

# تحریم‌های اقتصادی و قراردادهای تجاری بین‌المللی؛ با تأکید بر رویکرد مدیریت ریسک

مریم غنی‌زاده بافقی\*  
وحیده غلامی\*\*

## چکیده

تحریم‌های اقتصادی امروزه به عنوان یکی از ابزارهای تغییر رفتار دولت‌ها و اشخاص، اعم از حقیقی و حقوقی و همچنین گزینه مورد توجه پیش از برخوردهای نظامی، در سطح بین‌الملل مطرح می‌شود. تحلیل و بررسی پیشینه استفاده از ابزار تحریم در عرصه جهانی بیانگر آن است که این امر برخلاف تصور مبدعان و بهره‌گیری آن در تغییر رفتارها موفقیت قابل اعتنایی به دست نیاورده است. با این وجود نمی‌توان تأثیر تحریم بر وجوه متعدد سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و حتی فرهنگی جوامع مخاطب تحریم را انکار کرد. در این میان، عرصه تجارت و به ویژه قراردادهای تجاری بین‌المللی همواره از مهم‌ترین زمینه‌های تأثیرگذاری تحریم‌ها بوده است. در ابتدا تحریم‌ها نوعاً در قالب ادعای فورس ماژور و به استناد غیرقابل پیش‌بینی، غیرقابل اجتناب و خارجی بودن مورد دفاع قرار می‌گرفتند، اما با استفاده گسترده و طولانی مدت از تحریم در موارد گوناگون، شرایط استناد به فورس ماژور امکان‌پذیر نبود. از این رو فعالان این عرصه درصدد تقلیل ریسک ناشی از تحریم‌ها و به عبارتی مدیریت این نوع ریسک‌ها برآمدند. چنین مدیریتی این امکان را به آنها می‌داد تا در شرایط تحریم نیز بتوانند به فعالیت‌های اقتصادی خود ادامه دهند. این مقاله درصدد آن است تا با بررسی ابعاد مختلف تحریم در زمینه تأثیرگذاری بر فعالیت‌های تجاری، به بررسی راهکارهای مدیریت ریسک ناشی از آن بپردازد.

## کلیدواژه‌ها:

قراردادهای تجاری بین‌المللی، تحریم، فورس ماژور، مدیریت ریسک.

مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی، شماره ۳، نیمسال اول ۱۳۹۳  
صفحه ۵۹-۸۴، تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۰۱/۳۰

Email: m.ghanizadebafghi@yahoo.com

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی.

Email: gholamyy@yahoo.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشگاه شهید بهشتی.

## مقدمه

به طور کلی تحریم را می‌توان «اقدام برنامه‌ریزی شده یک یا چند دولت از طریق محدود کردن مناسبات، به منظور اعمال فشار بر کشور هدف با مقاصد واداشتن به عمل و رفتار مورد نظر و مجازات آن دولت و سایر اهداف مختلف سیاسی» دانست.<sup>۱</sup> تحریم به اعتبارهای مختلف قابل تقسیم است:

## ۱-۱. تحریم به اعتبار دامنه و قلمرو آن

تحریم به اعتبار دامنه و قلمرو آن شامل تحریم محدود (مانند امور مالی، صادراتی، فرهنگی، مسافرتی جزئی و ...)، تحریم میانه (چون امور مالی و تجاری گسترده‌تر) و تحریم جامع (نظیر تحریم‌های گسترده مالی و تجاری و بایکوت کامل کشور هدف) می‌شود.

## ۱-۲. تحریم به اعتبار مجری تحریم

تحریم به اعتبار کشورهای مجری تحریم: تحریم یک‌جانبه و چندجانبه است که می‌تواند سازمانی، منطقه‌ای<sup>۲</sup> و بین‌المللی باشد.<sup>۳</sup>

1. Doxy, Margaret "International sanctions: A framework for analysis with special report to the UN and southern Africa 28, "Int '1 organization. 12, 1972.

۲. «تحریم‌های اتحادیه اروپا»: اتحادیه اروپا از طریق مقرره‌ای تحریم‌های سازمان ملل را به طور گسترده‌تری اعمال نموده است. برای مثال در بند ۳ مقررۀ مربوط به اقدامات محدودکننده علیه ایران و الغای مقررۀ ۹۶۱ خود بیان می‌دارد که این اقدامات شامل تجارت کالاهایی است که قابلیت استفاده دو گانه دارند، محصولات که در صنعت پتروشیمی مورد استفاده قرار می‌گیرند، ممنوعیت واردات نفت خام به ایران، ممنوعیت سرمایه‌گذاری در صنعت پتروشیمی، ممنوعیت تجارت طلا، فلزات گرانبها، الماس و ... با دولت ایران می‌شود. نک:

(Council Regulation (EU) No267/2012: Concerning restrictive measures against Iran and repealing regulation (EU) No961/2010).

همچنین براساس تصمیم ۲۱ دسامبر ۲۰۱۱ ECI در پروندۀ C-۱۱/۷۲ این دادگاه قواعد اتحادیه اروپا برای مقابله با تکثیر و افزایش تسلیحات اتمی در ایران را به موجب ارجاع دادگاه Düsseldorf Higher Regional Court بیان داشته است. این دادگاه در تصمیم خود تصریح می‌کند که اشخاص، شرکت‌ها و ارگان‌های مذکور در فهرست نمی‌توانند تدارک سرمایه یا منابع اقتصادی را به طور مستقیم یا غیرمستقیم ببینند که مناسب توسعه و ارتقای تسلیحات اتمی ایران است. شرکت عالمانه و عامدانه در فعالیت‌هایی نیز که مستقیم یا غیرمستقیم منجر به دوزدن ممنوعیت‌ها شود؛ ممنوع است. در رأی مذکور «در اختیار قراردادن منابع اقتصادی» همان‌طور که در دستورالعمل ۲۰۰۷/۴۲۳ اروپا آمده به طور موسعی تفسیر شده است.

۳. جان گالتونگ در تعریف «تحریم‌های بین‌المللی» می‌نویسد: «اقداماتی که یک یا چند بازیگر بین‌المللی علیه یک یا چند بازیگر دیگر به منظور یکی از دو هدف زیر به عمل می‌آورند: تنبیه طرف مقابل با محروم ساختن آن از برخی چیزها که برای آن ارزش دارد یا وادار ساختن طرف مقابل به رعایت برخی هنجارها که برای طرف اقدام‌کننده حائز اهمیت است. به نقل از محمدجواد ظریف و سعید میرزائی، «تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا علیه ایران»، مجله سیاست خارجی ۱ (۱۳۷۶)، ۹۲. «تحریم‌های یک‌جانبه دولت‌ها»: هر کشوری بنابر اهداف کلان و راهبردی خود می‌تواند با وضع قوانین و مقررات خاص از انجام برخی اعمال جلوگیری به عمل آورد یا انجام آن را محدود سازد. این امر ممکن است در رابطه با سایر کشورها

بنابراین اساساً موفقیت یا شکست هر تحریمی با در نظر گرفتن میزان تغییر رفتار سیاسی مخاطب تحریم، دستیابی به تغییرات مطلوب با صرف هزینه و زمان مناسب است. با این وجود آنچه در عمل اتفاق افتاده این است که در بیشتر موارد تحریم‌های اقتصادی<sup>۱</sup> - بین‌المللی برخلاف تأثیرهای اقتصادی موفقیت سیاسی کمتری داشته‌اند.<sup>۲</sup>

### ۱-۳. تحریم اقتصادی و غیراقتصادی (بی‌توجهی به اعتبار و حق کشور هدف در صحنه بین‌المللی)

یکی از راه‌های شناخت مفهوم تحریم اقتصادی بازشناسایی این مفهوم از «تحریم تجاری» است. هر چند در ظاهر «تحریم تجاری» و «تحریم اقتصادی» از نظر اقتصادی یک تأثیر دارند؛ اما از نظر حقوقی دارای آثار متفاوتی هستند. تحریم تجاری محدودیت‌هایی است که دولت‌های ملی بر تجارت بین‌الملل اعمال می‌کنند. این‌گونه محدودیت‌های تجاری اهداف تعریف شده سیاست تجاری یک دولت است، در حالی که در تعریف تحریم اقتصادی آن را چون ابزاری برای نیل به اهداف سیاست خارجی مطرح می‌کنند.<sup>۳</sup>

تحریم‌های غیراقتصادی معمولاً قبل از تحریم‌های اقتصادی آغاز می‌شود و هدف آن ترغیب کشور هدف به تغییر سیاست مورد نظر است. تحریم غیراقتصادی بسته به نوع کشور و شرایط موضوع متفاوت است، ولی می‌تواند شامل موضوع‌های زیر باشد:

۱. لغو دیدارهای چند جانبه؛
۲. خودداری از اعطای ویزا؛
۳. کاهش سطح نمایندگی‌های سیاسی؛
۴. جلوگیری از عضویت کشور هدف در سازمان‌های بین‌المللی؛

باشد، مانند ممنوعیت واردات یا صادرات از برخی کشورها و به آنها. در صورتی که هدف از این اقدامات تغییر رفتار و استراتژی‌های کشور مقابل و به منظور مجازات و تنبیه آن کشور انجام گیرد، می‌توان آن را در قالب تحریم بررسی نمود. در این میان، امریکا بیش از هر کشور دیگری به وضع تحریم‌های یک‌جانبه پرداخته است. به اعتقاد دایرة تحقیق کنگره امریکا این دولت، مجازات‌های اقتصادی را به عنوان اقدامات غیرنظامی تلقی می‌کند که بر جریان کالا، خدمات و دارایی‌های مالی بر یک کشور خارجی خاص اثر سوء می‌گذارد. امریکا در فاصله سال‌های ۱۹۷۹-۱۹۹۲، ۷۹ مورد مجازات اقتصادی را علیه کشورهای دیگر اعمال کرده است.

۱. تحریم اقتصادی هیچ‌گاه بهترین روش حل و فصل مخاصمات بین‌المللی نبوده است، اما همیشه آخرین روش قبل از توسل به زور بوده است. نک: یاسر ضیائی، «تحریم اقتصادی یک‌جانبه ایالات متحده امریکا علیه ایران از منظر حقوق بین‌الملل»، ۱۳۸۸، <http://yaserziaee.blogfa.com>

۲. در ۶۶ درصد موارد، کشورهای تحریم‌کننده به هدف‌های خود دست نیافته و فقط ۳۴ درصد آنها نسبتاً موفق بوده‌اند. زکریا عباسی‌فرد، «تحریم اقتصادی چیست؟ چرا؟ چگونه؟»، روزنامه مردم سالاری ۱۷۳۹ (۱۳۸۶/۱۱/۲۱).

۳. سعید تائب، «قانون داماتو: ایران یا اروپا؟» مجله سیاست خارجی ۴۱ (۱۳۷۶)، ۲۹-۴۴.

۵. مخالفت با میزبانی کشور هدف برای میزبانی اجلاس‌های بین‌الملل؛
۶. خودداری از کمک‌های مالی و مساعدت‌های رسمی (این مورد بخصوص در مورد کشورهای فقیر اعمال می‌شود)؛
۷. قطع ارتباطات تلفنی، رادیویی، حمل‌ونقل هوایی و دریایی و زمینی.<sup>۱</sup>

#### ۴-۱. تحریم صریح و غیرصریح<sup>۲</sup> (وضع تعرفه‌های گمرکی بالا)

وضع تحریم‌های اقتصادی در اکثر مواقع به صورت تصویب مقرره‌ای است که اعمال خاصی مانند تجارت یا عبور و مرور را برای افراد؛ شرکت‌ها یا دولت‌های خاصی ممنوع می‌سازد. برای مثال شورای اتحادیه اروپا با وضع تصمیم (Decision) و سپس مقرره (Regulation) انجام امور تجاری را با برخی کشورها برای کلیه اعضای عضو اتحادیه ممنوع می‌سازد؛ اما در برخی موارد دیگر کشور واضع تحریم این عمل را از طریق تصویب مقررات انجام نمی‌دهد، بلکه با برخی اعمال غیرمستقیم مانند وضع تعرفه‌های گمرکی بالا برای تجارت با کشوری خاص عملاً انگیزه تجارت برای تجارت را کاهش می‌دهد و به همان هدفی که با وضع مقرره صریح حاصل می‌شد دست می‌یابد.

#### ۵-۱. تحریم به اعتبار مخاطبان تحریم

همواره یکی از مهم‌ترین اهداف تحریم‌های بین‌المللی، دولت‌ها بوده‌اند. فصل هفتم منشور ملل متحد در خصوص «اقداماتی است که در موارد تهدید علیه صلح یا بر هم زدن صلح و اقدام به تجاوز به عمل خواهد آمد» است و به موجب ماده ۳۹، مرجع تصمیم‌گیری برای بررسی مسأله صلح و اقدامات مربوط به آن، شورای امنیت سازمان ملل متحد است. ماده ۴۱ نیز آن چیزی را بیان می‌دارد که می‌توان در قالب تحریم‌ها مورد بررسی قرار داد: در ماده ۴۱ آمده است: «شورای امنیت برای عملی ساختن تصمیمات خود، می‌تواند تصمیم به اقداماتی بگیرد که مستلزم به کار بردن نیروی مسلح نیست و اعضای ملل متحد را دعوت کند که آن اقدامات را به موقع عمل گذارند. اقدامات مزبور ممکن است شامل قطع تمام یا قسمتی از روابط اقتصادی یا ارتباط راه‌آه‌نی، بحری، هوایی، پستی، تلگرافی یا سیم یا بی‌سیم و سایر وسایل ارتباطی و همچنین قطع روابط سیاسی باشد.»

۱. عباسی فرد، زکریا، پیشین.

۲. وحیده غلامی، «قوة قاهره در قالب تحریم‌های اقتصادی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱) ۷۳.

گاهی مخاطب تحریم، نه دولت‌ها، بلکه اشخاص حقیقی و حقوقی هستند. در همین راستا و به منظور جلوگیری از آسیب‌های عمومی و فراگیر به سایر اشخاص، اصطلاح جدیدی با عنوان «تحریم‌های هوشمند»<sup>۱</sup> مطرح شد. این نوع از تحریم‌ها با هدف تمایز قائل شدن میان افراد عادی و رهبران و سیاستگذاران یک کشور ایجاد شده است.

## ۲. ماهیت حقوقی تحریم در تأثیر بر اجرای قرارداد از منظر اصول دادرسی

مهم‌ترین و بارزترین اثر تحریم‌های اقتصادی بر رابطه طرفین، ایجاد مانع برای انجام تعهدات و به تبع آن ادعای وقوع فورس ماژور برای رهایی از بار اجرای تعهدات در شرایط تحریم است؛<sup>۲</sup> اما پذیرفته شدن چنین ادعایی بسته به آن است که به تحریم به عنوان امری موضوعی یا حکمی نگریسته شود. تفاوت این دو نگاه از این نظر است که در امور موضوعی نه تنها بار اثبات واقعه (یا قانون)ی که موجب تعذر اجرا شده است با مدعی و در واقع متعهد قرارداد است، بلکه آثار امور موضوعی محدود به حدودی است که دادگاه محل رسیدگی برای آن شناخته است و این درست برعکس امور حکمی است که نیاز به اثبات ندارند و به علاوه در برخی موارد (قواعد آمره)<sup>۳</sup> اثر آنها فراتر از آثار امور موضوعی خواهد بود.<sup>۴</sup>

## ۲-۱. تحریم از منظر امر موضوعی

امور موضوعی امری هستند که عاری از الزام و خصوصیت قانونی‌اند. این امور وضعیت حقوقی دعوا را ایجاد می‌کنند و به آن شکل می‌دهند و از آنجا که دادرسی از آنها اطلاع ندارد، نیازمند اثبات هستند.<sup>۵</sup> نتایجی که از موضوعی دانستن قانون خارجی ایجاد می‌شود، عبارت‌اند از:

۱. این قانون باید برای قاضی اثبات شود؛

۲. قاضی نسبت به آنها علم ندارد؛

۳. اجرای آنها تحت نظارت دیوان عالی کشور نیست.

1. Smart sanctions.

2. Christopher, Brunner, "Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non Performance in International Arbitration"، *Kluwer* (2009), 75.

3. Article 7-1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

۴. در ادامه به بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

۵. مجتبی اشراقی آرانی، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی، تبیین نظریه عمومی»، فصلنامه حقوق ۲ (۱۳۸۹)، ۲۷۹.

هانری باتیفول<sup>۱</sup> معتقد است: «هر قاعده قانونی از دو عنصر تشکیل می‌شود، عنصر اول، مضمون قاعده است که عنصری عقلی است و عنصر دوم امر و الزام است که قاعده حقوقی، امر و الزام خود را از آن می‌گیرد. در کشور مقنن، قاعده حقوقی هر دو عنصر را دارد، ولی در کشور دیگر عنصر دوم را از دست می‌دهد و تنها مضمون آن باقی می‌ماند. از این‌رو در دادگاه داخلی، قانون خارجی امری موضوعی محسوب می‌شود.»

ثمره چنین تفکیکی که در بسیاری از نظام‌ها پذیرفته شده، این است که در تحریم‌های اقتصادی که معمولاً از طریق قانونگذاری (ملی یا بین‌المللی) وضع می‌شوند، متعهد باید وجود تحریم‌ها و قانون مرتبط را نزد دادگاه خارجی اثبات نماید. این امر در ابتدا منوط به این است که قانون مقرر رسیدگی با توجه به قواعد حل تعارض خود قانون خارجی را قابل اجرا بداند؛ چراکه این دادگاه کلیه صلاحیت‌های خود را از قانون مقرر می‌گیرد و چنانچه قواعد حل تعارض، موردی را برای اجرای قانون خارجی نشناخته باشند، اساساً موضوع شناسایی آن قانون و حکمی یا موضوعی بودن آن مطرح نخواهد شد.

باید توجه داشت که گاه استناد به قانون خارجی به سبب آن است که یکی از طرفین، اجرای آن قانون را از دادگاه درخواست می‌کند یا معتقد است از آنجا که قانون خارجی حاکم بر قرارداد آنها بوده است؛ آثار ایفا یا عدم ایفای تعهدات نیز باید با توجه به آن خارجی در نظر گرفته شود. گاهی نیز استناد به قانون خارجی نه به دلیل اجرای آن به جهت انتخاب قانون حاکم، بلکه به سبب آثار ناخواسته‌ای است که آن قانون بر تعهدات طرفین بار کرده است.

در وضعیت اول شناسایی و اجرای قانون خارجی کاملاً محدود به حدودی است که قانون مقرر و قواعد حل تعارض آن برای موضوع می‌شناسند. بنابراین چنانچه متعهد مدعی شود به موجب قواعد محدودکننده‌ای که قانون حاکم بر قرارداد تحمیل کرده، امکان انجام تعهد خود را ندارد، باید حسب قانون مقرر و قواعد حل تعارض آن، قانون خارجی را اثبات کند. برای مثال ممکن است قانون حاکم بر قرارداد، قانون انگلیس باشد و متعهد مدعی شود که در قرارداد ساخت کشتی به دلیل قانون منع تجارت با اشخاص تحت تحریم، امکان انجام تعهد خود را ندارد. پس چنانچه چنین ادعایی در دادگاه کشوری مثل ایران مطرح شود متعهد بایستی قانون انگلیس را برای قاضی ایرانی اثبات نماید و این شناسایی محدود به این امر است که طرفین خارجی بوده و صریحاً قانون خارجی را حاکم بر قرارداد نموده باشند.

۱. دلاور برادران زره شوران، «اجرای قانون خارجی در دادگاه داخلی از نظر حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و حقوق تطبیقی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۹).

نتیجهٔ چنین تفسیری این است که چنانچه دادگاه مقر به موجب قواعد حل تعارض خود موردی برای اجرای قانون خارجی ننشاند؛ اساساً نوبت به شناسایی آن نمی‌رسد، پس ممکن است طرفی که به قانون خارجی به عنوان تحریم و مانع اجرا استناد می‌کند، فرصت اثبات آن را نیابد و به تبع نتواند اثر آن را نیز اثبات نماید. در چنین وضعیتی متعهد مجبور به ایفای تعهد خود خواهد بود.

برای جلوگیری از وضعیت ناعادلانه‌ای که ممکن است در چنین شرایطی ایجاد شود، برخی فورس ماژور را از جمله اموری می‌دانند که مربوط به وقایع هستند و صرف اثبات اصل واقعه، متعهد را بی‌نیاز از اثبات قانون سبب واقعه می‌کند. برای مثال وقوع فورس ماژور به دلیل قانون منع صادرات، متعهد را از اثبات قانون سبب به عنوان قانون خارجی بی‌نیاز می‌سازد و صرفاً به عنوان یک واقعهٔ خارجی (همچون وقوع سیل یا زلزله) اثبات می‌شود. در این صورت صرفنظر از قواعد حل تعارض، امکان اثبات قانون خارجی به عنوان سبب واقعه وجود خواهد داشت. پذیرش این امر زمانی اهمیت می‌یابد که بدانیم از آنجا که امور خارجی مانند فورس ماژور صرفنظر از قانون حاکم بر قرارداد تأثیر می‌گذارند و تعهدات را ناممکن می‌سازند، نمی‌توان به جهت قواعد حل تعارض مقر از شناخت اثری خودداری کرد که در واقع امر رخ داده است؛ اما از سوی دیگر صلاحیت دادگاه مقر در بررسی آثار چنین واقعه‌ای پابرجا می‌ماند.<sup>۲</sup>

یکی از مسائلی که در خصوص تحریم به عنوان امر موضوعی همواره مورد توجه بوده، نقش تحریم و ممنوعیت از سوی دولت متبوع یک شرکت دولتی در قالب فورس ماژور است. به عبارت دیگر اینکه یک شرکت دولتی در چه شرایطی می‌تواند اعلام ناتوانی در انجام تعهد خود را مستند به عمل دولت متبوع خود نماید از مسائل مهم قابل پیگیری است. در پاسخ به این پرسش برخی با لحاظ شخصیت مستقل شرکت دولتی از دولت، اعمال و تصمیمات آن را واجد وصف خارجی تلقی کرده‌اند که با حضور سایر شرایط می‌تواند فورس ماژور محسوب شود. این در حالی است که برخی با دقت عمل بیشتری وارد عمل شده‌اند و صرف شخصیت مستقل حقوقی شرکت دولتی را عامل خارجی بودن اقدامات دولت ندانسته و ملاحظات دیگری را نیز مؤثر در تشخیص می‌دانند:<sup>۳</sup>

1. facts

2. Abhishek, Bharti, The concept of Renvoi in the Conflict of Laws, selected works, bepress, 2008, 3 and 6. Available at: [http://works.bepress.com/abhishek\\_bharti/1](http://works.bepress.com/abhishek_bharti/1).

3. Bockstiegel, Karl-Heinz, Act of States as Force Majeure for State Controlled, supplied by The British Library, The World's Knowledge, 2011, 46-48. //Maravilla, Christopher Scott, The ability of a state owned enterprise to declare force majeure based upon actions of the state, journal of International and comparative law at Chicago, volume 2.83, 2002.

**الف - استقلال شرکت دولتی:** به موجب قوانین دولت متبوعش از نظر تجاری و همچنین رعایت این استقلال در شؤون ساختاری<sup>۱</sup> و عملکرد روزانه<sup>۲</sup> شرکت؛<sup>۳</sup>

**ب - تفکیک اعمال و اقدامات دولت به اعمال حاکمیتی<sup>۴</sup> و اداری<sup>۵</sup>:** در صورتی که دولت در مقام اعمال حاکمیتی و با لحاظ منافع ملی خود به وضع قوانین و مقررات بپردازد و در این راستا مانع اجرای تعهد شرکت دولتی شود؛ این امر می‌تواند در قالب فورس ماژور محسوب شود. در حالی که این مسأله در خصوص اعمال ناشی از تصدی‌گری دولت مجری نیست و اگر عمل دولت در قالب قانونی خاص و نه قانونی عمومی<sup>۶</sup> و کلی باشد؛ نمی‌توان این مسأله را عنوان نمود.

**ج - بررسی احتمال هم‌دستی و تبانی دولت با شرکت دولتی:** به این معنا که باید ثابت شود آنچه دولت را به وضع قانون مربوطه واداشته است، مصلحت عمومی کشور و خطمشی اساسی جامعه و نه نفع دولت در یک معامله خاص بوده است.<sup>۷</sup> نکته قابل توجه آن است که صرف حضور دولت به عنوان یکی از ارگان‌های تصمیم‌گیرنده در شرکت موجب رد ادعای فورس ماژور نمی‌شود، بلکه در این مورد باید به ویژگی قانون دولتی و قصد واقعی دولت در وضع آن توجه نمود. اگر مشخص شود که شرکت از این فرصت برای تأثیرگذاری بر عمل دولت استفاده کرده این امر مانع استناد به فورس ماژور خواهد بود.<sup>۸</sup>

1. organically

2. day to day function

۳. در پرونده‌ای که در سال ۱۹۷۴ این مسأله مورد توجه قرار گرفت؛ Rolimpex یک شرکت دولتی لهستانی با شرکتی انگلیسی به نام Czarnikow قراردادی منعقد کرد تا ۱۱ هزار تن شکر راب بفروشد. فقط ۶۰۰۰ تن شکر پیش از نقض قرارداد به وسیله Rolimpex تحویل داده شده بود. قرارداد فورس ماژور را در خصوص اعمال دولتی با توجه به ماده ۱۸ بند ۲ قواعد انجمن تصفیه شکر تعریف کرده بود. در این ماده آمده بود: «ممنوعیت یا تأخیر مستقیم یا غیرمستقیم به موجب دخالت دولت ... فراتر از کنترل فروشنده ...» در اواخر ۱۹۷۴ وزارت تجارت خارجی لهستان مصوبه‌ای را تصویب کرد و بر اساس آن کلیه صادرات شکر را ممنوع کرد. به موجب رأی دادگاه این شرکت هویتی مستقل از دولت خود داشت، بنابراین معیار اول در موردش قابل اعمال بود. مجلس اعیان رأی داد که به موجب قانون لهستان Rolimpex شخصیت حقوقی خودش را دارد و مانند شرکتی خصوصی عمل می‌کند، اگرچه اعمالش عموماً منوط به نظر هیأت دولت لهستان است و شرط فورس ماژور در قرارداد در جایی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که شرکت دولتی دارای شخصیتی مجزا از دولت به موجب قانون داخلی باشد.

۴. «امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود.» ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری.

۵. دسته‌ای از امور که دولت، متصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند از قبیل تصدی در امور صنعتی، کشاورزی، حمل‌ونقل، بازرگانی، مسکن و بهره‌برداری از طرح‌های مندرج در ماده ۱۰ (امور زیربنایی). ماده ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری.

6. general.

۷. در مورد این شرط باید یادآور شد که محاکم معمولاً چنین حسن نیتی را در مورد دولت مفروض می‌دانند مگر اینکه اوضاع و احوال خلاف آن را ثابت نماید.

۸. در آگوست ۱۹۷۴ لهستان، با باران‌های سنگین و سیل مواجه شد که در نتیجه آن بخش عمده‌ای از چغندر قند آن از بین



ذکر این نکته اهمیت بسیاری دارد که در تحلیل و بررسی وضعیت عدم انجام تعهد شرکت دولتی به دلیل قانون یا آیین‌نامه مصوب دولت استناد به عمل دولت در قالب فورس ماژور ممکن نیست.<sup>۱</sup> همچنین؛

الف - اگر در خود قرارداد به صراحت ذکر شده باشد که شرکت دولتی در مقابل اعمال دولت مطلقاً مسؤول است؛

ب - اگر قانون ملی حاکم بگوید طرف صادرکننده مسؤول تهیه مجوزهای لازم است، وی نمی‌تواند به دستورها و آیین‌نامه‌های دولتی در عدم انجام تعهدش استناد کند. قواعد اینکوترمز برای چنین مسؤولیت‌هایی طراحی شده است. از این‌رو اگر در قراردادی تحویل، در چارچوب FOB باشد، فروشنده نمی‌تواند به فورس ماژور ناشی از عمل دولت استناد نماید. ج - اگر ثابت شود که از یک طرف قرارداد به طور رسمی یا غیررسمی خواسته شده تا به تعهدش عمل کند، اما وی تعلل ورزیده و بعد از آن دستور دولتی مانع انجام تعهد شده است.

## ۲-۲. تحریم از منظر امر حکمی

امور حکمی اموری هستند که نیاز به اثبات طرفین ندارند. پس قاضی ملزم است اساساً قانون خارجی را جستجو کند و علم او نسبت به آن قانون مفروض است، بنابراین دیوان کشور بر تفسیر آن نظارت دارد. دلایل کسانی که قانون خارجی را امری حکمی می‌دانند در دو دسته قابل بررسی است:

الف - قانون خارجی، حکمی است چون مورد پذیرش نظام حقوقی داخلی قرار گرفته و در آن ادغام شده است.

ب - قانون خارجی به مقتضای وکالتی که قانونگذار داخلی به سبب قواعد حل تعارض به مقنن خارجی اعطا کرده است، اجرا می‌شود.<sup>۲</sup>

در خصوص تحریم‌های اقتصادی و استناد به آنها به عنوان فورس ماژور باید توجه داشت به‌رغم مطالبی که در بند قبلی ذکر شد، ممکن است، تحریم‌های اقتصادی نه در راستای شناسایی قانون خارجی و نه به عنوان واقعه خارجی که انجام قرارداد را متعذر یا ناممکن

رفت و چقدر قند در بازار داخلی محدود و کمیاب شد. در این راستا هیأت دولت یک مصوبه غیر الزام‌آور تصویب کرد تا کلیه صادرات این محصول متوقف شود و مجوزهای داده شده نیز ابطال شوند. پس از آن وزارت تجارت خارجی تصمیم مشابهی با اجبار قانونی گرفت. دولت دلیل مستقلاً برای این کار خود داشت، گرچه این امر برای شرکت دولتی Rolimpex سودآور بود و آنها می‌توانستند از انجام تعهدشان به موجب عملکرد دولت سرباز زنند.

1. Karl-Heinz Bockstiegel, "Act of States as Force Majeure for State Controlled", supplied by The British Library, The World's Knowledge, 2011, 46.

۲. برداران زره شوران. پیشین، ۱۷.

ساخته است؛ بلکه به عنوان قواعد آمره‌ای که نقض آنها برای متعهد شناخته نشده است، قابل شناسایی باشد. به نظر می‌رسد بهترین مثال این مورد ماده ۷ کنوانسیون اتحادیه اروپا در خصوص قانون حاکم بر قراردادهاست.<sup>۱</sup> بر اساس این ماده با عنوان قواعد آمره، هیچ چیز مانع از آن نیست که دادگاه محل رسیدگی، صرفنظر از قانون حاکم بر قرارداد به قواعد آمره کشوری که ارتباط نزدیک با قرارداد دارد؛ اثر ببخشد. در تصمیم‌گیری در خصوص اینکه این قواعد آمره اعمال شوند یا خیر؟ باید به هدف و طبیعت آن قواعد و همچنین تبعات اعمال یا عدم اعمال آنها توجه شود.<sup>۲</sup>

برای مثال ممکن است قانون حاکم بر قرارداد قانون انگلستان باشد، اما در همان قرارداد ساخت کشتی محل ساخت کشتی در کشور کره جنوبی باشد که به موجب قواعد آمره آن ساخت کشتی برای کشور الف تحریم باشد و سازنده مشمول جریمه نقض آن تحریم شود. واضح است که در این خصوص نه واقعه خارجی‌ای وجود دارد که مانع اجرا باشد (چراکه وضع تحریم کشور کره جنوبی ساخت کشتی را ناممکن نکرده و فقط برای این عمل جریمه مقرر کرده است) و نه قانون حاکم بر قرارداد محدودیتی دارد که بحث شناسایی قانون خارجی مطرح شود؛ اما ماده ۷ کنوانسیون اتحادیه اروپا در خصوص قانون حاکم بر قرارداد مقرر داشته است چنانچه قانون کشوری صرفنظر از قانون حاکم بر قرارداد به دلیل ارتباط نزدیک با آن قرارداد امکان اجرا داشته باشد، دادگاه باید با توجه به مواردی که در آن ماده ذکر شده، آن قواعد آمره را اجرا نماید.

در این مورد مشخص است در قراردادهایی همچون ساخت کشتی، رعایت قواعد آمره کشور محل ساخت برای سازنده نقش مهمی دارد، چراکه اساساً تجارت سازنده در آن کشور رخ می‌دهد. بنابراین دادگاه مقرر ممکن است با در نظر گرفتن تبعات این امر که عدم اجرای این قواعد برای سازنده آثار زیانبار و سنگینی به بار می‌آورد (مانند پرداخت جریمه سنگین یا نقض قواعد محلی که عمدتاً به عنوان محل ساخت کشتی نقش مهمی در تجارت بین‌الملل ایفا می‌کند) سازنده را از ایفای تعهد خود معاف کند. همچنین توجه به هدف و طبیعت این قواعد ممکن است دادگاه را به این نتیجه برساند که یک قرارداد ساخت کشتی ارتباط زیادی با کشور محل ساخت دارد و چنانچه نقض قواعد آن تکرار شود؛ آثار مخربی بر تجارت بین‌الملل آن کشور خواهد گذاشت. پس در این امر قانون واضح تحریم نه به عنوان قانون

1. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980)

2. Article 7-1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

خارجی حاکم بر قرارداد و نه به عنوان واقعه خارجی که اجرای قرارداد را ناممکن ساخته است؛ بلکه به عنوان قاعده آمره‌ای که دادگاه مقرر اجرای آن را ضروری تشخیص می‌دهد مانع اجرای تعهد می‌شود.

### ۳. راهکارهای مدیریت ریسک ناشی از تحریم در قراردادها

از آنجا که در صورت وقوع تحریم‌های اقتصادی و متأثر ساختن اجرای تعهدات قراردادی یکی از واکنش‌های متعهد می‌تواند استناد به فورس ماژور و عدم اجرای تعهد باشد؛ به نظر می‌رسد می‌توان با تخصیص ریسک ناشی از وقوع تحریم در قرارداد از بروز خسارت‌ها یا عدم اجرای قرارداد جلوگیری نمود. در واقع با تخصیص ریسک تحریم‌ها طرفی که باید بار این ریسک را به دوش بکشد از قبل مشخص است و می‌تواند برای این مسؤلیت خود پوشش مناسبی مانند بیمه یا افزایش قیمت قرارداد را پیش‌بینی نماید؛ اما آنچه مهم است این است که در این حالت قرارداد متوقف نمی‌شود.

از منظر اقتصادی هدف طرفین یک قرارداد به حداکثر رساندن ارزش یا کارآمدی آنهاست. به همین منظور آن قاعده حقوقی ارجحیت دارد که منجر به افزایش کارآمدی اقتصادی در کل شود و قواعد حقوقی نیز باید از این نتیجه حمایت کنند.<sup>۱</sup>

### ۳-۱. راهکارهای قانونی

در این نوع ضمانت اجراها، تمرکز بر روش‌هایی است که قانونگذار به منظور تخصیص ریسک ناشی از وقایع فورس ماژور برگزیده است. در بیشتر موارد این قواعد فاقد ویژگی آمره هستند و طرفین می‌توانند خلاف آن را در قرارداد خود شرط کنند. پس این قواعد در زمانی اعمال می‌شود که خود قرارداد در زمینه تخصیص ریسک ناشی از وقایع فورس ماژور ساکت است. نکته دیگری که باید مدنظر داشت این است که از بین بردن کامل ریسک ناشی از وقایع فورس ماژور معمولاً ناممکن است<sup>۲</sup> از این رو قریب به اتفاق روش‌هایی که برای مدیریت ریسک ناشی از تحریم به عنوان واقعه‌ای فورس ماژور به کار برده می‌شوند؛ در واقع ریسک مورد نظر را تخصیص می‌دهند، نه اینکه به طور کامل از بین ببرند.<sup>۳</sup>

1. Richard A. Posner & Andrew, M. Rosenfield, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis, the University of Chicago Press, Journal of Legal Studies, Vol.6. No.1, Jan 1977, 89; Peter J, Hammond, "Equal, Right to Trade and Mediate: Social Choice and Welfare", Springer-Verlag 2003, 182.

۲. مگر آنکه برون‌سپاری ریسک و استفاده از پوشش‌های بیمه‌ای را نوعی از بین بردن ریسک بدانیم.

۳. تخصیص ریسک قراردادی نیز به دنبال حداکثر کردن همین کارآمدی است. در مورد تخصیص ریسک باید به این مؤلفه‌ها

ریسک وقایع فورس ماژور نیز معمولاً در دسته ریسک‌های نامعمول قرار می‌گیرد؛ یعنی آنچه به طور فوق‌العاده ممکن است رخ دهد.<sup>۱</sup> در تخصیص کارآمد ریسک از نظر اقتصادی به دنبال راه‌حلی باید بود که فقط زمانی اجازه فسخ قرارداد را به جهت فورس ماژور بدهد که از نظر اقتصادی بهینه باشد، یعنی بیشترین سود را در جامعه ایجاد نماید. این سود ممکن است برای فروشنده (کاهش هزینه‌ها با عدم اجرا به خاطر فورس ماژور) یا برای خریدار (به دست آوردن سود بیشتر با دریافت اجرا پس از وضعیت فورس ماژور) باشد.

امروزه برای منظور کردن ریسک‌های قراردادی و تهیه یک نقشه برای قراردادهای بلند مدت که وضعیت تعهدات طرفین در برابر یکدیگر را نشان دهد، بررسی و تطبیق قرارداد به شکل دوره‌ای بیشتر پیشنهاد می‌شود<sup>۲</sup> تا اینکه در همان ابتدا تکلیف کلیه ریسک‌ها و وقایع پیش‌بینی نشده مشخص شود. انجام این کار نه تنها مشکل است و هزینه‌بر است، بلکه ممکن است عملاً خنثی و عبث شود، زیرا هنگامی که در طول قرارداد اوضاع و احوال بسیار تغییر کند اجبار تعهد به پای‌بندی به وضعیت اولیه دشوار می‌شود.

عده‌ای بر این باورند که برای تشخیص پذیرنده ریسک وقوع فورس ماژور - یعنی یا ادعای فورس ماژور را بپذیریم و ریسک آن را بر ذی‌نفع اجرا تحمیل کنیم یا ادعا را رد کنیم و ریسک واقعه را بر متعهد تحمیل کنیم - در وهله اول باید به خود قرارداد رجوع نمود و اگر قرارداد در این مورد ساکت بود، باید ریسک را بر طرفی تحمیل نمود که برای پذیرفتن ریسک در وضعیت بهتری قرار دارد. به این شخص «بهترین پذیرنده ریسک»<sup>۳</sup> می‌گویند. یکی از شاخص‌هایی که برای تعیین پذیرنده ریسک به کار می‌رود؛ آن است که کسی ریسک را بر عهده گیرد که توانایی بیمه کردن آن را با قیمت پایین‌تر داشته است.<sup>۴</sup> شاخص دیگر در این زمینه توانایی طرفین در جلوگیری از ریسک با هزینه پایین است.<sup>۵</sup>

توجه کرد: ۱. بدانیم اطلاعات کافی در مورد پروژه وجود دارد؛ ۲. ریسک‌های مرتبط با پروژه شناسایی شود؛ ۳. تا جایی که امکان دارد ریسک به کسی محول شود که بهتر می‌تواند از وقوع آن جلوگیری کند یا آن را اداره کند؛ ۴. ریسکی که باید به مؤسسات بیمه واگذار شود مشخص شود:

Richard, A. Posner & Andrew, M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis" the University of Chicago Press, "Journal of Legal Studies", Vol.6. No.1, Jan 1977, 89; Peter J, Hammond, "Equal Right to Trade and Mediate," *Social Choice and Welfare*, Springer-Verlag 2003, 182 E.R, Yescombe, *Principles of Project Financing*, academie press, 2002, Chapter 8: Commercial Risk, 137.

1. Vegadia, eharat, *A Outsourcing to India, a Legal Handbook*, Springer, 2007, Allocation of Risk in to the Contract, Chapter 7, 65.

2. Above note 1, 101.

3. Superior Risk Bearer

4. Richard, & Rosenfield, above note 1, 90.

5. Ibid, 91.

برای تشخیص اینکه چه کسی نیز در موقعیت بهتری برای بیمه کردن ریسک قرار داشته، دو عامل مورد توجه است: نخست آنکه هزینه‌های تخمین ریسک برای چه کسی پایین‌تر است. برای مثال باید به این پرسش پاسخ داده شود که ریسک با چند درصد احتمال ممکن است واقع شود و عمق خسارات آن تا چه حد است. عامل دوم توجه به هزینهٔ تحصیل پوشش بیمه‌ای است؛ به این معنا که چه کسی توانایی تحصیل بیمه به قیمت ارزان‌تر را داشته است.<sup>۱</sup> البته در مورد تحصیل پوشش بیمه‌ای باید امکان «خود بیمه‌گری» را هم در نظر آورد و منظور از آن این است که بدون استفاده از یک پوشش بیمه‌نامه‌ای، یک طرف بتواند با استفاده از متنوع کردن قراردادها از تجمع ریسک در یک قرارداد جلوگیری نماید.<sup>۲</sup> ایرادی که به تئوری «بهترین پذیرندهٔ ریسک» وارد می‌شود این است که تعیین این شخص در قرارداد با توجه به شاخص‌های گفته شده دشوار است، به ویژه آنکه معمولاً قاضی، اطلاعاتی از کم و کیف قضیه ندارد و حالا که قرارداد با مانع برخورد نموده است طرفین واقعیت را به گونهٔ دیگری نشان می‌دهند.<sup>۳</sup>

از این رو برخی این باورند که وقتی تشخیص طرف مسؤؤل عدم اجرا دشوار است، فسخ قرارداد بهترین گزینه است، زیرا جلوی هزینه‌های طرح دعوا را می‌گیرد؛<sup>۴</sup> اما این دیدگاه به نظر صحیح نمی‌رسد زیرا مسؤؤل عدم اجرا ممکن است با سوءاستفاده از ابهام‌های قرارداد بتواند به راحتی قرارداد را فسخ نماید. در مقابل امری که حتماً باید در اعطا یا عدم اعطای معافیت دخیل شود تلاش متعهد برای کاهش خسارت‌ها و جایگزینی اجرای تعهدات دیگر است.

ممکن است تصور کنیم که اگر افزایش هزینه‌ها خیلی بیشتر از افزایش قیمت قراردادی باشد، فروشنده ضرر جدی می‌بیند و هیچ‌گاه تن به ایفای تعهد خود نمی‌دهد، ولی در عمل این افزایش قیمت با افزایش سود خریدار از اجرا خنثی می‌شود، زیرا تخصیص کارآمد ریسک به دنبال حداکثر کردن سود جامعه است. در مقابل به نظر عده‌ای این روش‌ها بیشتر در تئوری پاسخگو هستند تا در عمل؛ زیرا در عمل نمی‌توان ضررهای مالی را که به فروشنده به خاطر اجرا وارد می‌شود، به صرف کارآمدی اقتصادی (از طریق افزایش سود خریدار) نادیده گرفت.<sup>۵</sup> هر چند ممکن است فروزی غیرواقعی هنوز استفاده از کارآمدی اقتصادی را

1. Ibid.

۲. برای مثال اگر به دلیل شیوع بیماری مدارس تعطیل شوند نمی‌توان قرارداد معلمان را که به دلیل بیماری نتوانسته‌اند در کلاس حاضر شوند، فسخ کرد، چون آنها در موقعیت بهتری برای جلوگیری از مریض شدن بوده‌اند، بلکه مدیر مدارس می‌توانسته با متنوع کردن قراردادهای خود با معلمان از این ریسک جلوگیری کند.

3. Cristopher, J. Bruce, *an Economic Analysis of the Impossibility Doctrines*, the *Journal of Legal Studies*, Vol. Xi, June, 231-2, 1982

4. Cristopher, *above note 10*, 330.

5. Pierto, Trimarchi, *Commercial Imperacticability in Contract: An Economic Analysis*, *International Review of Law and Economic*, No 11, 1991, 82.

توجیه کند، یعنی اینکه بگوییم اگر وضعیت مالی فروشنده مناسب و سازماندهی شده باشد، او می‌تواند به سرعت و با استفاده از تأمین مالی خسارات خود را جبران کند و جلوی ضرر را بگیرد.

با وجود تمام این مطالب، همان‌طور که گفته شد ابتدا باید به خود قرارداد و نوع تخصیص ریسکی توجه شود<sup>۱</sup> که صریح یا ضمنی در آن آمده است، همچنین این نکته را باید در نظر داشت طرفی که قیمت یا حق الزحمه دلخواه خود را برای خدمتی که ارائه می‌دهد دریافت می‌دارد رغبت بیشتری در پذیرش ریسک دارد و در صورت برخورد قرارداد به مانع، تلاش بیشتری جهت رفع آن و ادامه قرارداد می‌نماید.<sup>۲</sup> از سوی دیگر قرارداد بلندمدتی که مزیت بیشتری به یک طرف بدهد آسیب‌پذیر می‌شود، زیرا طرف مقابلی که احساس می‌کند در قرارداد باخته است، سعی در اجرای قرارداد ندارد و برعکس می‌خواهد با اشکال تراشی مانع اجرای قرارداد شود.<sup>۳</sup> پس باید در تخصیص ریسک توجه داشت که نمی‌توان تضمین‌ها یا تعهدهای زیادی از متعهد یا سرمایه‌گذار خواست؛ مگر اینکه متقابلاً، قرارداد برای او مشوق‌هایی<sup>۴</sup> داشته باشد. هر چند ممکن است اجرای قرارداد برای سرمایه‌گذار در وضعیت تحریم از سوی کشور متبوع او با مانع روبه‌رو شود یا دشوار و پُر هزینه گردد؛ اما تعهد به پرداخت مبلغی بابت خسارت همیشه می‌تواند عملی باشد. به علاوه اینکه این امر موجب می‌شود سرمایه‌گذار تلاش خود را برای جلوگیری از عدم اجرای قرارداد انجام دهد نه اینکه به راحتی موافق فسخ قرارداد باشد. همچنین تعهد به پرداخت این مبلغ برای متعهد یک الزام روانی ایجاد می‌کند که وضعیت را به خوبی بررسی نماید و اگر احتمال عدم اجرای قرارداد را بالا تخمین می‌زند ریسک را نپذیرد و هزینه‌های بعدی را برای طرف دیگر هم ایجاد نکند. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت یکی از قواعدی که قانونگذار برای مدیریت ریسک ناشی از تحریم‌های اقتصادی می‌تواند در نظر گیرد این است که ریسک آن را بر دوش کسی گذارد که در وضعیت بهتری برای مدیریت یا اجتناب از آن ریسک است. توانایی پیش‌بینی، اقدام بهنگام یا به دست آوردن پوشش بیمه‌ای مناسب برای مقابله با یک واقعه همه از عواملی هستند که با آنها قانونگذار می‌تواند تصمیم بگیرد ریسک تحریم بر عهده چه کسی باشد. برای مثال قانون می‌تواند ذی‌نفع اجرای یک تعهد را ملزم به رعایت تلاش برای جلوگیری

۱. می‌توان از نوع قرارداد نیز به یک نوع خاص از تخصیص ریسک پی برد. برای مثال در قراردادهای با قیمت ثابت، ریسک نوسانات قیمت تخصیص داده شده است:

Christopher, Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non Performance in International Arbitration*, Kluwer, 2009, 124.

2. Dean, Trackman, Leon E, *Declaring Force Majeure: Veracity or Sham, August 2007, Selected Works. Bepress*. 28.

3. Yescombe, E.R, *above note 2*, 140.

4. Incentive

از پیشرفت ضرر کند (مانند قاعدهٔ مقابله با خسارت) و از سوی دیگر چنانچه متعهد با صرف هزینهٔ معقول می‌توانسته ریسک مربوطه را شناسایی و از آن اجتناب کند، ریسک ناشی از تحریم را بر متعهد تحمیل کند و او را ملزم به پرداخت غرامت و جبران خسارت ناشی از اجرا نماید. برای همین معمولاً در حقوق کامن لا، هم متعهد و هم ذی‌نفع تعهد هر دو مسؤول رعایت تلاش و دقت کافی جهت جلوگیری از پیشرفت ضررند. در این صورت واضح است که ریسک ناشی از تحریم در صورت وجود شرایط می‌تواند به نسبتی که دادگاه تشخیص دهد بین هر دو طرف تقسیم شود. چراکه برای مثال در مورد کشورهایی مانند ایران برای متعهد بسیار قابل پیش‌بینی است که ریسک تحریم وجود دارد و از سوی دیگر ذی‌نفع نیز باید پس از وقوع تحریم و مانعیت اجرا برای جلوگیری از ادامهٔ ضرر خود اقداماتی را انجام دهد. مثلاً چنانچه امکان آن وجود دارد کالا را از محل دیگر تأمین نماید و قرارداد را فسخ نماید و انتظار بیش از حد و نامعقول برای اجرای متعهد اولیه نکشد.

از سوی دیگر نباید این واقعیت را از نظر دور داشت وضع قواعدی که تشخیص‌نهایی را به دادگاه واگذار می‌کند و منجر به کارشناسی و هزینه‌های دادرسی می‌شود از نظر اقتصادی به صرفه نیستند.

این امر که قانون حاکم بر قرارداد اجرای عین تعهد را پذیرفته است یا خیر؟ در تعیین اینکه پذیرندهٔ نهایی ریسک چه کسی است، بسیار مؤثر است. از این رو به طور کلی در حقوق کامن لا گفته می‌شود تعهد به پرداخت مبلغی پول هیچ‌گاه غیرممکن نیست.<sup>۱</sup> زیرا در این سیستم اجرای عین تعهد وجود ندارد و چنانچه متعهد به هر دلیلی تعهد خود را انجام ندهد، باید خسارت مالی‌ای را جبران کند که این خسارت برابر با ارزش افزوده‌ای است که اجرا برای ذی‌نفع تعیین می‌نمود. بنابراین در وضعیت تحریم‌های اقتصادی و عدم امکان اجرا، دادگاه حکم به پرداخت خسارت می‌کند، چون به هر حال پرداخت خسارت مالی هنوز ناممکن نشده است. این فرض در صورتی که مانع ایجاد شده کاملاً غیر قابل پیش‌بینی باشد ممکن است کنار رود.

### ۲-۳. راهکارهای قراردادی

برخی از روش‌های مقابله با استناد به تحریم به عنوان فورس ماژور مرتبط با خود شرط فورس ماژور در قرارداد هستند که سعی می‌کند عرصهٔ این شرط را محدود کند و برخی دیگر شروطی‌اند که هر چند ارتباط مستقیم با فورس ماژور ندارند؛ اما اگر در هر صورتی به آن استناد شود موجب کاهش خسارات طرف مقابل می‌شود. این نوع دوم شرط می‌تواند تضمین اجرای قرارداد باشد؛ خواه به این صورت که متعهد بپذیرد در هر صورت که تعهد

1. Sir Guenter, Treitel, *Frustration and Force Majeure*, Sweet & Maxwell, 2008, 2, Para 1-002.

قراردادی خود را اجرا نکند مبلغی را بابت خسارت به طرف مقابل بپردازد و چه به این صورت باشد که متعهد بپذیرد هر گاه به دلیل الزامات قانونی کشور خود یا موانعی که مربوط به کشور او می‌شود نتواند تعهد خود را اجرا کند، لوازم اجرا را شخص دیگری فراهم می‌سازد. کارایی و امکان استفاده از هر یک از این راهکارها بستگی به عوامل مختلفی دارد که پاره‌ای از این عوامل نوع قرارداد و موضوع آن است. برای مثال شرط تضمین از نوع پرداخت خسارت ممکن است مناسب قراردادهای پیچیده و بلند مدت نباشد که هدف ذی‌نفع از این قرارداد بیشتر دریافت اجراست و پرداخت خسارت چندان نمی‌تواند جایگزین این نفع او شود. همچنین مناسب بودن یک راهکار بستگی به قدرت چانه‌زنی طرفین نیز دارد تا مشخص شود آیا توانایی متقاعد کردن متعهد به درج شرط خاصی برای طرف دیگر وجود دارد یا خیر؟ در اینجا است که کارایی راه‌حل‌های قسمت اول یعنی تخصیص ریسک و تئوری بازی‌ها بیشتر می‌شود. زیرا یک طرف می‌تواند با استفاده از این روش‌ها قرارداد را برای طرف مقابل آن قدر مطلوب سازد که او نیز به پذیرش ریسک بیشتر رغبت پیدا کند.

### ۳-۲-۱. شروط مرتبط با فورس ماژور

این روش می‌تواند خارج کردن صریح تحریم‌های اقتصادی از مصادیق فورس ماژور باشد یا با توجه به اینکه تحریم‌ها معمولاً قابل پیش‌بینی هستند بر شاخص غیر قابل پیش‌بینی بودن فورس ماژور تأکید بیشتری شود. همچنین از آنجا که اعمال تحریم‌های اقتصادی می‌تواند منجر به دشوار شدن یا پُر هزینه شدن اجرا شود هر چند که هنوز اجرا ناممکن نشده است، ممکن است متعهد با استناد به همین افزایش چشمگیر و خارج از کنترل هزینه‌ها که توازن قراردادی را برهم زده است تقاضای تعدیل قرارداد را نماید.

### ۳-۲-۲. استثنای تحریم‌های اقتصادی

شروط فورس ماژور در قرارداد می‌تواند به این صورت باشد که با ذکر مثال‌هایی از وقایع معمول فورس ماژور، هم شاخصی به دست دهد و هم تعریفی از فورس ماژور به طور کلی ارائه دهد تا هر واقعه‌ای که در محدوده آن قرار گرفت موجب اعمال شرط شود. حال برای کشور یا اتباع کشوری که هدف تحریم قرار گرفته‌اند و احتمال وضع تحریم‌های جدید را هم می‌دهند، شرط فورس ماژوری مناسب است که تحریم را در خود ننگ‌جاند و به طور صریح تحریم‌های اقتصادی را از محدوده اعمال شرط مزبور خارج کند. در این صورت تحریم‌های اعمالی حتی اگر تمام شاخص‌های فورس ماژور را هم داشته باشد نه تحت شرط قراردادی و نه اصل کلی



حقوقی بودن فورس مازور، موجب اعطای معافیت نمی‌گردد؛ زیرا قرارداد صریحاً آن را خارج کرده است و نمی‌توان خلاف اراده صریح طرفین حکم داد. شرط زیر می‌تواند نمونه‌ای از این نوع شروط باشد: «متعهد مسؤول عدم اجرای تعهدات خود نیست اگر بتواند ثابت نماید که ناممکن شدن اجرا منتسب به واقعه‌ای غیرقابل پیش‌بینی بوده که وقوع آن از کنترل او خارج بوده است و نمی‌توانسته به طور معقولی از تبعات آن جلوگیری کند. تحریم‌های اقتصادی که انجام تعهدات طرفین را تحت‌تأثیر قرار دهد از شمول این شرط خارج‌اند و نمی‌تواند به عنوان فورس مازور یا هر عنوان دیگری موجبی برای اعطای معافیت از اجرا باشد.»

باید توجه داشت که قدرت چانه‌زنی طرفین در درج چنین شرطی بسیار مؤثر است تا بتواند طرف مقابل را ترغیب به قبول چنین شرطی نماید. همچنین اگر طرف قراردادی که کشور او تحت تحریم است احتمال می‌دهد که انجام تعهدات خودش بیشتر تحت‌تأثیر قرار می‌گیرد در مورد درج چنین شرطی باید دقت بیشتری اعمال کند.

### ۳-۲-۳. تأکید بر مطلق بودن عدم قابلیت پیش‌بینی

به عنوان یک راهکار می‌توان در بند مربوط به فورس مازور ذکر کرد: حادثه‌ای که موجب آن می‌شود باید کاملاً غیر قابل پیش‌بینی باشد و اگر آن حادثه احتمال وقوع هم داشته باشد نمی‌توان به آن به عنوان فورس مازور استناد کرد. ممکن است این ایراد مطرح شود که هر امری در طول مدت یک قرارداد به ویژه در قراردادهای طولانی مدت احتمال وقوع دارد و نمی‌توان چنین بار سنگینی را بر متعهد تحمیل کرد که هر حادثه محتملی را لحاظ کند و اگر چنین نکرد دیگر امکان استناد به آن واقعه را به عنوان فورس مازور نداشته باشد. این معیار می‌تواند هزینه قرارداد را به طور چشمگیری افزایش دهد و حتی اعمال آن را ناممکن کند. زیرا اگر قرار باشد طرفین هر حادثه محتملی را لحاظ کند باید هزینه‌ای صرف شود، مدت مذاکره طولانی شود - امری که به نوبه خود هزینه‌بردار است - و هماهنگی میان امتیاز و ریسک یک طرف در قرارداد رعایت شود.<sup>۱</sup>

اما اگر مطلق بودن عدم قابلیت پیش‌بینی را این‌گونه تعبیر کنیم که حادثه با توجه به اوضاع و احوال زمان قرارداد، نوع قرارداد از لحاظ موضوع، مدت و روابط قراردادی قبلی طرفین با درصد معقولی قابلیت وقوع داشته باشد تا آن امر به عنوان فورس مازور محسوب نشود؛ مشکلات فوق‌بروز نمی‌یابد. در این صورت از یک‌سو دیگر هر حادثه‌ای قابلیت پیش‌بینی پیدا نمی‌کند و از سوی دیگر هر واقعه‌ای که با درصد معقولی احتمال وقوع داشته باشد، فورس مازور محسوب نخواهد شد. تأکید در اینجا روی اصطلاح احتمال است. زیرا از

1. A. Posner & Andrew, *above note 1*, 96.

نظر طرفداران فورس ماژور محسوب شدن تحریم، احتمال را نمی‌توان امری قابل پیش‌بینی به حساب آورد، بلکه حادثه باید در نزد طرفین پیش‌بینی شده باشد، به این معنا که برای آنها در اوضاع قرارداد امری حتمی باشد.

یک نمونه از چنین شرطی می‌تواند این مدل باشد: «هرگاه عدم اجرای تعهدات یا تأخیر در اجرا به دلیل وقوع حادثه‌ای خارج از کنترل متعهد باشد که مانع انجام تعهدات شده است و نمی‌توانسته به نحو معقولی از آن حادثه یا تبعاتش جلوگیری کند و همچنین به نحو معقولی احتمال وقوع آن را با توجه به احوال پیرامون قرارداد پیش‌بینی کند؛ متعهد مسؤول خسارات حاصل از عدم اجرا یا تأخیر در اجرا نخواهد بود.»

### ۳-۲-۴. خروج تعسر اقتصادی<sup>۱</sup>

تأثیر تحریم بر قرارداد می‌تواند ناممکن ساختن اجرا آن چنان نباشد که در فورس ماژور لازم است، بلکه فقط هزینه اجرای قرارداد افزایش یابد و آن توازنی را که در ابتدای قرارداد موجود بوده، بر هم زند. برای مثال اگر تحریم‌های اقتصادی علیه دولت یکی از طرفین موجب شود که طرف مقابل نتواند مواد اولیه را از کشور خود (که اعمال‌کننده تحریم است) وارد کند و مجبور شود این مواد را از کشور دیگر با هزینه‌ای وارد کند که به طور قابل توجهی بالاتر است، ممکن است ادعا کند که تحریم‌های اقتصادی موجب از بین رفتن تعادل ابتدایی قرارداد شده است یا اینکه بنای آنها از ابتدا این بوده که مواد اولیه از کشور متعهد وارد شود و حالا که او به دلیل تحریم‌ها نمی‌تواند این کار را انجام دهد یا باید با وجود سایر شرایط واقعه را فورس ماژور و موجب معافیت دانست (چون شرط قرارداد یا بنای ثابت شده طرفین منبع تهیه مواد لازم را محدود کرده است و متعهد به بیش از آن مسؤولیتی ندارد) یا اگر تمایل به ادامه قرارداد وجود دارد، هزینه اضافی ناشی از تحریم پرداخت شود.

در این شرایط یک شرط قراردادی به صراحت ذکر می‌کند: «وقایعی که صرفاً اجرای تعهدات را دشوار می‌سازد و از حیث امکان ایفای تعهدات تأثیری ندارد یا صرفاً هزینه اجرای تعهدات را افزایش می‌دهد، نمی‌تواند موجبی برای معافیت یا تأخیر در اجرا باشد.» هر چند که با سکوت قرارداد در مورد وقایعی که اجرای قرارداد را بسیار دشوار یا پُر هزینه‌تر می‌کند از آنچه در ابتدا تصور می‌شد موجب می‌شود که تئوری تعسر اقتصادی قابل اعمال نباشد.<sup>۲</sup> اما تصریح به این امر جای تردید هم باقی نمی‌گذارد چون ممکن است در نظر داور خاصی تعسر اقتصادی هم یک اصل کلی حقوقی باشد.<sup>۳</sup>

1. Hardship.

۲. چون برخلاف فورس ماژور یک اصل کلی حقوقی نیست و دادگاه‌ها معمولاً نمی‌توانند بدون تصریح طرفین، قراردادها را تعدیل کنند.

3. Brunner, above note 13, 7.

## ۳-۲-۵. سایر شروط

برخی از شروط هستند که ارتباط مستقیم با شرط فورس ماژور یا سایر شروط معافیت ندارند، اما می‌توانند در قرارداد تدبیری کنند و جلوی انحلال یا افزایش خسارات ناشی از عدم اجرا را بگیرند. «تضمین اجرای قرارداد» یکی از همین شروط است که می‌تواند متعهد را ملزم به اجرای قرارداد از طرف شخص دیگری کند که با مانع تحریم روبه‌رو نیست یا خساراتی را بابت عدم اجرای تعهد لحاظ نماید، حتی وقتی که ناشی از فورس ماژور بوده است. «مذاکره مجدد» نیز به طرفین این امکان را می‌دهد که به جای انحلال قرارداد تلاش کنند تا به نتیجه‌ای برای ادامه قرارداد برسند.

## ۳-۲-۶. تضمین اجرای قرارداد

تضمین اجرای قرارداد می‌تواند به این صورت باشد که صرفنظر از اجرا یا عدم اجرای تعهد، متعهد باید مبلغ مشخصی را بپردازد. شرطی که تشابه با این نمونه دارد شروط موسوم به جزر و مد آب است<sup>۱</sup> و منظور از آن این است که صرفنظر از کاهش یا افزایش میزان خروجی پروژه که به هر علت ممکن است اتفاق افتاده باشد، طرف مقابل باید مبلغ ثابتی را پرداخت کند.<sup>۲</sup>

تضمین اجرا می‌تواند برای متعهد این تعهد را ایجاد کند که اگر به علت ممانعت کشور متبوعش نتوانست تعهد خود را انجام دهد، حتی‌الامکان باید این تعهد را در کشور دیگری به انجام برساند<sup>۳</sup> که چنین محدودیتی ندارد یا ترتیب اجرا توسط شخص دیگری را بدهد. برای مثال تعهد می‌تواند توسط شرکت فرعی متعهد اجرا شود، زیرا معمولاً تحریم‌هایی که روابط تجاری اتباع دولت اعمال‌کننده تحریم را با دولت هدف محدود می‌کند بر روابط شرکت‌های فرعی آنها به لحاظ تبعه محسوب نشدن آنها تأثیر ندارد و به علاوه روابط نزدیک شرکت مادر با شرکت فرعی می‌تواند به راحتی ترتیب جایگزینی اجرا را بدهد.<sup>۴</sup>

حتی در مواردی که امکان ادامه اجرا از سوی شرکت فرعی هم وجود ندارد متعهد می‌تواند ملزم باشد که ترتیب جایگزین شدن یک شخص دیگری را بدهد. می‌توان از ابتدای قرارداد شخص ثالثی را برای این موارد در نظر گرفت که با هزینه متعهد ملزم باشد، پس از اینکه امکان ادامه تعهدات توسط متعهد اول نبود، متعهد دوم جایگزین او شود. در این صورت

1. Hell or High Water Clause.

2. Brunner, *above note*, 13, 119.

3. *Ibid*, 248.

4. Halliburton and U.S. Business Ties to Iran Hearing before the Subcommittee on Interstate, Trade and Tourism, 110 Congress, April 30, 2007, 31.

متعهد دوم از ابتدا می‌تواند در جریان امور قرارداد قرار گیرد تا هنگام جایگزینی مشکلی وجود نداشته باشد.

### ۳-۲-۷. مذاکره مجدد

مذاکره مجدد روشی است که در آن طرفین قرارداد متعهد می‌شوند هرگاه تغییرات اوضاع و احوال قراردادی توازن قرارداد آنها را از بین برد، با هم مذاکره کنند تا دوباره به آن توازن اولیه بازگردند. این روش می‌تواند برای هر هدف دیگری نیز در قرارداد درج شود. مثلاً ممکن است طرفین بخواهند هرگاه تغییر قوانین یا اعمال تحریم‌های اقتصادی انجام تعهدات یک طرف را دشوار یا پُر هزینه کرد با هم مذاکره کنند تا تعدیلی در تعهدات صورت دهند.

اما استفاده از این روش با محدودیتی روبه‌روست که منجر به این مسأله می‌شود تا طرفین خود، در قرارداد تمام جوانب آن را در نظر گیرند، در غیر این صورت نظر محاکم نسبت به اعمال این روش متفاوت است. برای مثال در ایالات متحده دادگاه‌ها معمولاً تمایل ندارند که بدون وجود شرط قراردادی الزام به مذاکره کنند. هر چند که محاکم نیز بر ناعادلانه بودن چنین نتیجه‌ای از این حیث واقفاند<sup>۱</sup> که موجب معافیت‌های ناروا از اجرای تعهدات می‌شود.

مشکل دیگر در عدم دستیابی نتیجه در طول مذاکره مجدد است. در این صورت ممکن است یک طرف بخواهد قرارداد را فسخ نماید. هر چند که در یکی از آرای دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی گفته شده است که وقتی در قراردادی شرط مذاکره مجدد وجود دارد یک طرف نمی‌تواند به بهانه اینکه مذاکره به نتیجه نرسیده است قرارداد را فسخ کند، بلکه حق فسخ فقط زمانی وجود دارد که طرف مقابل پیشنهاد معقول او را رد کند.<sup>۲</sup> از سوی دیگر اعطای قدرت تطبیق قرارداد به یک دیوان داوری ممکن است صحیح قلمداد نشود؛ زیرا طبق بسیاری از قوانین داوری شرط اولیة ارجاع به داوری وجود یک اختلاف است و در اینکه صرف تطبیق قرارداد یک اختلاف شمرده شود؛ تردید بسیار وجود دارد.<sup>۳</sup> بنابراین

1. Elena Christine, Zaccaria, *the Effect of Changed Circumstances in International Commercial Trade*, *International Trade and Business Law*, 6/5/2005, 1146.

2. ICC Court of Arbitration Award No 2478: 1974; Hans Van Houtt, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, ICC Pub No, 480, 4 1993, 121.

3. Norbern, Horn, "Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance Law", *Kluwer*, 1985, 206-207, 237; peter, wolfgang, "arbitration and renegotiation of international investment agreements", *kluwer law international*, 1995, 272.

طبق اساسنامه بسیاری از دیوان‌های داوری و همچنین معاهده ایکسید و قانون نمونه داوری آنسیترال وجود یک اختلاف شرط ابتدایی و ضروری برای رسیدگی در داوری است

ICSID convention on settlement of investment dispute between states and national of another states, article 1-2: The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accor-

بین داوری قراردادی و داوری قضایی یک فاصله می‌افتد و این پرسش مطرح می‌شود که آیا فاصله را باید این‌گونه از بین برد که بگوییم وقتی طرفین خودشان چنین قدرتی به یک فرد در قراردادهای خود می‌دهند یعنی تصمیم او را مثل تصمیم داور پذیرفته‌اند؛ اما اگر صرف رضایت قراردادی کافی نباشد؛ تصمیم شخص ثالث مثل تصمیم داور نیست.<sup>۱</sup> پس نمی‌توان اجرای این تصمیم را طبق کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک<sup>۲</sup> انتظار داشت که راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی است؛ شخصی که نسبت به تصمیم اعتراض دارد ممکن است اختلاف را به یک مرجع دیگر مثل داوری ارجاع دهد.<sup>۳</sup>

برای حل این مشکل به نظر می‌رسد باید به تعریف داوری و اختلاف رجوع کرد. گفته می‌شود داوری حل اختلاف بین طرفین توسط شخص ثالثی است که قدرتش را از قرارداد طرفین اخذ می‌کند و متعاقباً تصمیم این شخص برای طرفین الزام‌آور شناخته شده است.<sup>۴</sup> در نتیجه می‌توان این‌گونه فرض کرد که وقتی طرفین به عنوان یک شرط قراردادی توافق می‌کنند که به تطبیق و تعدیل قرارداد در شرایط تغییر اوضاع و احوال به دلیل وقوع فورس ماژور به یک داوری ارجاع شود؛ (پس از آنکه خود به نتیجه‌ای در مذاکره نرسیده‌اند) یعنی چنین تصمیم گرفته‌اند که در آن مورد بین آنها اختلاف وجود دارد. در این صورت دیگر نمی‌توان رأی صادره را به این دلیل که ناشی از یک اختلاف نبوده رد کرد.

در یک نگاه وسیع‌تر نیز وقتی طرفین خودشان با مذاکره نتوانسته‌اند به نتیجه برسند یعنی بر سر نحوه تعدیل قرارداد خود و یافتن یک راه‌حل برای ادامه اجرا اختلاف دارند و به این اختلاف یک دیوان داوری رسیدگی می‌نماید؛ نمی‌توان این موضوع را که تعهد به مذاکره تعهد به اخذ نتیجه نیست، دستاویزی قرار داد تا ارجاع این امر به داوری با مشکل روبه‌رو شود. زیرا وقتی طرفین تعهد می‌کنند مذاکره کنند تا برای ادامه قرارداد راه‌حلی پیدا کنند، به طور ضمنی تعهد رسیدن به نتیجه را نیز مد نظر قرار داده‌اند، چون درج کرده‌اند زیرا خود بیان داشته‌اند برای چه منظوری مذاکره می‌کنند. به علاوه طرفین برای جلوگیری از رسیدن به بن‌بست در هنگامی که نمی‌توانند به نتیجه مشخصی برسند اعلام کرده‌اند که یک دیوان داوری به این اختلاف رسیدگی کند. پس نخست اینکه تردیدی نیست که با چنین تدبیری

dance with the provisions of this Convention;

ANCITRAL model law on international commercial arbitration• 1985• article 7: Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship• whether contractual or not.

1. Norbern, Horn, *above note 27*, 237.

2. Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958.

۳. کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸ ماده ۵ بند پ.

4. “Adaptation and Renegotiation Of Contracts In International Trade And Finance.” Edit By Norbern Horn. *Kluwer Law*, 1983, 3 and 5.

آنها خود را متعهد به رسیدن به نتیجه خواه به طور مستقیم (در جریان مذاکره خودشان به نتیجه برسند) و خواه غیرمستقیم (از طریق دخالت دیوان دآوری) کرده‌اند و دوم آنکه برای دیوان دآوری رسیدگی به این امر یک اختلاف محسوب می‌شود.

معایب دیگری نیز به استفاده از روش مذاکره مجدد نسبت داده شده است از جمله اینکه عده‌ای استفاده از شرط مذاکره مجدد را مطلوب نمی‌بینند زیرا معتقدند: ۱. این شرط روابط قراردادی را غیر قابل پیش‌بینی می‌کند؛ ۲. هزینه قرارداد را بالا می‌برد؛ ۳. غیر قابل الزام است یعنی اگر از مذاکره نتیجه‌ای حاصل نشود یک دیوان دآوری یا شخص ثالث قرارداد را تطبیق می‌دهد و این ممکن است نتیجه‌ای را به بار آورد که هیچ‌کدام از طرفین نپذیرند.<sup>۱</sup> ادعای غیر قابل پیش‌بینی کردن قرارداد به سبب درج شرط مذاکره مجدد امری است که می‌توان آن را کنترل نمود. برای مثال مذاکره مجدد فقط در موردی انجام می‌گیرد که اجرای قرارداد به دلیل وقوع مانعی که همان شاخص‌های فورس ماژور یا تعسر اقتصادی دارد، دشوار یا ناممکن شده‌اند با این هدف که راه‌حلی برای ادامه قرارداد پیدا کنند. در غیر این موارد هیچ‌کدام از طرفین حق درخواست مذاکره مجدد و متعاقباً اجبار طرف مقابل به مذاکره را ندارد. راه‌حلی که در مذاکره ممکن است حاصل شود می‌تواند افزایش مهلت قرارداد باشد، به نحوی که امکان اجرا فراهم شود یا در موردی که متعهد خودش به دلیل وضع تحریم نمی‌تواند قرارداد را انجام دهد، اما شرکت فرعی او مشمول تحریم نمی‌شود از این شرکت برای انجام تعهدش استفاده نماید.<sup>۲</sup>

افزایش هزینه قرارداد به سبب درج شرط مذاکره مجدد در مواردی رخ می‌دهد که متعهد وضعیت خود را با درج این شرط نامطمئن می‌بیند و احساس می‌کند که طرف دیگر قرارداد، به بهانه هر تغییری در اوضاع و احوال قرارداد درخواست مذاکره مجدد می‌کند؛ به همین منظور متعهد مبلغ قرارداد را بالا می‌برد تا ریسک او را در این شرایط کاهش دهد.<sup>۳</sup> در صورتی که اگر طبق آنچه در بالا آمد، استفاده از مذاکره مجدد محدود به موردی خاص شود ریسک متعهد معقول خواهد بود.

### ۳-۳. راهکار قضایی

در ذیل مبحث ضمانت اجرای قضایی، روش‌های مدیریت ریسک در وضعیتی بحث می‌شود که قرارداد طرفین در مورد نحوه تخصیص ریسک وقایع فورس ماژور و تحریم‌های

1. John, Y. Gotanda, "Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts 'Revisited'", *Van-derbilt Journal of Transnational Law*, Vol 36:1461, 2003, 1464.

2. Halliburton and U.S. Business Ties to Iran, *above note 24*, 31.

3. Y. Gotanda, *above note 31*, 1464-1465.

اقتصادی ساکت است و حال دادگاه باید تعیین نماید که آیا متعهد در وضعیت به وجود آمده بایستی قرارداد خود را اجرا نماید یا خیر؟ در این وضعیت معمولاً دادگاه باید به روشی رجوع کند که در قانون آمده است و همان‌طور که در ذیل ضمانت اجرای قانونی ذکر کردیم قواعد قانونی در زمینه تخصیص ریسک ناشی از وقایع غیر قابل پیش‌بینی، معمولاً شاخص‌هایی را برای تعیین بهتر ریسک در اختیار قاضی قرار می‌دهند؛ اما در کنار این موارد در برخی وضعیت‌ها مرجع قضایی صرفنظر از اینکه قاعده حقوقی چه کسی را به عنوان پذیرنده برتر ریسک تعیین می‌کند (برای مثال بدون توجه به اینکه چه کسی بهتر می‌توانسته است برای قرارداد بیمه تهیه کند) باید قواعد آمره‌ای را در این زمینه اعمال کند و این بسته به آن است که دادگاه رسیدگی‌کننده به اختلاف، تحریم‌های اقتصادی را در ردهٔ چنین قواعدی مورد شناسایی قرار دهد یا خیر؟ برای مثال اگر دعوا در دادگاهی رسیدگی شود که خود کشور محل واضح نیز تحریم باشد، روشن است که قانون منشأ وضع تحریم را به عنوان قانون آمره می‌شناسد و ریسک آن را بر دوش ذی‌نفع اجرا می‌گذارد.<sup>۱</sup> این امر به وضوح در مورد تحریم‌هایی دیده می‌شود که واضح آنها اتحادیهٔ اروپاست. برای مثال اگر به موجب تحریم‌های اقتصادی فروش محصولی به کشوری خاص ممنوع شود مطرح شدن دعوا در هر یک از کشورهای اتحادیه نمی‌تواند منجر به این شود که صرفنظر از وضعیت قابل پیش‌بینی بودن تحریم دادگاه حکم به اجرای قرارداد یا پرداخت خسارت دهد؛ چراکه خود کشور واضح تحریم نمی‌تواند برای غیر قابل اجرا کردن تعهد، متعهد را ملزم به جبران خسارت ذی‌نفع کند. تنها استثنا در این موارد زمانی است که عمل متعهد در پذیرفتن چنین تعهدی آن هم در وضعیتی که امکان اجرا وجود نداشته است نوعی تقلب شناخته شود و در مقابل ذی‌نفع بدون هیچ‌گونه قصوری از چنین عدم امکانی مطلع نبوده باشد.

### نتیجه‌گیری

۱. توجه به مدیریت ریسک ناشی از تحریم‌های اقتصادی در قرارداد مشخص می‌سازد که برخلاف آنچه تصور می‌شود که متعهد همواره به دنبال این است که در وضعیت تحریم‌های اقتصادی از اجرای قرارداد فرار کند؛ راهکارهای ارائه شده نفع متعهد را نیز در نظر می‌گیرد

1. see for example:

*Perry v. United States*, 294 U.S. 330, 355-56 (1935).

در این دعوا معامله مورد بحث با تحریمی از سوی ایالات متحده آمریکا مواجه شده بود که در آن طبق دستور رییس‌جمهور در سال ۱۹۳۱ (اصلاحات قانون معامله با دشمن) معامله با ارز خارجی ممنوع اعلام شده بود. دادگاه حکم به اجرای تعهد قراردادی نداد و همچنین: *United States v. Amirnazmi*, 645 F.3d 564, 576 (3d Cir. 2011).

برای مطالعه بیشتر در خصوص رویکرد دادگاه‌های آمریکا به مسأله تحریم‌های اقتصادی توجه کنید: "The Burden of Economic Sanctions on Iranian-Americans," *KianArashMeshkat*, *Georgetown Journal of Int'l Law*, Vol 44, 2013, 916-972.

و با تدابیر قبل از قراردادی و قراردادی طرفین را به سمتی سوق می‌دهد که سودشان را در اجرای قرارداد جستجو کنند. توجه به این نکته زمانی اهمیت می‌یابد که بدانیم در فضای تجاری کنونی استناد به تحریم‌های اقتصادی به عنوان فورس ماژور و مانع اجرا در بسیاری موارد نه به این دلیل است که اجرا واقعاً ناممکن شده است، بلکه برای این است که متعهد به دنبال اخذ امتیازی مانند افزایش مهلت اجراست.<sup>۱</sup>

به همین دلیل بیشتر اختلافات قراردادی ناشی از وقوع تحریم‌های اقتصادی نه در محاکم، بلکه از سوی خود طرفین با یک مصالحه حل می‌شود. صرفنظر از اینکه چه واقعه‌ای موجب فورس ماژور شده است؛ عدم اجرای تعهدات موجب ناکارآمدی اقتصادی و افزایش هزینه برای طرفین می‌شود، اما تحریم‌های اقتصادی از آنجا که امروزه شایع هستند و طیف وسیعی از تعهدات را تحت تأثیر قرار می‌دهند از اهمیت بیشتری برخوردارند. توسل به راهکارهایی که مانع استناد به تحریم به عنوان یک فورس ماژور شود، فقط به سود ذی نفع اجرای تعهد نیست، بلکه سود متعهد نیز در اجرای قرارداد است، زیرا همان طور که اشاره شد عدم اجرای قرارداد برای هر دو طرف هزینه‌هایی را ایجاد می‌کند که حداقل آن هزینه ایجاد دوباره یک رابطه قراردادی است.

۲. آثار تحریم‌های اقتصادی هم در دو مرحله انعقاد قرارداد و همچنین در استناد به تحریم نزد محاکم به عنوان مانع اجرای تعهدات مورد بررسی قرار گرفت. در مرحله استناد، تحریم‌های اقتصادی مانند هر واقعه دیگری نیاز به اثبات دارند و امری موضوعی به حساب می‌آیند؛ اما در مواردی نیز ممکن است قاضی با آن مانند یک امر حکمی برخورد کند که نیاز به استناد و اثبات مدعی را ندارد. برای مثال چنانچه تحریم‌های اقتصادی به عنوان قواعد امره کشوری باشند که ارتباط نزدیک با قرارداد دارد و صرفنظر از قانون حاکم بر قرارداد وضع شده باشد که باید اجرا می‌شود، مطابق ماده ۷ کنوانسیون رُم در خصوص قانون حاکم بر قرارداد، دادگاه موظف به رعایت چنین قواعد امره‌ای است.

۳. صرفنظر از مرحله استناد استفاده از روش‌های مدیریت ریسک تحریم‌ها و کلیه عواملی که منجر به عدم اجرای قرارداد می‌شوند موجب می‌شود طرفین در یک فضای روشن قرار گیرند که آینده قرارداد قابل پیش‌بینی است، چراکه حتی قبل از غیرممکن شدن اجرا ریسک یک واقعه تخصیص یافته است و مشخص است مسئولیت آن با چه کسی است؟ برای مثال در فرضی که فروشنده ریسک عدم تحویل کالا را بیمه کرده، مشخص است که چنانچه به دلیل تحریم‌های اقتصادی امکان تحویل وجود نداشته باشد مسئولیت با چه کسی است؟ در این فرض هیچ‌گاه نوبت به ورود محاکم برای حل اختلاف نمی‌رسد یا در صورت ورود

1. Trackman Dean, E·*Declaring Force Majeure: Veracity or Sham*· August 2007· Selected Works Bepress, 6.



جواب مسأله از قبل مشخص است، چون معلوم است از آنجا که فروشنده پوشش بیمه‌ای برای عدم تحویل کالا اخذ کرده است، درواقع ریسک مرتبط را پذیرفته و حالا نمی‌تواند با استناد به فورس ماژور نه تعهد خود را انجام دهد و نه خسارت بپردازد. درواقع برخلاف تئوری صرف فورس ماژور که به متعهد این حق را می‌داد که در فرض وقوع فورس ماژور نه تعهد خود را اجرا کند و نه خسارت بپردازد، استفاده از روش‌های مدیریت ریسک و مشخص کردن پذیرنده هر یک از ریسک‌های موجود در قرارداد منجر به این امر شده که کلیه امور در یک قرارداد قابل پیش‌بینی‌اند و طرفین از قبل حساب وقوع آن امور را داشته‌اند. در مورد تحریم‌های اقتصادی که امروزه به یکی از اهرم‌های رایج جهت اجبار دول به سیاست‌های خاص تبدیل شده‌اند، این امر نمود بیشتری یافته است، زیرا اساساً پذیرش عدم قابلیت پیش‌بینی با توجه به روند وضع تحریم‌های اقتصادی تقریباً غیرممکن است.

### منابع فارسی

۱. اشراقی آرانی، مجتبی. «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی، تبیین نظریه عمومی». فصلنامه حقوق ۲ (۱۳۸۹): ۲۷۵-۲۹۴.
۲. برادران زره شوران، دلاور. «اجرای قانون خارجی در دادگاه داخلی از نظر حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و حقوق تطبیقی». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۹.
۳. تائب، سعید. «قانون داماتو: ایران یا اروپا؟». مجله سیاست خارجی ۴۱ (۱۳۷۶): ۲۹-۴۴.
۴. ضیائی، یاسر «تحریم اقتصادی یک‌جانبه ایالات متحده امریکا علیه ایران از منظر حقوق بین‌الملل». (۱۳۸۸/۱/۱۰). <http://www.yaserziaee.blogfa.com/post-8.aspx>
۵. ظریف، محمدجواد و سعید میرزائی. «تحریم‌های یک‌جانبه امریکا علیه ایران»، مجله سیاست خارجی ۱ (۱۳۷۶)، ۹۲.
۶. عباسی فرد، زکریا، «تحریم اقتصادی چیست؟ چرا؟ چگونه؟»، روزنامه مردم‌سالاری، ۱۳۸۶/۱۱/۲۷.
۷. غلامی، وحیده. «قوة قاهره در قالب تحریم‌های اقتصادی». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.
۸. مافی، همایون. «تأملی بر تحریم اقتصادی امریکا علیه ایران در نظام حقوق بین‌الملل». پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی ۱ (۱۳۸۵)، ۵۹-۸۴.

### منابع خارجی

1. A. Posner, Richard, M. Rosenfield, Andrew, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis*, the University of Chicago Press, Journal of Legal Studies, Vol. 6. No.1, Jan 1977.

2. Bockstiegel, Karl-Heinz, *Act of States as Force Majeure for State Controlled*, supplied by The British Library, The World's Knowledge, 2011.
- Brunner, Christopher, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non Performance in International Arbitration*, Kluwer, 2009.
3. Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958.
- Doxy, Margaret, *International sanctions: A framework for analysis with special report to the UN and southern Africa*, 28 Int' l organization, 1972.
4. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980)
- Halliburton and U.S. *Business Ties to Iran Hearing before the Subcommittee on Interstate, Trade and Tourism*, 110 Congress, April 30, 2007.
5. Hammond, Peter J., *Equal Right to Trade and Mediat, Social Choice and Welfare*, Springer-Verlag, 2003.
6. Horn, Norbern, *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance Law*, Kluwer, 1985.
7. J. Bruce, Cristopher, *an Economic Analysis of the Impossibility Doctrines*, the Journal of Legal Studies, Vol. Xi, June 1982.
8. M De Ly, Fontain, *Drafting International Contract*, Publication of Martinus Nijhof, 2006.
9. Peter, Wolfgang, *arbitration and renegotiation of international investment agreements*, Kluwer law international, 1995.
10. Trackman Dean, Leon E, *Declaring Force Majeure: Veracity or Sham*, Selected Works Bepress, August 2007.
11. Trimarchi, Pietro *Commercial Impracticability in Contract: An Economic Analysis*, International Review of Law and Economic, No 11, 1991.
12. Vegadia, Beharat, *A Outsourcing to India, a Legal Handbook*, Springer, *Allocation of Risk in to the Contract*, Chapter 7, 2007.
13. Y. Gotanda, John, *Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol 36:1461, 2003.
14. Yescombe, E.R., *Principles of Project Financing*, academie press, 2002, Chapter 8: Commercial Risk, 2002.
15. Zaccaria, Elena Christine, *The Effect of Changed Circumstances in International Commercial Trade*, International Trade and Business Law, 6/5/2005.

---

International Sanctions and International Commercial contracts; by emphasizing on Risk Management Approach

**Maryam Ghanizadeh Bafghi**

Ph.D Candidate

**Vahideh Gholami**

Ph.D Candidate

**Abstract:**

Nowadays International economic sanctions are one of the means for changing behavior of governments, legal and natural individuals. Furthermore, economic sanctions are considered as the pre option of military contacts in international scope. The inquiry about the history of using economic sanctions in international extent shows sanctions have failed to achieve considerable success in changing the behaviors of its targets. However, the effects of sanctions on political, economic, social and even cultural aspects in target are not deniable. In this regard, commercial scope, especially in international commercial contracts was always one of the most important grounds for impact. Initially, force majeure has emerged as the typical defense against claim of non-performance in contracts. Meanwhile, after the extension and the length of sanction usages in different situations, there were no grounds for force major to be invoked. Therefore, activists of the scope tried to reduce the risk of economic sanctions, which means sanctions management. The management prepares the possibility of continuing commercial activities even in sanction statues. The essay is going to consider different aspects of economic sanction in commercial activities and review risk management solutions of it.

**Key Words:**

International Commercial Contracts, economic Sanctions, Force Major, Risk Management.