق در اصول معتبر و شناخته‌شده جامعه بین‌المللی که به صورت متواتر در اسناد بین‌المللی نیز مطرح شده‌اند می‌توان این گونه پاسخ داد که حاکمیت دولت در انجام اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری خویش، عام و مطلق می‌باشد.^۲ این امر بدین معناست که نمی‌توان این شرط را به عنوان اسقاط حق دولت میزبان سرمایه در قانون‌گذاری‌های خویش محسوب نمود. با این حال، این گونه از شرط ثبات اغلب در معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری و یا قوانین مربوط به تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی پیش‌بینی می‌شوند و به ندرت در قراردادهای دولتی می‌توان اثری از این گونه از شرط ثبات را یافت. از طرف دیگر، نپذیرفتن قانون جدید به عنوان قانون ملی حاکم این ایراد را دارد که قرارداد دولتی با حالت خلأ قانونی^۳ مواجه می‌شود. این امر بدین معناست که اگر قانون لاحق، قانون سابق را نسخ کند در این صورت قانونی وجود ندارد که قرارداد دولتی تحت شمول آن قرار بگیرد.

۱. نیکبخت، حمیدرضا، «مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله تخصصی الهیات و حقوق،

بهار و تابستان ۸۴، شماره ۱۵ و ۱۶، ۲۰.

2. Hansen, Timothy, "The Legal Effect of Given Stabilisation Clauses in Economic Development Agreements", 28 *Virginia Journal of International Law* (1987-8), p. 1041.

3. Lacuna.

۳-۱. شرط عدم تسری؛^۱

شرط عدم تسری از نظر روش ثبات و نیز آثار حقوقی تا حد زیادی شبیه به شرط انجماد می‌باشد. در این گونه از شرط ثبات، انجماد صرفاً به گونه‌ای سلبی صورت می‌گیرد؛ در قراردادهای دولتی معمول است که شرط ثباتی پیش‌بینی شود که طبق آن اصلاحات قانونی بعدی به قرارداد دولتی مذکور تسری پیدا نکنند و یا اینکه فرض شود هیچ گونه اثری بر قرارداد دولتی مذکور ندارند. همچنین می‌توان آثار مشابه را در توافق‌هایی ملاحظه نمود که قراردادهای دولتی را بر قانون‌گذاری‌های بعدی دولت میزبان ترجیح و برتری می‌دهند.^۲

در نتیجه می‌توان معتقد بود که آثار حقوقی شرط عدم تسری با آثار حقوقی شرط انجماد مطابقت دارد. با استعانت از این شرط، دولت میزبان از اصلاح قوانین خود پس از انعقاد قرارداد دولتی منع نمی‌شود. با این حال، دولت میزبان سرمایه نمی‌تواند قانون اصلاح‌شده جدید را بر قرارداد دولتی حاکم نماید. برای مثال، دولت میزبان می‌تواند علی‌رغم وجود شرط ثبات در مورد قانون مالیات در حین انجام پروژه‌ی سرمایه‌گذاری اقدام به اصلاح قانون مالیات حامی سرمایه‌گذار خویش نماید بدون اینکه از شرط عدم تسری تخطی نماید. در نتیجه دولت زمانی مسئول جبران خسارت می‌شود که علی‌رغم وجود شرط عدم تسری در قرارداد دولتی خویش با سرمایه‌گذار خارجی، مشارالیه را طبق قانون اصلاح‌شده جدید چیزی بیشتر از حد امکان طبق قانون سابق متعهد و متأثر نماید.

۴-۱. شرط عدم مداخله؛^۳

شرط عدم مداخله نسبت به شرط انجماد و شرط عدم تسری از روش تشبیتی دیگری بهره می‌گیرد. در واقع، شرط عدم مداخله محدود به عدم اعمال صرف اصلاحات قانونی بعدی نیست و در عوض

1. Non-application clause.

۲. ایرانپور، فرهاد، همان، ۷۲.

3. Non-intervention clause.

از اصلاحات قانونی آتی توسط دولت میزبان جلوگیری به عمل می‌آورد.^۱ باین‌حال، دولت میزبان از طریق پیش‌بینی این شرط در قرارداد دولتی از اصلاح قوانین خویش منع نمی‌گردد. چنین منعی به‌ندرت توسط دولت مورد پذیرش قرار می‌گیرد؛ زیرا که هیچ قدرت حاکمی، حاکمیت و صلاحیت تقنینی خویش را محدود نمی‌نماید. در نتیجه طرفین اغلب موارد توافق می‌کنند که تنها آن دسته از اصلاحات قانونی آتی را مستثنی نمایند که قرارداد دولتی و یا سرمایه‌گذار خارجی را متأثر می‌کنند. برای مثال، شرط پیش‌بینی شده در قرارداد لیامکو به‌صورت زیر می‌باشد:

«این قرارداد به‌هیچ‌عنوان و بدون تراضی مصرح طرفین فسخ، اصلاح و یا تغییر نخواهد یافت.»
در شق ۱ شرط ماده ۳۰ قرارداد نمونه مشارکت در تولید موزامبیک (۲۰۰۱) این گونه بیان شده بود که: «دولت بدون موافقت پیمانکار از اختیار تقنینی خویش برای اصلاح یا تعدیل مفاد این قرارداد استفاده نخواهد کرد و اجازه نمی‌دهد که نهادهای فرعی سیاسی و ترجمان‌های دولتی هیچ‌گونه اقدام اداری انجام دهند که پیمانکار را از انتفاع از حقوقش طبق قرارداد دولتی محروم نماید».^۲

از طرف دیگر، شیوه‌ی دیگری که طرفین برای این منظور به کار می‌گیرند درج شرطی در قرارداد هست که مقرر می‌دارد در صورتی که دولت در آینده به تصویب قوانین و مقرراتی بپردازد که با منافع سرمایه‌گذار مغایر باشند، تا آنجایی که این ناسازگاری بین قوانین و قواعد از یک طرف و منافع سرمایه‌گذار از طرف دیگر وجود دارد، مفاد قانون جدید بر قرارداد فی‌مابین اعمال

۱. القشیری، احمد، همان، ۳۵.

2. Oshionebo, Evaristus, "Stabilization Clauses in Natural Resource Extraction Contracts", 10 *Asper Review of International Business and Trade Law* (2010), pp. 5-6.

نخواهد شد.^۱ به عبارت دیگر، قوانینی که دولت متعاقب انعقاد قرارداد تصویب می نماید حاکم بر قرارداد دولتی می باشند، مگر در مواردی که با این قرارداد در تعارض باشند.^۲ مصون نگاه داشتن قرارداد از مفاد قوانین و مقرراتی که در آینده به تصویب می رسند تنها در شرایطی صادق است که مفاد قوانین و مقررات جدید با تمهیدات قرارداد دولتی ناسازگار باشند.^۳

در نتیجه دولت میزبان با تصویب قوانین جدید از شرط عدم مداخله تخطی نمی نماید، بلکه تنها در صورتی مسئول شناخته می شود که مفاد قانون جدید را به سرمایه گذار یا قرارداد فی مابین تسری دهد. برخلاف شروط انجماد و عدم تسری، دولت میزبان به محض اینکه مفاد قوانین و مقررات جدید را از شمول تسری به سرمایه گذار یا قرارداد دولتی فی مابین خارج نکند از شرط عدم مداخله و در واقع تضمین ثبات برای سرمایه گذاری خارجی تخطی نموده است.^۴

۱-۵. شرط موازنه ی اقتصادی؛^۵

شرط موازنه ی اقتصادی اغلب در قراردادهای مدرن دولتی به چشم می خورد. هدف از این شرط حفاظت از منافع سرمایه گذار در برابر تغییرات متعاقب حقوقی یا حتی بازداشتن دولت میزبان از تغییر قوانین علیه منافع سرمایه گذار نیست؛ بلکه هدف حفظ منافع سرمایه گذار در برابر نقاط ضعف مالی حاصل از آن تغییرات می باشد. دولت میزبان نسبت به تغییر قوانین ملی و اعمال قوانین جدید در قراردادهای دولتی می تواند آزادانه عمل نماید. دولت میزبان متعهد می شود غرامت هرگونه خسارت هایی که به خاطر برقراری مجدد توازن مالی به بار آمده است را بپردازد.

۱. ایرانپور، فرهاد، همان، ۸۲.

۲. Hansen, Timothy, op. cit., p. 1049.

۳. پیران، حسین، همان، ۹۰.

۴. Hansen, Timothy, op. cit., 1048.

۵. Economic equilibrium clause.

همچنین شرط موازنه‌ی اقتصادی به جای پرداخت مالی می‌تواند الزامی را مبنی بر مذاکره‌ی مجدد درباره‌ی قرارداد دولتی باهدف برقراری مجدد یا حفظ بازده اصلی برای سرمایه‌گذار در خود داشته باشد.^۱

بدین طریق دو شرط ثبات و شرط مذاکره‌ی مجدد باهم تلفیق می‌گردند. دلیل معروفیت شرط موازنه‌ی اقتصادی این است که این شروط به دنبال ممانعت دولت میزبان از اجرای قوانین متعاقب نیستند؛ بلکه سعی دارند تا از تأثیرات جانبی آن بر روی موازنه‌ی اقتصادی قرارداد دولتی بکاهند؛ بنابراین آن‌ها حد برد-برد خوبی را بین طرفین با پذیرش آزادی قانون‌گذاری دولت میزبان و دادن انعطاف‌پذیری بیشتر به آن دولت از یک طرف و برآورده کردن نیازهای سرمایه‌گذار در پایایی برنامه‌ریزی اقتصادی از طرف دیگر، ایجاد می‌کنند.^۲

۲. درجات مختلف شرط ثبات؛

شروط ثبات ممکن است نه تنها با توجه به تکنیک ثبات بلکه با توجه به وسعت حق ثبات هم متفاوت باشند.

۲-۱. شروط ثبات کامل؛

شروط ثبات کامل شروطی هستند که هدفشان حفاظت کامل و جامع در برابر تغییرات متعاقب در قوانین ملی بدون هیچ محدودیتی درباره‌ی ثابت شدن قوانین می‌باشد. شروط محدودکننده‌ی کامل، شرط غیرکاربردی و شروط کامل غیر مداخله‌ای در قراردادهای دولتی مدرن به ندرت یافت می‌شوند. دولت میزبان هرگز چنین شرط بدون محدودیتی را نمی‌پذیرد. به‌ویژه شرط کامل غیر مداخله‌ای معمولاً از سوی دولت میزبان به عنوان امری غیرقابل مصالحه‌پذیر با آزادی قانون‌گذاری قلمداد خواهد شد و بنابراین پذیرفته نمی‌شود. چنین شروط ثبات کاملی امروزه

۱. نیکبخت، حمیدرضا، همان، ۳۰.

2. Oshionebo, Evaristus, op. cit., p. 16.

صرفاً در بخش‌های استخراج در قراردادهای دولتی با دولت‌های در حال توسعه‌ای مانند دولت‌های آفریقایی جنوب صحرا و آفریقای شمالی و خاورمیانه یا آسیای شرقی دیده می‌شوند. در قراردادهای دولتی دولت‌های اروپایی شروط محدودکننده، غیرکاربردی و غیرمداخله‌ای برعکس کمی نامتعارف هستند.^۱

شروط ثبات کامل اقتصادی در قراردادهای دولتی مدرن بیشتر دیده می‌شوند. این مسئله دلایل موجهی دارد: شرط کامل تثبیت اقتصادی برای دولت میزبان دارای مزیت می‌باشد، چون دولت میزبان با پذیرش آن، دوست‌دار سرمایه‌گذار جلوه خواهد نمود، اما مستقیماً در قدرت قانون‌گذاری خود محدودیتی را متوجه خود نخواهد دید. این مورد کاملاً متناقض و برعکس پذیرش مورد شرط غیرمداخله‌ای می‌باشد. به علاوه، دولت میزبان برعکس شرط محدودکننده و شرط غیرکاربردی، در داخل به این معضل دچار نمی‌شود که سرمایه‌گذار خارجی الزام هماهنگی با قوانین دولتی را به خاطر توافق با دولت میزبان دارا نباشد.^۲

۲-۲. شروط ثبات محدود؛

برخلاف مذاکرات انجام‌شده، این دولت‌های میزبان هستند که معمولاً بسته به قدرت مذاکراتی خود در تلاش‌اند تا استفاده مقتضی از شرط تثبیت را حتی‌الامکان محدود نمایند. این مسئله دارای دلایل موجهی می‌باشد؛ حتی اگر دولت میزبان در ممانعت از شرط ثبات کامل، غیرکاربردی یا غیرمداخله‌ای موفقیتی کسب نماید، اما نسبت به شرط موازنه‌ای اقتصادی توافق نماید این مسئله تأثیر اساسی غیرمستقیمی بر قانون‌گذاری بعدی دولت میزبان خواهد داشت. درحالی که دولت میزان پس از تصویب قوانین جدید و اعمال این قوانین در سرمایه‌گذاری ممانعتی را به خود نخواهد دید، اما با همان اقدامات قانونی دولت میزبان عواقب مالی را برای سرمایه‌گذار در پشت

۱. ایرانپور، فرهاد، همان، ۶۹.

2. Michael, "Revitalizing the International Law Governing Concession Agreements", 6 International Tax & Business Law (1988), p. 54.

پرده خواهد داشت. دولت میزبان، بنابراین به طور غیرمستقیم در آزادی خود نسبت به تصویب قوانین جدید مورد نظرش، محدود خواهد شد.^۱

شرط تثبیت کامل که معمولاً به سختی مدیریت می شود عامل دیگری است به ویژه اگر دولت میزبان در قراردادهای دولتی متعدد شروط ثبات را با سرمایه گذاران متعددی در تاریخ های اجرایی مختلف پذیرفته باشد دولت باید در بستر تغییرات حقوقی کاربرد آن یا عواقب مالی مفاد جدید را در سرمایه گذاران خصوصی مرتبط بپذیرد. به علاوه، مقامات باید با تلاش مدیریتی فراوانی برای هر یک از پروژه های سرمایه گذاری کل قوانین دولت میزبان را برای تاریخ اجرایی قابل اجرا در هر سرمایه گذاری فردی بازسازی نماید و قوانین قدیمی را در سرمایه گذاری های قبلی در هر مورد اعمال نماید؛^۲ بنابراین توافق بر چنین شرط ثباتی برای آن دسته از دولت های میزبان که در آن ها ریسک سیاسی برای سرمایه گذار خصوصی خارجی وجود ندارد پذیرفته شده نیست. جهت تضمین حفاظت از منافع نسبی در برابر تغییرات قانونی متعاقب توافق بر شرط ثبات محدود برای سرمایه گذار خارجی در این موارد محفوظ است. در شرط تثبیت محدود کلیه قوانین دولت میزبان به تثبیت نخواهد رسید، بلکه دامنه ی گسترده ای از احتمالات درباره ی این مسئله وجود دارد که چگونه محدودسازی تثبیت را بتوان به لحاظ فنی حاصل نمود.^۳

۲-۱. محدودیت تثبیت در قوانین خاص؛

این امکان وجود دارد و در عمل نیز کاملاً متعارف است که تثبیت در قوانین محدود باشد. این قوانین در نتیجه یا به طور ویژه شرط ثبات نام گذاری می شوند یا حتی به طور کامل در ضمیمه قرارداد تکرار می شوند. در شروط ثبات یکسان در قراردادهایی که در سه پرونده ی ملی سازی لیبیایی بسیار مشهور قرار داشت این گونه اذعان می شود که:

1. Michael, op.cit., p. 58.

۲. پیران، حسین، همان، ۷۸.

۳. ابرانیپور، فرهاد، همان، ۷۰.

«این امتیاز انحصاری در کل دوره اعتبار آن مطابق با قوانین و مقررات نفتی اجرایی در تاریخ اجرای توافقنامه تغییرات قابل تفسیر خواهد بود که به وسیله آن، این شرط با توافقنامه حق امتیاز تلفیق شده است. هرگونه تغییر یا لغو چنین مقرراتی حق قراردادی شرکت را بدون رضایت آن تحت تأثیر قرار نخواهد داد».^۱

به همان شکل این امکان وجود دارد که قانون خاصی را که معمولاً کاربردی نیست عنوان نمود و بدین طریق اعمال تغییرات بعدی در چنین قوانینی نیز از بین می‌رود.

۲-۲-۲. محدودیت ثبات در قوانین موضوعه خاص؛^۲

به جای قوانین موردی، در عمل، تثبیت حوزه‌های قانونی موردی دارای اهمیت خاص برای سرمایه‌گذار اغلب مورد توافق قرار خواهند گرفت. سرمایه‌گذار اغلب نسبت به حداقل تثبیت قوانین مالیاتی و مالی بسیار مهم توافق خواهد کرد. در قراردادهای دولتی مدرن، شروط دیگری نیز وجود دارد که می‌توان به تمهید تثبیت قوانین اموال، قوانین ارز خارجی، قوانین واردات و صادرات یا کل قوانین تجارت خارجی اشاره کرد.

اگر بسیاری از موارد قانونی به تثبیت برسند از نقطه نظر قراردادی می‌توان نشان داد که امور برعکس پیشرفت می‌کنند و می‌توان حوزه‌های بی‌ثبات را مشخص کرد. در این سیاق در سال‌های اخیر به‌ویژه تثبیت یا عدم تثبیت حقوق بشر یا استانداردهای زیست‌محیطی نقش مهمی را ایفا می‌نمایند. شروط ثبات بدون محدودیت تنش‌های خاصی را بین الزامات بین‌المللی دولت میزبان جهت هماهنگی با گسترش حقوق بشر بین‌المللی جدید یا استانداردهای زیست‌محیطی از یک طرف و الزام دولت میزبان را به احترام گذاشتن به تعهدات قراردادی از طرف دیگر شروع می‌نماید.^۳ همچنین، در این زمینه عدم قطعیتی وجود دارد که آیا شروط ثبات تلویحاً شامل نوعی

1. Amador, Garcia, op. cit., 62.

2. Lege lata.

3. Frick, Joachim, Arbitration and Complex International Contracts: With Special Emphasis on the Determination of the Applicable Substantive Law and on the Adaptation of Contracts to Changed Circumstances, Kluwer Law International, 2001, p. 175.

هماهنگی با استثنائات حقوق بین الملل می باشند که به دولت میزبان اجازه می دهد تا با الزامات بین المللی خود، علی رغم شرط تثبیت بدون محدودیت، توافق نماید. برای اجتناب از چنین عدم قطعیتی پیشنهاد می شود که در قراردادهای دولتی به طور صریح این شروط پیش بینی شوند. به عنوان مثال این گونه بیان شود که تغییرات جهت هماهنگی با استانداردهای بین المللی اعمال شده اند.^۱

۲-۳. تثبیت شروط ثبات؛^۲

در سرمایه گذاری های خصوصی خارجی توصیه می شود که نه تنها باید به تثبیت حوزه های قانونی متعدد و موضوعات با اهمیت توجه داشت، بلکه باید به سمت تثبیت تناقض در قوانین دولت میزبان و به ویژه اصل استقلال طرفین، تثبیت قانون گذاری مرتبط با مقبولیت، تأثیر قانونی شروط ثبات و ملزم کردن دولت میزبان به شرط ثبات حرکت کرد.^۳

با تثبیت شروط ثبات و بسته به ماهیت این شرط می توان اطمینان حاصل کرد که دولت میزبان عدم مقبولیت توافق بر شرط ثبات را در قراردادهای دولتی اظهار نمی کند، اصل استقلال طرفین را لغو یا محدود نمی نماید، تعهد خود به شرط ثبات را لغو نمی کند و یا عواقب حقوقی تخطی از این شرط را به نفع خود و با تغییرات حقوقی متعاقب عطف به ما سبق شدن قوانین تغییر نمی دهد.^۴

۲-۴. مزیت ها و معایب شرط ثبات محدود؛

اگر سرمایه گذاران شرط ثبات مطلق در مقابل اقدام دولت میزبان را مصرانه درخواست کنند، توافق بر شرط ثبات محدود نشانگر مصالحه معقول بین دولت میزبان و سرمایه گذاران خصوصی خارجی می باشد. سرمایه گذار می تواند به وسیله تثبیت حوزه های با اهمیت خاص مورد نظر برای

1. Faruque, A., Typologies, Efficacy and Political Economy of Stabilisation Clauses: A Critical Appraisal, 5 (4) Oil, Gas & Energy Law Intelligence, (2007), 80.

2. Stabilization of stabilization clauses.

3. Amador, Garcia, op. cit., 62.

۴. القشیری، احمد، همان، ۴۰.

امنیت مالی سرمایه‌گذاری خود از قبیل قوانین مالیات یا قوانین اداری مالی بخش فراوانی از ریسک‌های واقعی را تحت پوشش قرار دهد. حوزه‌های قانونی که احتمالاً اهمیت فرعی برای سرمایه‌گذار دارند درعین حال ارزش خوبی برای دولت میزبان خواهند داشت^۱ و برعکس از شمول تثبیت خارج خواهند بود.^۲

برای دولت میزبان سهل و آسان خواهد بود تا شرط ثباتی را بپذیرد که نه صورت مستقیم و نه غیرمستقیم قدرت قانون‌گذاری‌اش را در حوزه‌های قانونی بااهمیت سیاسی داخلی بسیار خاص محدود نمی‌کند. بااین حال شروط ثبات محدود بخشی از حوزه محدود کاربردی هستند که در معرض معایب و ریسک قرار دارند. این گونه از شروط ثبات در عدم قطعیت‌های اختلافات بعدی می‌توانند در رابطه با این مسئله به وجود آیند که چه چیزی به تثبیت رسیده است. حوزه‌های قانونی موردی را نمی‌توان همیشه از یکدیگر مجزا ساخت. مرز بین حوزه‌های قانونی موردی اغلب سیال و فرار است.^۳

بنابراین در برخی از موارد به راحتی نمی‌توان ارزیابی نمود که آیا قوانین تصویب شده دولت میزبان متناسب به حوزه‌های قانونی تثبیت شده است یا خیر. بنابراین این خطر وجود دارد که دولت میزبان سعی نماید تا از الزامات قراردادی خویش با بهره گرفتن از مرزهای سیال بین حوزه‌های قانونی با قانون‌گذاری سر باز زند. این مسئله به عنوان مثال زمانی اتفاق می‌افتد که قوانین جدید مغایر با مفاد شروط تثبیت باشد. به علاوه تغییرات قانونی در حوزه‌های تثبیت نشده می‌تواند به صورت غیرمستقیم حوزه‌های به ثبات رسیده را تحت تأثیر قرار دهد. اگر در قراردادهای دولتی،

۱. برای مثال حقوق کار و تأمین اجتماعی.

2. Frick, Joachim, op.cit., p. 180.

3. Mann, Howard (2010), "Stabilization in investment contracts: Rethinking the context, reformulating the result", ITN, 6, 201.

به عنوان مثال، قانون مالکیت به ثبات برسد، تغییرات متعاقب می توانند در قانون مالیات تأثیر گذار و اجرایی باشند که در این صورت کاربرد اقتصادی اموال تقریباً غیرممکن می شود.^۱

خطر تعیین حدود مرز به هنگام توافق بر سر شرط ثبات محدود به طور کامل از نقطه نظر سرمایه گذار از بین نمی رود. مادامی که قدرت مذاکره ی سرمایه گذار وجود دارد، این خطر را می توان با وضوح بخشیدن به حوزه های قانونی مرتبط با حوزه قانونی تثبیت شده کم کرد. همچنین شرط مشخص کننده دیگری نیز وجود دارد که طبق آن به قانون گذاری جدید در حوزه قانونی تثبیت شده نیاز می باشد.^۲

۲-۳. شروط ثبات متناسب؛

شروط ثبات امکان محدود شدن با توجه به حوزه ی کاربردی اساسی خود و همچنین به وسیله ی محدودیت خاص کاربردی خود را دارا می باشند. شروط ثبات واجد شرایط شروطی هستند که نه تنها چنین تغییرات قانونی متعاقبی را تحت تأثیر قرار می دهند بلکه تأثیرات خاص خود را دارا می باشند.

۲-۴. شروط عدم تجانس؛

مرسوم ترین شکل عملی، علی الخصوص شروط عدم تجانس می باشد. طبق این شروط تنها آن دسته از تغییرات قانونی که با مفاد قرارداد دولتی تناقض دارند یا با آن هماهنگ نمی باشند تحت تأثیر شرط تثبیت قرار می گیرند. توافق بر سر شرط عدم تجانس رویکرد مناسبی برای متعادل ساختن منافع طرفین می باشد. دولت میزبان به سختی می پذیرد که اختیار آن دسته از قانون گذاری های آتی را که به ضرر سرمایه گذار و مغایر با مفاد قوانین دولتی می باشند را نداشته باشد. چنین اصلاحات یا تغییرات در قوانین متعاقب هیچ گونه عوارض جانبی بر سرمایه گذار خارجی نخواهد داشت و هیچ گونه عواقب حقوقی دیگر متوجه او نخواهد نمود. از طرف دیگر،

1. Faruque, A., op. cit., 89.

2. Mann, Howard, op.cit., 205.

شروط عدم تجانس و همچنین شروط عدم تبعیض این اطمینان را می‌دهند که نه تنها تغییرات نامطلوب قانونی در قرارداد دولتی اعمال نمی‌شوند بلکه سرمایه‌گذار می‌تواند در تغییرات قانونی مطلوب بعد از منعقد ساختن قرارداد دولتی مشارکت داشته باشد.^۱

درست همانند شروط ثبات محدود مشکلاتی در پیاده‌سازی عملی این شرط وجود دارد. تصمیم در این مورد دشوار است مبنی بر اینکه آیا قوانین جدید با مفاد قبلی قرارداد سازگارتر است یا خیر. سؤال دیگر این است که آیا برای اعمال شروط عدم تجانس، تأثیرات غیرمستقیم بر قرارداد دولتی کفایت می‌کند و آیا تغییرات قانونی که مستقیماً با مفاد قرارداد تناقض دارند الزامی هستند یا خیر.^۲

۲-۵. شروط عدم تبعیض؛

حوزه‌ی اعمال شرط ثبات ممکن است با توافق بر سر شروط عدم تبعیض نیز محدودتر شود. طبق این شروط تنها آن دسته از تغییرات قانونی متعاقب تحت پوشش حفاظت شرط ثبات می‌باشند که مفاد آن‌ها با سرمایه‌گذار تبعیض‌آمیز رفتار نمایند و یا موقعیت او را وخیم‌تر کنند. به‌طور مثال، دولت میزبان تصمیم می‌گیرد که تمامی قوانین و احکامی که گروهی از سرمایه‌گذاران و یا عملیات آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد اجرایی ننماید.^۳

شروط عدم تبعیض هم معمولاً مشکلاتی خاص در تفسیری دارند که حفاظت از منافع سرمایه‌گذار را محدودتر می‌نماید. این مسئله که آیا تغییرات قانونی موقعیت سرمایه‌گذار را وخیم‌تر می‌کند یا خیر می‌تواند معمولاً با اطمینان مورد تضمین قرار می‌گیرد. با این حال در مفاد جدید نامطلوب برای سرمایه‌گذار مشکلاتی موردی ایجاد می‌شود، اما برای جبران در موارد دیگر می‌توان این مفاد را مطلوب یافت. در اینجا اختلاف بین دولت و سرمایه‌گذار بر سر این مسئله

1. Maniruzzamann, A., *Drafting Stabilisation Clauses in International Energy Contracts: Some Pitfalls for the Unwary*, 5(2) Oil, Gas and Energy Law Intelligence, (2007), 69.

2. Mann, Howard, op. cit., 210.

3. Ibid, 211.

خواهد بود که آیا سرمایه‌گذار می‌تواند به مفاد مطلوب، بدون محدود شدن به مفاد نامطلوب، اتکا کند یا خیر. تغییرات قانونی مطلوب و نامطلوب از سوی دولت میزبان به‌عنوان نقض اصل حسن‌نیت قلمداد خواهد شد و ضروری می‌نماید که در این وهله در قرارداد دولتی شفاف‌سازی‌هایی صورت گیرد.^۱

به‌علاوه پاسخ به این مسئله که آیا تغییرات قانونی متعاقب برای سرمایه‌گذار تبعیض محسوب می‌شوند، می‌تواند خود مشکلات فراوانی را در برداشته باشد. هم‌چنان‌که در بالا ذکر شد شرط عدم تبعیض کلی کاملاً روشن نمی‌نماید که چه گروه همسانی می‌بایست برای ارزیابی تبعیض مدنظر قرار گیرد. مقایسه سرمایه‌گذاران خارجی با افراد داخلی و یا سرمایه‌گذاران ملی یا خارجی در همان صنعت می‌تواند معیار سنجش واقع گردد. همواره توصیه می‌شود که این مسئله در شرط عدم تمایز تصریح شود اما حتی اگر گروه معیار نیز مشخص شده باشد، برای سرمایه‌گذار مشکل است که تبعض واقعی را در دادگاه به اثبات برساند. در نتیجه شرط عدم تبعیض با عدم قطعیت های قانونی برای سرمایه‌گذار مرتبط می‌باشد.^۲

۶-۲. شروط ثبات با محدودیت زمانی؛

در شروط ثبات با محدودیت زمانی نه تنها کاربرد مادی شرط بلکه مدت‌زمان اعمال شرط ثبات نیز می‌تواند محدود شود.

۶-۲-۱. محدودیت در مدت‌زمان پروژه‌ی سرمایه‌گذاری؛

دولت‌های میزبان، حداقل در مذاکرات قرارداد سرمایه‌گذاری، این تقاضا را خواهند کرد که تثبیت قوانین دولت میزبان محدود به مدت‌زمان پروژه‌ی سرمایه‌گذاری باشد. چنین مفادی در وهله‌ی اول معقول است؛ زیرا هیچ دولت میزبانی را نمی‌توان ملزم به تثبیت کردن قوانین ملی

1. Frick, Joachim, op.cit., p. 189.

۲. ایرانپور، فرهاد، همان، ۷۶.

خود به طور مدام العمر نمود. با این حال، اگر دولت میزبان بر طبق قانون اساسی اجازه‌ی تصویب قوانین را بعد از به اتمام رساندن پروژه‌ی سرمایه‌گذاری و با تأثیر عطف به ماسبق شدن به زمان پروژه‌ی سرمایه‌گذاری تصویب نماید می‌توان مشکلاتی را در عمل مشاهده کرد. برای از بین بردن این خطر، از آغاز برای سرمایه‌گذار مفید خواهد بود که تغییرات قانونی عطف به ما سبق را از محدودیت زمانی حذف نماید و یا توافق به محدودیت زمانی صریح در شرط عدم تجانس نماید.^۱

با توافق بر چنین شرطی سرمایه‌گذار موفق می‌شود که تنها آن دسته از تغییرات قانونی متعاقب را تحت پوشش شرط ثبات در آورد که با مفاد قرارداد دولتی ناسازگار هستند و یا با آن تناقض دارند. بدین ترتیب می‌توان معتقد بود که محدودیت زمانی در حقیقت حاصل شده است؛ زیرا تغییرات قانونی آتی دیگر هیچ عدم تجانسی با قرارداد دولتی نخواهد داشت، مگر قرارداد دولتی تاکنون به پایان رسیده یا اجرای آن متوقف شده باشد، بنابراین شرط عدم تجانس این اطمینان را می‌دهد که دولت میزبان موظف نیست قوانین خود را تا ابد ثابت نگاه دارد. در عین حال، این شرط در برابر خطر تأثیرات عطف به ماسبق شدن قوانین نیز از منافع سرمایه‌گذار صیانت و حفاظت می‌کند. شرط عدم تجانس همچنین زمانی اجرا خواهد شد که پس از به پایان رسیدن قرارداد دولتی، تغییرات قانونی با تأثیر عطف به ما سبق شدن به تصویب دولت میزبان رسیده باشند.^۲

۲-۶-۲. محدودیت در فازهای خاص پروژه‌ی سرمایه‌گذاری؛

اگر دولت میزبان پیش‌بینی شرط ثبات را مصرانه دنبال کند، این شرط به احتمال زیاد برای دولت میزبان در فازهای خاص کل پروژه‌ی سرمایه‌گذاری (فاز شروع و فازهای بازدهی و سود پروژه) جذاب‌تر خواهد بود. چنین شرطی تضمین جامع منافع در برابر تغییرات قانونی متعاقب را

1. Faruque, A., Typologies, Efficacy and Political Economy of Stabilisation Clauses: A Critical Appraisal, 5 (4) *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, (2007), 256.

2. Nasser, Nagla, Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions (Nijhoff, 1995) 121.

نمی‌نماید. به‌عنوان مثال به‌سختی می‌توان در زمان انعقاد قرارداد دولتی پیش‌بینی نمود که در چه دوره‌ای از زمان پروژه‌ی سرمایه‌گذاری، تثبیت قوانین ملی الزامی و یا غیر الزامی خواهند شد. چنین شرطی می‌تواند نشانگر نوعی رابطه‌ی برد-برد حداقلی در مذاکرات قرارداد دولتی باشد.

۳. اعتبار شرط ثبات؛

شروط ثبات هم در ادبیات و هم در رویه‌ی داوری امری تأثیرگذار محسوب می‌شود. تردیدهای گاه‌به‌گاه در مورد اعتبار شروط ثبات از سوی مؤلفان حقوقی در دولت‌های در حال توسعه بروز داده می‌شود که در دیگر بخش‌های ادبیات و عرف داوری نیز منعکس شده‌اند. مهم‌تر این که دیوان داوری ایکسید^۱ در پرونده سی.ام.اس علیه آرژانتین^۲ در رأی داوری تاریخ ۱۲ می ۲۰۰۵ این فرض را مسلم دانست که شرط تثبیت توافق‌شده در مجوز بین شرکت انتقال گاز جی.ام.اس و آرژانتین بدون دیگر مشکلات معتبر می‌باشد.^۳

۳-۱. عدم نقض حقوق بین‌الملل؛

به‌طور اخص، شروط ثبات با دیدگاه برخی از حقوقدانان، به‌ویژه کسانی که از اصل حاکمیت دائمی دولت بر منابع طبیعی خود، مصرح در قطعنامه ۱۸۰۳ سازمان ملل متحد، حمایت می‌کنند مخالفت و تناقضی ندارد. با این حال این تردید وجود دارد که آیا اصل پیش‌بینی‌شده در قطعنامه‌ی مذکور وضعیت الزام‌آور بودن قوانین بین‌المللی را به دست آورده است یا خیر. قطعنامه‌ی سازمان ملل، مطابق با ماده ۱۰ بند (و) همراه با بند (و) ماده ۱۳ منشور سازمان ملل، اصولاً الزام‌آور نمی‌باشد. این قطعنامه نیازمند قواعد حقوقی بین‌المللی است که دولت‌ها به‌صورت متفق‌القول آن را به اجرا دریاورند و نمی‌توان اعتقاد داشت که این امر در رابطه با توافق بر شروط ثبات صدق می‌کند.^۴

1. ICSID.

2. CMS v. Argentina Case.

3. Frick, Joachim, op.cit., p. 196.

4. Nasser, Nagla, op. cit., 128.

برعکس، برای چندین دهه دولت‌های میزبان همگی در حوزه‌های شمال و جنوب بر سر شروط ثبات در قراردادهای دولتی خودشان توافق کردند و توافق بر چنین شروط تثبیتی را در قوانین سرمایه‌گذاری خود پذیرفته‌اند و در ضمن هیچ اقدام دولتی خاصی نیز در عدم اعتبار شروط ثبات وجود ندارد. حتی اگر فرض را بر این بگذاریم که قطعنامه‌ی مذکور الزام‌آور باشد، هیچ ممانعتی برای دولت‌های میزبان جهت ملزم کردن خود به صورت قراردادی به شرط ثبات وجود ندارد. اصل حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی در محدود کردن حقوق بنیادین برابری یک دولت در انعقاد الزامات قراردادی نه اولویت دارد و نه تأثیرگذار است.^۱

۳-۲. عدم بطلان به دلیل محدودیت حاکمیت قوانین؛

برخلاف نظر برخی از حقوقدانان، شروط ثبات برای مثال به دلیل مداخله غیرمجاز در صلاحیت قانونی دولت میزبان بی اعتبار نیستند. به بیان دیگر، حق حاکمیت برای تصویب قوانین در سرزمین خود، شروط محدودکننده، عدم کاربرد و موازنه اقتصادی، همچنان که قبلاً نیز ذکر شد، مداخله‌ی مستقیم در صلاحیت قانونی دولت میزبان قلمداد نمی‌شود و دولت میزبان می‌تواند آزادانه به اصلاحات و تغییرات در قوانین خود و بدون نقض این شروط ادامه دهد. حاکمیت دولت در تصویب قوانین مستقیماً تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد.^۲ در حادترین شرایط، توافق بر شرط عدم مداخله ممکن است به عنوان مداخله مستقیم در صلاحیت قانونی باشد؛ زیرا دولت میزبان را ملزم به خروج سرمایه‌گذاری و یا پروژه‌ی سرمایه‌گذاری از تسری شکلی و ماهوی قوانین جدید نامطلوب برای سرمایه‌گذاری می‌نماید. حداقل به لحاظ نظری هم ممکن است که تأثیرات غیرمستقیم شروط تحدید، عدم کاربرد و موازنه‌ی اقتصادی بر روی آزادی قانون‌گذاری دولت میزبان را به عنوان محدودیت در حاکمیت قانونی دولت میزبان به حساب آورد.^۳

1. Ibid, 135.

2. Delaume, Georges R., 'Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. A Study in Conflict Avoidance', Vol. I, 3 (1989), 26.

3. Faruque, A., *op. cit.*, 270.

با این حال در رویه‌ی داوری محدودیت‌های مستقیم و غیرمستقیم بر صلاحیت قانونی حاصل از توافق بر شرط ثبات معمولاً مشکل‌آفرین نیستند. با توافق بر شرط ثبات این حاکمیت دولت میزبان نیست که محدود می‌شود، بلکه برعکس حاکمیت دولت میزبان تا بیشترین حد خود برای توافق بر سر چنین الزامات قراردادی متظاهر می‌گردد. به عبارت دیگر، حاکمیت دولت میزبان شامل اختیارات خویش جهت محدود نمودن بی‌طرفانه حاکمیت خود به لحاظ قراردادی می‌باشد. اگر دولت به خاطر حاکمیت خود به مدت چند دهه شرط ثبات را در قراردادهای دولتی خود توافق نماید، متعاقباً نمی‌تواند ادعا کند که شرط ثبات کاملاً حاکمیتش را محدود نموده است.^۱

۳-۳. اعتبار مطابق با قوانین انتخاب شده از سوی دیوان داوری؛

در ادبیات حقوقی داوری مسئله‌ی اعتبار شرط ثبات نه به‌طور کلی رد و نه پذیرفته می‌شود، اما این امر طبق قوانین انتخاب شده از سوی دیوان داوری و یا محکمه در زمان توافق بر شرط ثبات مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. چون در قراردادهای دولتی مدرن معمولاً قوانین ملی به‌صورت انحصاری یا در درجه‌ی اول انتخاب می‌شود مسئله‌ی اعتبار شرط تثبیت مطابق با این دیدگاه در بیشتر موارد مطابق با قوانین دولت میزبان داوری می‌شود. در صورتی که قوانین ملی دولت میزبان (تقریباً مشابه کلیه‌ی قوانین سرمایه‌گذاری مدرن) شروط ثبات را تأیید نمایند در این حال شروط ثبات معتبر شناخته خواهند شد. همچنین، مطابق اصل عمل متناقض با عمل قبلی^۲ دولت میزبان بعد از انعقاد قرارداد به‌سختی می‌تواند محدودیت‌های غیرقابل قبولی را در حاکمیت قانون‌گذاری خویش بخواهد. حتی تغییرات آتی در قوانین سرمایه‌گذاری هم در این باره نمی‌توانند به دولت میزبان کمک نمایند. مطابق با نظریات موجود در ادبیات حقوقی این تنها وضعیت قانونی است که در

1. Delaume, Georges R., *op. cit.*, 29.

2. Venire contra factum proprium.

زمان توافق بر سر شرط تثبیت قطعیت دارد،^۱ بنابراین تغییرات بعدی قابل تسری نمی‌باشند. در صورتی که بخواهیم تغییرات قانونی متعاقب را با حالت عطف به ماسبق شدن قوانین مرتبط بدانیم باید این مورد را در نظر بگیریم که چنین قانون‌گذاری با قابلیت عطف به ماسبق شدن تنها در محدوده‌های قانون اساسی دولت میزبان قابل قبول خواهد بود و خطرات سیاسی و اقتصادی باقیمانده می‌تواند توسط سرمایه‌گذار و با استفاده از شروط ثبات قراردادی تحت پوشش قرار گیرند.

برآمد؛

به‌طور خلاصه، بحث در مورد منطق شروط ثبات در موافقت‌نامه‌ها یا قراردادهای سرمایه‌گذاری می‌تواند موارد زیر را در برداشته باشد. از دیدگاه تاریخی می‌توان گفت که پیدایش این امر به قرن بیستم بازمی‌گردد. انگیزه در مذاکره برای چنین تضمینی به‌عنوان فرار از ترس رو به رشد سلب مالکیت توسط دولت‌های میزبان وجود داشته است. با توجه به غیرقانونی اعلام شدن منابع ملی که پس از آن آشکار شد، سرمایه‌گذاران در آن زمان در داشتن چنین شروطی در قرارداد با دولت‌های میزبان و گنج‌ناییده شدن آن در موافقت‌نامه‌های خود اصرار داشتند. چنین نگرانی همراه با علاقه رو به رشد برای جذب سرمایه‌گذاری سبب تقاضای سرمایه‌گذاران برای این گونه شروط شد. به نظر نمی‌رسد که به‌طور بالقوه این امر سبب از صحنه خارج شدن قرارداد منعقد شده باشد. این شروط بر اساس نیازهای زمان هستند و بدیهی است که نیاز به داشتن چنین شرطی هنوز به‌عنوان یک مانع مهم در مواجهه با انجام امور فرعی نامحدود یک دولت مستقل در نظر گرفته شده و اعمال می‌شود و آن را در قالب افزایش مالیات و یا درخواست بیشتر از مزایا در صورت مخالفت واضح و روشن با شرایط توافق شده می‌توان در نظر گرفت. با این حال، لازم به ذکر است که ماهیت و اندازه‌ی هر یک از این خطرات می‌تواند بسته به اشخاص دولت دموکراتیک و با

1. Bentham, Richard W., 'The Law of Development: International Contracts' (1990), 32 GYIL, 418-434.

وضعیتی بسیار خاص، منحصر به فرد باشد. اگرچه هر نوع سرمایه گذاری به طور بالقوه ممکن است در برابر این گونه خطرات آسیب پذیر باشد، این شرط سبب خواهد شد تا پیشرفت و مدت زمان نسبتاً طولانی تری از سرمایه گذاری و بخصوص در بخش انرژی مورد توجه قرار گیرد. نیاز به ضمانت قراردادی یا هر شکل دیگر را نمی توان بیش از حد مورد تأکید قرارداد. به طور خلاصه، ثبات اقتصادی و نظم سیاسی برای جذب سرمایه گذاران جدید اجتناب ناپذیر می باشد. اطمینان از چنین ثباتی به سرمایه گذار فرصت می دهد تا از سرمایه گذاری خود بهره برداری لازم را پیش بینی کند و با چنین تضمینی دولت میزبان نیز می تواند نیت خود را در رعایت تعهدات بیان شده عملی نماید.

به علاوه، تغییرات بین المللی و موارد غیر قابل پیش بینی موجود در شرایط کنونی دنیا از اموری هستند که سرمایه گذاری های خارجی را با محدودیت روبرو می کنند. اگرچه شرایط چنین قراردادهایی تا حد زیادی حاصل مذاکرات است، اما قدرت چانه زنی و معامله گری طرفین به نفع خودشان در طول زمان تغییر می کند. سرمایه گذار خارجی خواستار دانستن این امر است که این شرایط تا چه جایی تعیین کننده و با ثبات هستند که سودهای پیش بینی شده هیچ گونه تغییری نیابد و دولت میزبان نیز در موقعیت نسبتاً ضعیف قراردادی، خودش را متعهد به رعایت شرایط قرارداد در تمام دوره ی تحت پوشش قرارداد دولتی می داند. با این وجود، فرضیات اولیه با تغییر یک یا چند مورد از متغیرهایی از قبیل قیمت نفت یا هزینه ی تولید تغییر می یابد. چنین تغییراتی نهایتاً تأثیر خودش را بر روی قدرت های معامله نشان خواهد داد که در مراحل آغازین و در عرصه ظاهر می شوند و در نتیجه دولت را بر این خواهد داشت تا از قرارداد خارج شود. دولت میزبان با چنین پیش بینی و تغییر ناگهانی در قدرت معامله، خود را در شرایط اغواکننده ای می بیند تا شرایط توافق شده قرارداد را تغییر دهد. این کار نیاز به اقدامات زیادی ندارد بلکه با تغییر نرخ مالیات دولت می تواند چنین کاری را به طور یک جانبه اجرایی نماید.

باین حال شروط ثبات صرفاً برای برآورده ساختن نیازهای سرمایه گذاران طراحی نمی شوند. ماهیت قراردادهای دولتی که اغلب در مورد ذخایر تجدیدناپذیر یک کشور و حاکمیت دائمی دولت ها می باشند مستلزم رعایت منافع عمومی ملی است. طبعاً دولت نیز تمایل به حمایت سرسختانه از منافع عمومی ملی به همراه تضمین باثبات شرایط در بهره برداری از چنین منابع کمیاب را دارا می باشد. در چنین شرایطی و همچنین نیاز به پرداختن به چنین منافع دوطرفه راهی را برای اضافه شدن شروط ثبات باز می کند.



منابع

فارسی

- ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۲)، «نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی دولت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش. ۶۲، ص ۶۷.
- پیران، حسین (۱۳۸۶)، *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات گنج دانش.
- شمسایی، محمد (۱۳۹۱)، «سازمان جهانی تجارت و نظم حقوقی بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق، شماره ۳۷، ص ۴۱.
- شمسایی، محمد (۱۳۸۵)، «حقوق بین‌الملل اقتصادی و اصل توسعه پایدار»، مجله پژوهش حقوق و سیاست (ویژه حقوق)، شماره ۱۹.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی»، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، شماره‌ی ۷، سال چهارم، ص ۱۰۲.
- القشیری، احمد (۱۳۸۲)، «قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی، چرخش در روند داوری»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل، ش ۲۹، ص ۳۲.
- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۴)، «مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، ص ۲۰.

لاتین

- Amador, Garcia (13993), "State Responsibility in Case of Stabilization Clause", 2 Journal of Transnational Law & Policy.
- Bentham, Richard W. (1990), "The Law of Development: International Contracts", 32 GYIL.
- Delaume, Georges R. (1989), "Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. A Study in Conflict Avoidance", Vol. I, 3.
- Faruque, A. (2007), *Typologies, Efficacy and Political Economy of Stabilisation Clauses: A Critical Appraisal*, 5 (4) Oil, Gas & Energy Law Intelligence.

- Frick, Joachim (2001), "Arbitration and Complex International Contracts: With Special Emphasis on the Determination of the Applicable Substantive Law and on the Adaptation of Contracts to Changed Circumstances", Kluwer Law International.
- Hansen, Timothy, (1987-8) "The Legal Effect of Given Stabilisation Clauses in Economic Development Agreements", 28 Virginia Journal of International Law.
- Irwin, W. (1998), "Political Risks: A Realistic View Toward Assessment, Quantification, and Mitigation" in Moran, T., (ed.) Managing International Political Risks, 1998.
- Mann, Howard (2010), "Stabilization in investment contracts: Rethinking the context, reformulating the result", ITN.
- Michael, (1988), "Revitalizing the International Law Governing Concession Agreements", 6 International Tax & Business Law.
- Nasser, Nagla (1995), *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions* (Nijhoff).
- Oshionebo, Evaristus, (2010), "Stabilization Clauses in Natural Resource Extraction Contracts", 10 Asper Review of International Business and Trade Law.
- Waelde, Thomas W., George Ndi (1996), "Stabilising International Investment Commitments", 31 Tex. Int'l Law Journal, 216.