

## بررسی ماهیت حقوقی بیع متقابل نفتی ایران و سازگاری آن با پیمان منشور انرژی

بهروز اخلاقی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

اسدا.. صحرانورد

دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۱۱/۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۹/۸)

### چکیده

بیع متقابل نفتی ایران به لحاظ حقوقی نوعی قرارداد خرید خدمت پیمانکاری است که به موجب آن طرف خارجی انجام عملیات توسعه یا بازیافت یک میدان نفتی یا گازی را با هزینه و سرمایه خود برعهده می‌گیرد. در مقابل شرکت ملی نفت تعهد می‌کند تمام هزینه‌های طرف خارجی را با بهره مشخص و طی اقساط برابر و الزاماً از طریق نفت یا گاز حاصل از همان حوزه عملیاتی به او بازپرداخت نماید. پیمان منشور انرژی به عنوان کامل‌ترین معاهده بین‌المللی در زمینه موضوعات مربوط به انرژی دارای دو گونه مقررات است: یکی مقررات نرم و دیگری مقررات سخت. با توجه به عضویت ناظر ایران و امکان‌سنجی پیوستن به این پیمان، بررسی ماهیت بیع متقابل از این جهت مورد بحث است که آیا این قرارداد با ماهیت ویژه خود در حقوق ایران، با مقررات سخت و الزام‌آور پیمان مغایرت دارد یا خیر.

### واژگان کلیدی

بیع متقابل نفتی، پیمان منشور انرژی، حقوق نفت و گاز، ماهیت حقوقی.

## مقدمه

بیع متقابل (Buy-Back) در تجارت بین‌الملل یکی از مهم‌ترین شکل‌ها و شیوه‌های تجارت متقابل (COUNTER TRADE) به شمار می‌رود و اگرچه در صنعت نفت و گاز جهانی کاربرد محدودی داشته، ولی در سایر زمینه‌ها جزء نخستین و مهم‌ترین راهکارهای مورد استفاده برای انتقال تکنولوژی بوده است. در کشور ما به عنوان دارنده بیش از ۱۱ درصد منابع نفت و ۱۵ درصد ذخایر گازی جهان این روش بیشترین کاربرد را در صنعت نفت و گاز داشته است. علت آن مشکلات و دشواری‌های سیاسی و اقتصادی پس از انقلاب، به ویژه الزامات و محدودیت‌های قانونی حاکم (مانند قانون اساسی، قانون نفت ۱۳۶۶) می‌باشد که راه را بر هر گونه سرمایه‌گذاری خارجی در قالب دیگر روش‌های موجود بسته است. با تصویب این روش معاملاتی، به نوعی راه ورود سرمایه‌گذاری خارجی باز شده و قراردادهای مهمی با سقف معاملاتی بسیار بالا با شرکت‌های خارجی منعقد گردیده است. اگرچه استفاده از این سیستم تا اندازه‌ای موجب بقا و تجدید حیات صنعت نفت ایران شده است، با گذشت زمان دست‌اندرکاران امور نیز متوجه شده‌اند برخی نارسایی‌ها و ابهامات و به‌ویژه عدم استقبال شرکای خارجی از این روش در مقایسه با دیگر روش‌های قراردادی متداول در صنعت نفت و گاز از جمله قرارداد مشارکت وجود دارد. بر همین اساس و با توجه به عدم امکان لغو و یا تبدیل این‌گونه قراردادها به دلیل الزامات قانونی حاکم، بهینه‌سازی ساختار آنها به منظور تأمین تعادل و توازن حقوق و تعهدات بین اطراف قرارداد به صورت شفاف، ضرورتی انکارناپذیر می‌نماید (اخلاقی، ۱۳۸۷، ص ۱۳-۱۴). بررسی تاریخی قراردادهای نفتی در ایران و دیگر کشورهای نفت‌خیز بیانگر این است که در تمامی این قراردادها دولت و یا شرکت ملی نفت به نمایندگی از دولت اقدام به انعقاد قرارداد با کمپانی خارجی می‌نماید، در حالی که طرف دیگر قرارداد غالباً به عنوان یک شخص حقوقی مستقل از دولت متبوع خویش طرف قرارداد واقع می‌شود. به‌علاوه موضوع قرارداد نیز استخراج و بهره‌برداری از منابع نفت و گاز است که اغلب در مالکیت عموم و در اختیار دولت می‌باشد. این ویژگی در تمام قراردادهای نفتی ایران از قراردادهای امتیاز گرفته تا عاملیت و از عاملیت تا مشارکت و از مشارکت تا خرید خدمت و در نهایت در قراردادهای بیع متقابل منعقد شده پس از انقلاب نیز مشاهده می‌شود. لذا این نوع قراردادها هم از نظر موضوع و هم به لحاظ طرفین آنها وضعیت خاصی پیدا کرده‌اند که بررسی آنها نقش زیادی در شناخت و شیوه برخورد طرفین با قرارداد، حقوق و تعهدات آنها، چگونگی فسخ یا لغو یک‌جانبه قرارداد، قانون حاکم، حل و فصل اختلافات و... دارد. به همین منظور، لازم است ابتدا ماهیت کلی قراردادهای نفتی و به‌ویژه بیع متقابل مطالعه و سپس موضع پیمان منشور انرژی در این خصوص بررسی شود.

### ۱. ماهیت قراردادهای نفتی

از دیدگاه حقوق عمومی، اعمال دولت به‌طور کلی بر دو نوع است: اول، اعمال حاکمیت که مربوط به اداره کشور و اعمال حقوق عمومی است. دوم، اعمال تصدی که در قلمرو نفت و گاز خود به دو روش انجام می‌شود: یکی مقاطعه یا پیمانکاری (contracting) که به موجب آن شخص حقیقی یا حقوقی (مقاطععه‌کار یا پیمانکار) انجام عمل یا اعمالی را در مقابل بهای مقاطعه‌کاری یا دستمزد برای مقاطعه‌دهنده یا کارفرما انجام می‌دهد و در این حالت مقاطعه‌دهنده (دولت) هیچ امتیاز خاصی را به مقاطعه‌کار نمی‌دهد و مقاطعه‌کار فقط از طریق مشارکت در مناقصه و یا مزایده و رقابت کردن با سایر داوطلبان و برنده شدن می‌تواند طرف معامله با دولت قرارگیرد (مانند قراردادهای نفتی خرید خدمت موضوع قانون نفت ۱۳۵۳ ایران). دیگری امتیاز (concession) که به موجب آن دولت اداره یک خدمت عمومی یا بهره‌برداری از یک منبع مربوط به درآمد عمومی یا ثروت ملی را به شخص حقیقی یا حقوقی به طور انحصاری و برای مدت معین واگذار می‌کند و در مقابل امتیازگیرنده بابت امتیاز وجهی را به عنوان حق‌الامتیاز به دولت طرف قرارداد می‌پردازد (مانند امتیاز داری ۱۲۸۰ ش). برخی حقوق‌دانان امتیاز ممنوع‌شده مندرج در اصل ۸۱ قانون اساسی را به معنای حقوقی کلمه همین موضوع می‌دانند (هاشمی، ۱۳۷۸، ص ۲۶۳)، بنابراین ماهیت یک قرارداد نفتی را می‌توان هم از جهت حقوق داخلی (به عنوان یک قرارداد حقوق خصوصی و یا یک قرارداد حقوق عمومی یا اداری) و هم از جهت حقوق بین‌المللی (به عنوان یک قرارداد بین‌المللی یا شبه‌بین‌المللی) مورد بررسی قرار داد.

#### ۱.۱. نظریه خصوصی بودن قراردادهای نفتی

عده‌ای معتقدند اگرچه نفت و گاز و یا سایر معادن جزء منابع طبیعی و ثروت ملی است و اداره و حاکمیت و استخراج و فروش آن را دولت به نمایندگی از مردم انجام می‌دهد، اما همانطور که در خصوص اعمال دولت گفته شد، می‌توان اقدام دولت صاحب نفت یا شرکت تابعه آن در انعقاد قرارداد با شرکت (معمولاً خارجی) طرف قرارداد را ناشی از حقوق و اختیارات مربوط به اعمال تصدی دولت دانست. به‌علاوه مطالعه و استخراج و فروش و انتقال مالکیت نفت و گاز و سایر منابع و معادن بر اساس مقررات حقوق خصوصی انجام می‌گیرد. لذا مالک بودن دولت یا سایر اشخاص حقوق عمومی به هنگام انعقاد قرارداد تأثیری در ماهیت خصوصی بودن قرارداد ایجاد نمی‌کند (R.B.Lillich-1975- p:36). در نتیجه یک قرارداد نفتی یا گازی یک عقد عادی و معمولی است که طرفین آن نمی‌توانند بدون تراضی (اقاله) و به صورت یک‌جانبه آنرا فسخ نمایند یا شرایط آن را به‌دلخواه تغییر دهند. به همین دلیل در

صورت وقوع اختلاف نیز باید به محاکم عمومی مراجعه شود نه محاکم اداری (انصاری، ۱۳۷۷، ص ۷۹). این نظریه قرارداد را به عنوان امری مستقل از قانون ملی حاکم بر آن و فضای قانونی محاط بر آن در نظر گرفته و حاکمیت اراده را به تنهایی قطع نظر از نظام حقوقی ملی دارای احترام و اعتبار می‌شناسد و قرارداد را تابعی محض از اراده طرفین قرار می‌دهد. در ارزیابی از این نظریه می‌توان گفت چون معمولاً دولت (به دلیل برخورداری از حق حاکمیت) با طرف دیگر قرارداد در شرایط مساوی نیستند و به علاوه کمپانی‌های خارجی طرف قرارداد نیز همواره سعی می‌کنند با درج مقرراتی قرارداد را از شمول قوانین داخلی دولت طرف قرارداد خارج کنند، این نظریه با رویه دولت‌ها به ویژه دارندگان منابع نفت و گاز منطبق نیست. از طرفی پذیرش این نظریه (خصوصی تلقی کردن قرارداد نفتی) بسته به این است که نظام حقوقی کشور طرف قرارداد مالکیت معادن مانند نفت، گاز و... را در قالب مالکیت خصوصی به رسمیت شناخته باشد تا قراردادهای درباره آنها خصوصی تلقی گردد. در حالی که مطابق قوانین اکثر کشورهای دارنده منابع نفت و گاز از جمله ایران (اصل ۴۴ قانون اساسی و دیگر قوانین ایران مانند قانون نفت ۱۳۶۶ و قانون معادن ۱۳۶۲) این گونه منابع و معادن جزء اموال عمومی و در انحصار دولت است. شایان ذکر است که حتی در آخرین ابلاغیه رهبر انقلاب در خصوص سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و بند ج آن به تاریخ ۱۳۸۴/۳/۱ و ۱۳۸۵/۴/۱۲ همچنان معادن نفت و گاز به ویژه بخش بالادستی آن از شمول خصوصی‌سازی و سرمایه‌گذاری بخش خصوصی مستثنا گردیده است.

### ۲.۱. نظریه عمومی بودن قراردادهای نفتی

طبق این نظریه، اقدام دولت در انعقاد یک قرارداد نفتی ناشی از اعمال حاکمیت است نه اعمال تصدی. لذا قرارداد، تابع حقوق عمومی و جزء قراردادهای دولتی محسوب می‌شود. به نظر طرفداران این نظریه، یک قرارداد نفتی به دلیل داشتن ویژگی امر عمومی مانند هدف تأمین منفعت عمومی، انجام امر عمومی توسط شخص عمومی، انجام یک خدمت عمومی و... جزء قراردادهای عمومی است. لذا دولت می‌تواند در ازای پرداخت غرامت آن را یک‌جانبه لغو کند (sir john fisher Williams-1928- p:29). همچنین مطابق قطعنامه شماره ۱۸۰۳ سازمان ملل موسوم به «قطعنامه حاکمیت دائم کشورها بر منابع طبیعی» که در سال ۱۹۶۲ به تصویب مجمع عمومی این سازمان رسیده و همین‌طور بند ۱ ماده ۱۸ پیمان منشور انرژی «طرف‌های متعاقد حاکمیت دولت و حقوق ناشی از حق حاکمیت بر منابع انرژی را به رسمیت می‌شناسند...». لذا ملی کردن و سلب مالکیت در قراردادهای نفتی از حقوق کشورهای طرف قرارداد است که حتی در شرط خلاف آن در ضمن عقد نیز تأثیری ندارد (Abba kolo-2004-p:2-3). در ارزیابی

از نظریات مزبور در سطح داخلی می‌توان گفت یک قرارداد نفتی با توجه به عناصر تشکیل‌دهنده آن مانند طرفین قرارداد، حقوق و تعهدات آنها و مدت قرارداد، اعتبار خود را از حقوق خصوصی می‌گیرد. از طرف دیگر به دلیل ویژگی خاص موضوع قرارداد که همانا اکتشاف و استخراج منابع زیرزمینی (نفت و گاز) است که مالکیت آنها متعلق به عموم بوده، دولت به نمایندگی از مردم آنها را اداره می‌کند؛ به این ترتیب جنبه عمومی بودن این قراردادها نمود بیشتری می‌یابد. بنابراین قراردادهای نفتی دارای ماهیت دوگانه عمومی و خصوصی هستند؛ برای مثال تمامی قراردادهای نفتی ایران به وسیله شرکت ملی نفت منعقد می‌گردد. مطابق اساسنامه، این شرکت دارای شخصیت حقوقی مستقل است و به صورت بازرگانی اداره می‌شود، اما تمام سرمایه آن متعلق به دولت است (مواد ۱ و ۳ قانون اساسنامه شرکت ملی نفت). حال آیا این شرکت به تبع دولت از حق حاکمیت برخوردار است تا قراردادهایی که توسط آن منعقد می‌شود دارای ویژگی عمومی باشند یا خیر؟ در این مورد در سال ۱۹۶۳ در دعوی بین شرکت سافایر کانادا علیه شرکت ملی نفت ایران، اگرچه داور منتخب، دولتی بودن شرکت ملی نفت ایران را پذیرفت، اما در خصوص خسارت مورد ادعای شرکت سافایر، به نفع آن شرکت رأی داد (منصوری نراقی، ۱۳۴۹، ص ۴۷۰ و مجبئی، ۱۳۸۶، ص ۷۴).

### ۳.۱. نظریه بین‌المللی بودن قراردادهای نفتی

برخی دیگر معتقدند حقوق بین‌الملل تنظیم‌کننده روابط بین‌المللی است و بر همه آنها حاکم است و یک قرارداد نفتی چون دارای جنبه بین‌المللی است، پس یک قرارداد بین‌المللی محسوب می‌شود. بنابراین اگر دولتی که با تبعه خارجی (حقیقی یا حقوقی) قراردادی امضا می‌کند، تابعیت بین‌المللی طرف را بپذیرد، در حقیقت به حکومت قواعد حقوق بین‌المللی اقرار کرده است؛ مگر اینکه ادعای خلاف این فرض داشته باشد. در حالی که اگرچه شخص حقیقی ممکن است موضوع حقوق بین‌المللی نباشد، اما کمپانی‌های نفتی از اشخاص حقوقی موضوع حقوق بین‌المللی هستند (انصاری، ۱۳۷۷، ص ۸۱ و اهری، ۱۳۴۹، ص ۲۴۱). طبق این نظریه قرارداد نفتی با کمپانی خارجی هرگز داخل محدوده قانون ملی طرف قرارداد نبوده، بلکه بر اساس اصول و قواعد حقوقی خاصی استوار است و لذا کمپانی‌های خارجی و دولت‌های تابع آنها بایستی قرارداد را مانند یک عهدنامه بین‌المللی تلقی کرده، آثار آن را بر قرارداد بار نمایند؛ چراکه یک عنصر خارجی وارد قرارداد شده و متفاوت است با فرضی که هر دو طرف قرارداد تابعان یک سیستم حقوقی باشند. این نظریه در دعوی ایران و شرکت نفت انگلیس و ایران مورد پذیرش دادگاه لاهه قرار نگرفت. در این مورد دولت انگلیس اظهار داشت که قرارداد امتیاز نفت ۱۹۳۳ به تبع کمپانی انگلیسی به دولت انگلیس نیز مربوط است و لذا معاهده بین

دو دولت محسوب می‌شود. اما دیوان لاهه ادعای مزبور را با این استدلال رد کرد که «دیوان نمی‌تواند بپذیرد که قرارداد امضا شده میان دولت ایران و شرکت نفت انگلیس واجد خصیصه مضاعف است. این قرارداد امتیازنامه‌ای بیش نیست که بین یک دولت و یک شرکت خارجی منعقد شده و دولت بریتانیا طرف قرارداد نیست؛ زیرا هیچ رابطه حقوقی بین دو دولت ایران و بریتانیا وجود ندارد. براساس قرارداد، حقوقی را که دولت ایران از شرکت خارجی می‌تواند مطالبه کند به هیچ وجه نمی‌تواند از دولت انگلیس بخواهد، زیرا قراردادی با آن کشور ندارد». به این ترتیب، قرارداد نفتی قراردادی بین‌المللی محسوب نمی‌شود (International Court of Justice-1986-p:88. www.worldlii.org/int/cases/ICJ/).

#### ۴.۱. نظریه شبهه بین‌المللی بودن قراردادهای نفتی

بر اساس نظریات گفته شده و با توجه به ویژگی‌های خاص یک قرارداد نفتی، برخی نویسندگان آنها را جزء قراردادهای نیمه بین‌المللی یا شبهه بین‌المللی می‌دانند (منصوری نراقی، ۱۳۴۹، ص ۲۲). به نظر می‌رسد چون این قراردادها دارای جنبه‌های حقوق خصوصی، حقوق عمومی و نیز حقوق بین‌المللی یا شبهه بین‌المللی هستند، باید برای آنها ماهیت ویژه و مختصی قائل شد؛ با این توضیح که اول: طرفین قرارداد در شرایط قراردادی برابر نیستند، زیرا یک طرف آن یعنی دولت به استناد قطعنامه‌های متعدد سازمان ملل مبنی بر «حق حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی خود» قانوناً می‌تواند به دلایل متعدد مانند مصالح ملی، قانون اساسی، توسعه اقتصادی کشور، اقدام به فسخ یا لغو یک‌جانبه قرارداد نماید. به علاوه «ملی کردن» و سلب مالکیت، با رعایت شرایط در این گونه قراردادهای از جمله حقوقی است که حتی شرط خلاف آن نیز تأثیری ندارد. البته بر اساس بند ۱ ماده ۱۳ پیمان منشور انرژی، ملی کردن بایستی همراه با پرداخت غرامت و بدون تبعیض اعمال شود. دوم: این قراردادها برخلاف قراردادهای خصوصی تابع حقوق داخلی نیستند، بلکه تابع توافق طرفین هستند و کمپانی خارجی طرف قرارداد همیشه سعی در درج شروطی مانند حاکمیت اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن، ارجاع اختلافات به مراجع بین‌المللی و به‌ویژه داوری ثالث در این قراردادها دارد؛ به نحوی که هیچ قاضی داخلی نتواند در مورد آنها حکم صادر کند. سوم: یک قرارداد نفتی مانند تمام قراردادهای حقوق خصوصی از شرایط ثبات و لزوم (immutable) و غیر قابل تغییر بودن (untouchable) برخوردار است و هرگونه تغییر یا تبدیل شرایط قرارداد بستگی به تراضی و توافق طرفین دارد و در شرایط موردی و نادر اعمال حقوق خاصه دولت بسته به اثبات مصالح ملی، لزوم تغییر و... است که در نهایت با پرداخت خسارت عادلانه همراه خواهد بود (موحد، ۱۳۷۴، ص ۷۱).

در نتیجه بر اساس توضیحات یادشده، یک قرارداد نفتی را می‌توان با وجود داشتن جنبه‌هایی از حقوق عمومی و حقوق بین‌المللی، نوعی قرارداد خصوصی تلقی کرد که طرفین آن به طور ضمنی با توافق یکدیگر در حقیقت وجود برخی از امتیازات (حقوق حاکمیتی) را آن هم در شرایط ویژه و استثنایی برای طرف دولتی پذیرفته‌اند و این امر مغایرتی با حاکمیت اراده آنها و جریان سایر آثار مهم حقوق خصوصی بر قرارداد ندارد. بنابراین یک قرارداد نفتی به لحاظ ماهوی نوعی قرارداد خصوصی و تابع اراده طرفین و عرف تجاری بین‌المللی (LEX MERCATORIA) است (ایرانپور، ۱۳۸۶، ص ۱۵ و صحرانورد، ۱۳۸۱، ص ۴۴). این عرف تجاری بین‌المللی در قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز، امروزه قواعد و ویژگی‌های خاصی پیدا کرده (Lex Petrolia) که آن را از دیگر حوزه‌های تجاری بین‌المللی متمایز می‌کند.

## ۲. ماهیت ویژه بیع متقابل نفتی ایران

### ۱.۲. مفهوم

قبل از بررسی ماهیت بیع متقابل نفتی، لازم است در خصوص مفهوم آن توضیحاتی ارائه شود. همانطور که می‌دانیم قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت و گاز با این گستردگی و دامنه عمل، نخستین بار توسط نظام حقوقی نفتی ایران به کار گرفته شد، به طوری که امروزه خواسته یا ناخواسته این سیستم معاملاتی به عنوان مشخصه اصلی قراردادهای نفتی ایران در داخل و خارج شناخته می‌شود. به همین دلیل نه تنها شرکت ملی نفت بلکه کمپانی‌های خارجی نیز که خواهان سرمایه‌گذاری در صنعت نفت و گاز ایران هستند، بایستی خود را با این سیستم معاملاتی و اصول حاکم بر آن هماهنگ سازند. برخی اساتید در حقوق داخلی بیع متقابل را به این شرح تعریف کرده‌اند: قرارداد بیع متقابل نفتی نوعی از قراردادهای درازمدت یا میان‌مدت است که به موجب آن یک شرکت سرمایه‌گذار خارجی با تأمین ماشین‌آلات، تجهیزات، خدمات و حقوق مالکیت‌های فکری شامل علائم تجاری، اختراعات و فناوری‌ها و تأمین مالی تعهد می‌نماید که تمام یا بخشی از یک پروژه نفتی را جهت شناسایی، اکتشاف، استخراج و بهره‌برداری از حوزه یا حوزه‌های معین از مخازن نفت و گاز و یا توسعه، بازسازی و اصلاح مخازن نفت و گاز معین و موجود و خدمات مورد نیاز شامل کالاهای سرمایه‌ای یا واسطه‌ای یا مواد اولیه را عهده‌دار شده، برای دولت سرمایه‌پذیر به انجام رساند و برگشت سرمایه و منافع حاصل از قرارداد را صرفاً از محل تولیدات به دست آمده از همان پروژه یا پروژه‌های دیگر و عملکرد اقتصادی پروژه‌های مورد سرمایه‌گذاری تأمین نماید (اخلاقی، ۱۳۸۷، ص ۱۶). به لحاظ تاریخی، قراردادهای خرید خدمت محض یا پیمانکاری (service contracts) قبل از انقلاب موضوع قانون نفت ۱۳۵۳ شباهت زیادی با قراردادهای بیع متقابل فعلی داشتند؛ با این

تفاوت که ساختار آنها انجام عمل توسط پیمانکار در مقابل دریافت حق الزحمه یا دستمزد بود و این دستمزد نیز نه الزاماً نفت یا گاز و نه ضرورتاً از همان حوزه تأمین می‌شد، پس می‌توان قراردادهای بیع متقابل را نوعی قرارداد خرید خدمت تغییر شکل یافته دانست که توسط طرف خارجی فاینانس یا تأمین اعتبار می‌شود. به موجب این قراردادها سرمایه‌گذار خارجی موظف است کلیه عملیات توسعه و یا بازیافت یک میدان نفتی یا گازی (و نه غالباً شناسایی و اکتشاف را) با هزینه و سرمایه خود انجام دهد. اجرای این تعهد ممکن است مستلزم تأمین تجهیزات، ماشین‌آلات، خدمات و به‌ویژه حقوق مالکیت‌های فکری در مفهوم عام آن نیز باشد (کلود کلمبه، ۱۹۸۷، ص ۲۳۹ به بعد). در مقابل شرکت ملی نفت تعهد می‌کند تمام هزینه‌های سرمایه‌ای و غیر سرمایه‌ای، هزینه‌های جاری و عملیاتی و... را که طرف خارجی برای انجام عملیات مزبور متحمل شده است، با بهره بانکی مشخص و طی اقساط برابر به همراه حق الزحمه، الزاماً از طریق فراورده‌های نفتی به دست آمده از همان حوزه عملیاتی به او بازپرداخت نماید.<sup>۱</sup> در کشور ما به هنگام بررسی ماهیت یک تأسیس حقوقی جدید (مانند اکثر قراردادهای تجاری بین‌المللی) معمولاً رسم بر این است که آنها را با نهادهای حقوقی موجود به ویژه در قالب عقود معین تجزیه و تحلیل می‌کنند و در نهایت نتیجه‌گیری می‌کنند که با کدام یک از آنها همخوانی داشته، یا اینکه خود ماهیت ویژه‌ای دارد.

## ۲.۲. مقایسه بیع متقابل با عقد بیع

قبل از مقایسه بیع متقابل با عقد بیع در حقوق داخلی، لازم است با توجه به نزدیکی و شباهت‌های موجود در حوزه تجارت بین‌الملل، آن را با بیع بین‌المللی نیز مقایسه کنیم تا ببینیم آیا با توجه به زمینه ارتباط و حوزه شمول آنها می‌توان مقررات بیع بین‌المللی را بر بیع متقابل حاکم دانست؟

### ۲.۲.۱. مقایسه بیع متقابل با بیع بین‌المللی

در اینجا به دلیل رعایت اختصار از بیان ویژگی‌های بیع بین‌المللی خودداری می‌کنیم و با توجه به دلایل زیر بر این باوریم که بیع متقابل نفتی ایران با بیع بین‌المللی هماهنگی و انطباق ندارد: الف) مطابق اصل (۱) کنوانسیون ۱۹۸۰ وین درباره بیع بین‌المللی «زمانی مقررات بیع بین‌المللی در مورد قراردادهای بیع کالاها اعمال می‌شود که محل تجارت (Place of Business) طرف‌های عقد در دو کشور متفاوت باشد». حال آیا بیع متقابل نفتی ایران همان بیع کالاها میان طرفین در تجارت بین‌المللی به حساب می‌آید؟ آیا فروش تجهیزات و تکنولوژی در برابر نفت

۱. برای دیدن نظر مخالف ر.ک. ایرانپور. فرهاد. ص ۱۸.



و گاز بیع دو کالا در دو کشور متفاوت محسوب می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت اگرچه تجهیزات و ماشین آلات و نفت و گاز و... به لحاظ موضوع معامله دو نوع کالا محسوب می‌شوند، اما در بیع متقابل آنچه که در نظر طرفین مهم است، انتقال تکنولوژی و همچنین استفاده از این تکنولوژی در جهت استخراج و بهره‌برداری از منابع و ذخایر است؛ یعنی مد نظر طرفین، انجام تعهدات و خدمات ویژه است نه کالاهای خاص. به علاوه طبق بند ۲ از اصل (۳) کنوانسیون یاد شده «این کنوانسیون در مورد قراردادهایی که در آنها قسمت اعظم تعهدات طرفی که کالاها را تهیه می‌کند ناظر بر ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر باشد اعمال نمی‌شود». حال آنکه بیع متقابل نفتی نوعی قرارداد خرید خدمت پیمانکاری در کشور صاحب ذخایر است نه بیع کالا با کالا، بنابراین بیع متقابل نوعی بیع بین‌المللی به حساب نمی‌آید.

ب) به موجب مفاد بند ۱ از اصل (۱) کنوانسیون یادشده، مقررات کنوانسیون در مورد آن‌گونه قراردادهای بیعی اعمال می‌شود که کشورهای متبوع طرفین عضو کنوانسیون بوده یا اینکه قواعد حل تعارض اعمال قانون یکی از کشورهای عضو را لازم بداند (جمعی از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان (۱۳۷۴)، جلد اول، ص: ۶۷) درحالی‌که کشور ما هنوز به این کنوانسیون ملحق نشده، قواعد حل تعارض نیز نمی‌تواند برخلاف قواعد آمره حل تعارض ایران به این کنوانسیون ارجاع نماید.

ج) طبق مفاد اصل (۱۱) کنوانسیون، لازم نیست که قرارداد بیع به صورت کتبی و با رعایت تشریفات خاص منعقد گردد؛ درحالی‌که قراردادهای بیع متقابل نفتی ایران جزء قراردادهای دولتی محسوب شده که طبق ماده ۳۰ آیین‌نامه معاملات دولتی بایستی کتبی باشد و با برگزاری مناقصه منعقد گردد. زیرا طبق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی (مصوب ۱۳۶۶)، «معاملات وزارتخانه و مؤسسات دولتی اعم از خرید و فروش و پیمانکاری و... از طریق مناقصه و مزایده حسب مورد انجام می‌شود»؛ بنابراین بیع متقابل نفتی ایران بیع بین‌المللی به مفهوم رایج در تجارت بین‌المللی محسوب نمی‌شود و با آن همخوانی ندارد.

#### ۲.۲.۲. مقایسه بیع متقابل با بیع داخلی

عقد بیع در حقوق داخلی در زمره عقود تملیکی قرار دارد. مقررات قانون مدنی در خصوص بیع نسبت به سایر عقود مفصل‌تر و کامل‌تر است؛ به طوری‌که بسیاری از احکام بیع در مورد سایر عقود نیز کاربرد دارد. در اینجا از بیان ویژگی‌های بیع در حقوق مدنی خودداری می‌کنیم و به طور خلاصه به مقایسه جنبه‌های اساسی عقد بیع با قرارداد بیع متقابل نفتی می‌پردازیم:

الف) مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران «بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم». در عقد بیع به مفهوم سنتی، طرفین می‌باید در خصوص این قید که یکی از عوضین (مبیع) الزاماً

عین بوده و دیگری (چه عین و چه منفعت و...) ثمن، بها و مابه‌ازای آن باشد تراضی نمایند؛ وگرنه عقد نوعی معاوضه خواهد بود. در معاملات و دادوستدهای عرفی نیز مبادله کالا با کالا را معاوضه و مبادله کالا با پول را بیع می‌گویند. در حقوق ایران علاوه بر پول هر عملی که منفعت عقلایی مشروع داشته باشد، می‌تواند به عنوان ثمن قرار گیرد و اگرچه عرفاً مبادله کالا با کالا را معاوضه و مبادله کالا با پول را بیع می‌گویند، اما از دید قانونی تفکیک این دو (بیع و معاوضه) به قصد مشترک طرفین بستگی دارد و در احراز این قصد مشترک نیز در صورت عدم تصریح، به عرف مراجعه می‌شود که در عرف الزاماً و غالباً مبادله کالا با پول را بیع می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف)، ص ۲۹۲). این شرط یعنی اعتبار الزامی یکی از عوضین (عین مورد معامله) به عنوان مبیع و بهای آن به عنوان ثمن، پولی در قرارداد بیع متقابل وجود ندارد. زیرا گذشته از ساختار پیچیده، بیع متقابل در واقع از چند قرارداد مجزا تشکیل می‌گردد. به علاوه هدف اولیه فروش تجهیزات و تکنولوژی، در قبال تعهد دریافت ارزش آنها به صورت محصول تولیدی همین تجهیزات فروخته شده یا اجاره داده شده است. به این ترتیب، شرط لازم در بیع متقابل، پرداخت بهای تجهیزات فروخته شده از طریق محصولات تولیدی توسط همان تجهیزات است و نمی‌توان به جای محصولات قیمت آنها را پرداخت.

ب) به موجب بند ۱ از ماده ۳۶۲ قانون مدنی «به مجرد وقوع عقد بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌شود»؛ یعنی عقد بیع اگرچه مبیع آن کلی باشد (با تعیین و تسلیم مصداق کلی) و یا ثمن آن به جای پول عین یا منفعت باشد، عقدی تملیکی به حساب می‌آید؛ درحالی‌که در بیع متقابل از نظر حقوقی فروشنده در قبال واگذاری حق مالکیت مشروط کارخانه، تجهیزات و تکنولوژی و...، تمام یا قسمتی از محصول تولیدی به وسیله همین تجهیزات و تسهیلات را طی مدت معینی تملک می‌نماید؛ یعنی بیع متقابل عبارتست از تعهد فروش یا اجاره تجهیزات، تسهیلات، انتقال تکنولوژی و ... توسط فروشنده خارجی در مقابل تعهد قراردادی او مبنی بر خرید محصولات تولیدی یا بازیافتی ناشی از این فروش، با این توضیح که تا زمان تحویل آخرین قسط از بهای تجهیزات و تکنولوژی، مالکیت تجهیزات و تکنولوژی و ... به خریدار منتقل نمی‌شود و فروشنده همچنان دارای حق مالکیت نسبت به آنها است و در پایان مهلت بازپرداخت سرمایه، مطابق توافق طرفین، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد (Economic Commission for Europe-1991-p:12). به علاوه چون تا پرداخت آخرین قسط انتقال مالکیتی صورت نگرفته است، مسئولیت تجهیزات و تکنولوژی مزبور نیز با فروشنده خواهد بود. بنابراین بیع متقابل را می‌توان جزء عقود تعاهدی دانست که به موجب آن فروشنده تعهد می‌کند تجهیزات و تکنولوژی مورد نظر را طی مدت معین ارائه کند و خریدار نیز متعهد است در صورت انجام صحیح و استاندارد این تعهد از جانب فروشنده، بهای آنها را

به صورت محصولات تولیدشده توسط همین تجهیزات طی مدت معین و طبق سیستم ارزیابی مشخص بازپرداخت نماید. حتی اگر بپذیریم که قرارداد اولیه فروش تجهیزات و تکنولوژی طبق نمونه بین‌المللی بیع متقابل (که متفاوت با بیع متقابل نفتی ایران است) نوعی قرارداد بین‌المللی فروش تجهیزات و تکنولوژی محسوب می‌شود، باز هم نمی‌توان بیع متقابل را عقدی تملیکی محسوب کرد، زیرا کنوانسیون بیع بین‌المللی وین نیز چگونگی انتقال مالکیت را به حقوق داخلی کشورها موکول نموده، در حقوق ایران نیز به موجب ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تمام انواع بیع، مالکیت به محض انعقاد عقد منتقل می‌شود و مسئولیتی که طرفین طبق ماده ۳۸۷ قانون مزبور<sup>۱</sup> تا زمان تسلیم صحیح و سالم موضوع تعهد (ضمان معاوضی) دارند تأثیری در انتقال مالکیت به هنگام عقد ندارد. درحالی‌که در بیع متقابل فروشنده خارجی کلیه حقوق مالکانه را تا زمان دریافت آخرین قسط بهای تجهیزات خود دارا است.

ج) در عقد بیع لازم نیست که مبیع و ثمن با یکدیگر ارتباط و سنخیت خاصی داشته باشند و یکی محصول و نتیجه عوض دیگر باشد، اما در بیع متقابل از شروط الزامی و اصلی این است که اصولاً کالایی که جهت بازپرداخت اقساط به فروشنده خارجی تحویل می‌شود، به وسیله همان تجهیزات و تکنولوژی فروش اولیه تولید شده و نتیجه کارکرد صحیح آن باشد.

د) در عقد بیع چنانچه شخصیت یکی از طرفین علت عمده عقد نباشد یا شخص طرف معامله موضوعیت نداشته باشد یا تعهد ناشی از عقد قائم به شخص نباشد، هریک از طرفین می‌تواند حقوق و تعهدات خود را حتی بدون رضایت و اطلاع دیگری به شخص ثالث واگذار کند؛ اما در بیع متقابل مطابق با نمونه بین‌المللی آن هر یک از طرفین بدون اطلاع و رضایت طرف دیگر یا بدون تصریح در قرارداد نمی‌تواند حقوق و تعهدات خود را به شخص ثالثی واگذار نماید. همچنین حتی در صورت امکان واگذاری نیز واگذارکننده به طور مشترک یا متضامنی با واگذارشونده در برابر طرف دیگر قرارداد مسئول است (NIOC Tender-2002-p:36 & NIOC\_Petroiran Service contract-2002-p:29).

### ۳.۲. مقایسه بیع متقابل با معاوضه

مطابق ماده ۴۶۴ قانون مدنی «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد». بنابراین مبادله دو مال یا دو کالا با یکدیگر را بدون اینکه پول در این مبادله نقشی داشته باشد، معاوضه می‌گویند و این روش یکی از قدیمی‌ترین شیوه‌های

۱. ماده ۳۷۸: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر واهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...

معاملاتی محسوب می‌شود. در تجارت متقابل نیز معاوضه یا تهاتر (Barter) قراردادی است که در آن هیچ‌گونه پولی رد و بدل نمی‌شود و مبادله کالاها نیز به موجب یک قرارداد انجام می‌شود (کلایوم اشمیتوف، ج ۱- ۱۳۷۸، ص ۲۵۰). در حقیقت واردکننده یا خریدار کالاها قیمت آنها را به صورت کالا یا خدمات به فروشنده می‌پردازد و در نظر آنها پول در اینجا نقشی ندارد. در معاملات بیع متقابل نیز در ظاهر فروشنده تجهیزات و تکنولوژی و کلیه ارقام سرمایه‌گذاری را با محصولات تولید شده در نتیجه این سرمایه‌گذاری معاوضه می‌نماید؛ برای مثال در خصوص پروژه‌های نفت و گاز کمپانی خارجی تجهیزات اکتشاف، حفاری، استخراج و دانش فنی مربوط را با نفت و گاز حاصل از کارکرد این تجهیزات معاوضه می‌کند. اما با نگاهی دقیق به ساختار حقوقی هر کدام متوجه می‌شویم که معاوضه با بیع متقابل از جهات مختلف فرق دارد: الف) معاوضه عقدی است تملیکی درحالی‌که بیع متقابل همانطور که در قسمت قبلی گفتیم، اصولاً دارای ماهیتی تعاهدی است؛ هرچند ممکن است در چارچوب ویژه خود شامل انواع عقود عهدی و تملیکی مختلف نیز باشد. ب) در معاوضه پول و احتساب عوضین به پول یا قیمت خاص، جایی ندارد؛ حال آنکه در بیع متقابل، قرارداد مبتنی بر احتساب قیمت بازار کالاهای مورد معامله است. به همین دلیل قیمت کالاها معمولاً در قرارداد ذکر می‌شود و حتی در قراردادهای نفتی ایران در همان زمان انعقاد عقد، نفت یا گاز حاصل معمولاً به قیمت روز محاسبه و سرمایه طرف خارجی بر این اساس مستهلک می‌شود و همین قیمت پولی مبنای تطبیق میزان عوضین و تعیین تاریخ حمل و نقل هر یک از دو کالا است. ج) در معاوضه، بین کالاهای مورد مبادله لزوماً ارتباطی وجود ندارد، اما در بیع متقابل لزوماً قیمت خرید تجهیزات و تکنولوژی بایستی به صورت تحویل محصولات ساخت همان تجهیزات یا محصولات مشابه در صورت کافی نبودن محصولات همان حوزه (در قراردادهای دهه جدید مانند دارخوین با انی ایتالیا) بازپرداخت شود. لذا ساختار بیع متقابل با معاوضه نیز انطباق ندارد. همچنین در مقایسه با اجاره به شرط تملیک نیز با توجه به ساختار ویژه بیع متقابل سنخیت و هماهنگی خاصی وجود ندارد که در اینجا از ذکر دلایل آن خودداری می‌شود.

#### ۴.۲. نتیجه (ماهیت ویژه)

همانطور که ملاحظه شد بیع متقابل نه با بیع بین‌المللی و نه با هیچ‌یک از قالب‌های حقوقی داخلی همخوانی کامل ندارد. با توجه به دلایل زیر به نظر می‌رسد که باید برای آن ماهیت حقوقی ویژه‌ای قائل شد: اول: بیع متقابل نفتی دارای ساختار حقوقی و قراردادی پیچیده و مرکب از چندین قرارداد با احکام و آثار حقوقی متفاوت است؛ از جمله قرارداد فروش تجهیزات و تکنولوژی، قرارداد واگذاری حق امتیاز یا حق اختراع به کشور میزبان، قرارداد

فاینانس یا تأمین مالی پروژه، قرارداد بیمه تجهیزات و تأسیسات، قرارداد پرداخت بهای تجهیزات و هزینه‌ها از طریق تحویل محصولات تولیدی توسط خود این تجهیزات و در نهایت پروتکل یا موافقت‌نامه کتبی که دربرگیرنده کلیه قراردادها باشد که برخی از این قراردادها جزء عقود معین و برخی جزء عقود بی‌نام هستند، برخی تملیکی و برخی عهدی و... می‌باشند و در مورد هر کدام ممکن است بحث انتقال مالکیت، نقطه انتقال ریسک و خطر و بیمه مسئولیت، ضمانتنامه‌ها و ده‌ها مسئله اساسی دیگر پیش آید. مجموعه چنین مکانیسمی بیع متقابل نامیده می‌شود. به این ترتیب، مشکل بتوان برای چنین مکانیسم معاملاتی قالب حقوقی خاصی در عقود معین پیدا کرد که طبق آن به تفسیر و تعبیر این سیستم جدید پرداخت. دوم: قصد طرف‌های قرارداد انتخاب یا مطابقت با قالب حقوقی خاص داخلی یا بین‌المللی نبوده است، بلکه قصد مشترک همه طرف‌ها پذیرش این نوع معامله با آثار و احکام و کارکردهای خاص خود در تجارت متقابل بین‌المللی از یک طرف و به عنوان یک قرارداد نفتی از طرف دیگر بوده است.

سوم: اگر به پیشینه و زمینه پیدایش بیع متقابل توجه نماییم، متوجه می‌شویم که این سیستم معاملاتی به شیوه معمول در تجارت متقابل بین‌المللی حاصل سال‌ها روابط تجاری کشورهای پیشرفته با کشورهای دیگر اعم از توسعه‌یافته و یا درحال توسعه بوده و در این حوزه وسیع شکل گرفته است. به همین دلیل نیز با هیچ‌یک از قالب‌های قراردادی کشور ما هماهنگی کامل ندارد، بلکه قالبی ویژه با آثار و احکام خاص خود دارد. اما با توجه به مفهوم گسترده ماده ۱۰ قانون مدنی مبنی بر اینکه: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» و اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده طرفین از یک سو و با عنایت به قصد مقنن در بند (ی) تبصره ۲۹ قانون پنج‌ساله اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۶۸ و سایر برنامه‌های توسعه پنج‌ساله که این شیوه معاملاتی را به عنوان سیاست اصولی بلندمدت اقتصادی جهت جذب سرمایه‌گذاری خارجی انتخاب نموده از سوی دیگر و برای هماهنگی با حقوق داخلی می‌توان این‌گونه تفسیر کرد که طرفین معامله بیع متقابل خواسته‌اند کل قراردادها و مسائل زیر مجموعه این مکانیسم قراردادی را در مجموع تحت قالب ماده ۱۰ قانون مدنی آورند. با این توضیح که اراده و قصد مشترک طرفین به کل این مجموعه با احکام و آثار خاص آن تعلق گرفته و هیچ‌کدام از قصد مشترک آنها خارج نبوده است. اشکال شرعی وجود بهره در این قراردادها نیز با تصویب قوانین مزبور مرتفع گردیده است. بنابراین بیع متقابل دارای ماهیت قرارداد خصوصی و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است و صرفاً به دلیل موضوع آن (استخراج منابع زیر زمینی متعلق به حاکمیت ملی) طرف خارجی با اراده خود برخی از الزامات و شرایط خاص را در این

خصوص آگاهانه می‌پذیرد. همان‌گونه که طرف ایرانی پرداخت هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای بهره‌برداری و حق‌الزحمه و سود و نیز پرداخت درصدی از بهره مشخص را معمولاً به نرخ بهره بین بانکی لندن<sup>۱</sup> پذیرا می‌شود.

### ۳. موضع پیمان منشور انرژی (Energy Charter Treaty)

#### ۳.۱. معرفی پیمان

پیمان منشور انرژی یک سند چندجانبه بین‌المللی است که در ۱۷ دسامبر ۱۹۹۴ در لیسبون به امضا رسید و در ۱۶ آوریل ۱۹۹۸ رسماً لازم‌الاجرا شد. ریشه‌های اصلی این پیمان به پایان جنگ سرد برمی‌گردد. در آن زمان کشورهای پیشرفته جهت تداوم روند توسعه‌ای خود نیاز مبرم به تأمین و تنوع منابع عرضه انرژی داشته، کشورهای توسعه‌نیافته نیز برای دستیابی به توسعه پایدار، نیازمند جذب تکنولوژی و سرمایه‌گذاری خارجی به منظور بهره‌برداری از منابع و ذخایر سرشار انرژی خویش بودند. بر این اساس و به منظور تأمین چنین اهدافی پیمان منشور انرژی شکل گرفت. اعضای این پیمان ۵۲ عضو رسمی و ۳۵ عضو ناظر از میان کشورها و سازمان‌های یکپارچه اقتصادی منطقه‌ای و بین‌المللی می‌باشند. این پیمان چارچوب حقوقی جامع، پایدار و غیرتبعیض‌آمیزی در خصوص تمام موضوعات مرتبط با انرژی مانند سرمایه‌گذاری، تجارت، ترانزیت، بهره‌وری، محیط زیست و روش‌های حل اختلاف مربوط و متناسب با ماهیت ویژه هر بخش ارائه می‌کند. کشور ایران به دلیل برخورداری از ذخایر غنی انرژی و موقعیت ویژه ترانزیتی نسبت به این پیمان حساس بوده، پس از مدت‌ها مطالعه سرانجام به تاریخ ۱۷ دسامبر ۲۰۰۲ به عضویت ناظر<sup>۲</sup> این پیمان درآمد. از آن پس و در راستای عضویت کامل<sup>۳</sup> در این پیمان، کارگروه‌های تخصصی از وزارتخانه‌های مختلف مرتبط با حوزه انرژی برای بررسی موانع و آثار الحاق ایران به این پیمان تشکیل شد. اما با توجه به جنبه‌های سیاسی مسئله هسته‌ای ایران و شمول پیمان منشور انرژی بر اغلب انرژی‌ها از جمله انرژی هسته‌ای، این همکاری‌ها در سال‌های اخیر کاهش یافته است. در حالی که موضوع اصلی این پیمان جنبه‌های سرمایه‌گذاری، تجارت و ترانزیت در بخش انرژی در حوزه نفت و گاز است (Haghighi.2007.p:192).

1 - London Inter Bank Offer Rate (**libor**)

2 - Observership

3 - Full membership

### ۲.۳. ماهیت قراردادهای نفتی در پیمان منشور انرژی

در مورد ماهیت قراردادهای نفتی ماده صریحی در منشور وجود ندارد و این امر نشان‌دهنده جامعیت مقررات منشور است، زیرا تدوین‌کنندگان معاهده نخواستند ماهیت و یا نوع خاصی از قالب قرارداد مانع الحاق کشورها به پیمان منشور انرژی شود. تنها موردی که می‌توان به نوعی موضع پیمان را در این مورد استنباط کرد، ماده ۱۸ منشور با عنوان حاکمیت بر منابع انرژی است. به موجب این ماده «۱. طرف‌های متعاقد، حاکمیت دولت و حقوق ناشی از حق حاکمیت بر منابع انرژی را به رسمیت می‌شناسند. آنها مجدداً تأکید می‌کنند که این حقوق باید مطابق و با رعایت قواعد حقوق بین‌الملل اعمال شود. ۲. معاهده بدون اینکه بر اهداف ارتقای دسترسی به منابع انرژی و اکتشاف و توسعه آن بر مبنای بازرگانی اثر گذارد، به هیچ‌وجه به قواعد حاکم بر نظام مالکیت منابع انرژی در طرفهای متعاقد خدشه‌ای وارد نخواهد کرد. ۳. هر دولتی همچنان به‌ویژه حق دارد درباره مناطق جغرافیایی واقع در قلمرو خود که می‌تواند برای اکتشاف و توسعه منابع انرژی در دسترس قرار گیرند، و نیز بهینه کردن احیای این منابع و میزان استخراج آنها تصمیم بگیرد. همچنین می‌تواند از هر گونه مالیات، حق الامتیاز یا دیگر پرداخت‌های مالی به واسطه این اکتشاف و استخراج بهره‌مند شود و آنها را تعیین کند و نیز جنبه‌های زیست‌محیطی و ایمنی این چنین اکتشاف، توسعه و احیایی را در قلمرو خود تنظیم کند و ضمناً در این اکتشاف و استخراج از طریق مشارکت مستقیم حکومت یا بنگاه‌های دولتی سهمی شود. ۴. طرفین متعاقد می‌شوند دسترسی به منابع انرژی را با تخصیص اجازه‌نامه‌ها، مجوزها، امتیازات و قراردادهای کاوش و لرزه‌نگاری و اکتشاف یا استخراج منابع انرژی، به گونه‌ای غیرتبعیضی بر مبنای معیارهای منتشرشده تسهیل کنند<sup>۱</sup>. همانطور که ملاحظه می‌شود معاهده حق حاکمیت دولت را بر منابع انرژی اعم از زمین منطقه عملیاتی و ذخایر نفت و گاز موجود در آن به رسمیت می‌شناسد (بند ۱ و ۲). در مورد ماهیت حقوقی و نوع قرارداد نیز مطابق بند ۴ هیچ حکم الزامی در معاهده مشاهده نمی‌شود و این امر به حقوق داخلی کشورها واگذار شده است. در این بند به انواع قراردادهای کاوش و لرزه‌نگاری، اکتشاف و استخراج اشاره شده بدون اینکه کارکرد یا ماهیت خاصی این‌گونه قراردادها تصریح شود. تنها شرط لازم این است که این قراردادها باید به صورت غیرتبعیض‌آمیز اعمال شود. اصل عدم تبعیض نتیجه اعمال اصل رفتار ملی و رفتار ملل کامله‌الوداد (Most favored nations) در مقررات منشور است؛ یعنی اول: مطابق اصل رفتار ملی (National Treatment) هیچ‌گونه تبعیضی در مورد اتباع داخلی و اتباع دیگر کشورها وجود نداشته باشد. دوم: طبق اصل ملل کامله‌الوداد، میان اتباع کشورهای

۱. ترجمه ارائه شده برگرفته از متن زیر است: متن معاهده منشور انرژی و ضمايم آن، مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، مترجمان: زنده یاد مسعود طارم سری و مسعود هاشمیان، ۱۳۸۴.

مختلف نیز هیچ‌گونه تبعیضی اعمال نگردد (بند ۷ ماده ۱۰ منشور). این قواعد الزام‌آور نیز در تمام مراحل انعقاد و اجرای قرارداد حاکم است. از سوی دیگر بخش سرمایه‌گذاری منشور بیشترین ارتباط را با ماهیت یک قالب قراردادی جهت سرمایه‌گذاری در حوزه‌های نفت و گاز دارد. در این بخش از پیمان دو مرحله جهت تحقق فرآیند سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است: یکی مرحله قبل از شروع و تحقق سرمایه‌گذاری (Pre-Establishment Phase) و دیگری مرحله پس از استقرار سرمایه‌گذاری (Post-Establishment Phase). مقررات منشور در مرحله قبل از استقرار سرمایه‌گذاری، عمدتاً نرم و انعطاف‌پذیر (Soft-law) هستند، اما در مقطع پس از تحقق سرمایه‌گذاری این مقررات چهره سخت و الزام‌آور (Hard-Law) پیدا کرده و از ضمانت اجرایی اجباری برخوردار می‌شوند. در این مرحله است که اختلافات بروز می‌کند، زیرا در این مرحله (اجرای تعهدات)، منشور بالاترین استانداردهای رفتاری را در حمایت از سرمایه‌گذار خارجی مقرر داشته و برای نقض آنها نیز ضمانت اجرایی سختی همچون مراجعه مستقیم شخص سرمایه‌گذار به داوری اجباری بین‌المللی (بند ج ماده ۲۶) در نظر گرفته است. بنابراین پیمان منشور انرژی با مجموعه مقررات خاص خود، اگرچه در آغاز بر حق حاکمیت و مالکیت دولت دارنده منابع نفت و گاز در تمام مراحل قرارداد تأکید می‌ورزد، اما در مرحله اجرای قرارداد الزاماتی را مقرر می‌دارد که ممکن است با برخی از شروط و مختصات ماهیتی قالب قراردادی خاص یک کشور مغایرت داشته، موجب مسئولیت آن کشور در برابر طرف خارجی گردد.

## نتیجه

همانطور که گفتیم یک قرارداد نفتی علی‌رغم داشتن جنبه‌هایی از حقوق عمومی و حقوق بین‌المللی، به لحاظ ماهیتی نوعی قرارداد خصوصی است که طرفین آن به طور ضمنی با توافق یکدیگر در حقیقت وجود برخی از امتیازات (حقوق حاکمیتی) را آن‌هم در شرایط ویژه و استثنایی برای طرف دولتی پذیرفته‌اند. در نظام حقوق نفتی کشور ما بیع متقابل دارای ماهیت قرارداد خصوصی و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است و صرفاً به دلیل موضوع آن (استخراج منابع زیرزمینی متعلق به حاکمیت ملی) طرف خارجی با اراده خود برخی از الزامات و شرایط خاص را در این خصوص آگاهانه می‌پذیرد. طرح‌های توسعه و بهره‌برداری از حوزه‌های نفت و گاز در قالب بیع متقابل نیز معمولاً پس از برگزاری مناقصه‌های بین‌المللی و برنده شدن طرف خارجی در مناقصه و به دست آوردن مجوز سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرد و همه این اقدامات در مرحله پیش از استقرار سرمایه‌گذاری انجام می‌پذیرد. مقررات این مرحله نیز نرم، انعطاف‌پذیر و قوام‌نیافته بوده، ضمانت اجرایی مشخصی ندارد (صحرانورد، ۱۳۸۹، ص ۸۷-).



۹۱). بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت قالب بیع متقابل نفتی در حقوق ایران به عنوان یک قرارداد خصوصی، از این جهت و در مرحله پیش از آغاز سرمایه‌گذاری هیچ مغایرتی با مقررات منشور وجود ندارد. اما در مرحله پس از استقرار سرمایه‌گذاری که مقررات معاهده در خصوص رعایت استانداردهای رفتاری در قبال سرمایه‌گذار خارجی الزام‌آور می‌گردد، همین ماهیت قراردادی برای طرف خارجی موجب ایجاد حقوق و برای طرف ایرانی موجب ایجاد مسئولیت خواهد بود. زیرا گذشته از لزوم رعایت اصل عدم تبعیض نسبت به سرمایه‌گذار خارجی تا پایان قرارداد، در چارچوب قراردادی بیع متقابل نیز از زمان شروع سرمایه‌گذاری در یک میدان نفتی یا گازی تا زمان تولید، طرف خارجی نسبت به نفت و گاز موجود در یک میدان، حداقل یک حق عینی پیدا می‌کند؛ یعنی کشور میزبان نسبت به حق او تعهد عینی دارد تا ذخایر موجود در حوزه قرارداد را به دیگری واگذار ننماید. از زمان تولید به بعد سرمایه‌گذار خارجی حق تقدم در خرید داشته، در نتیجه خرید، مالک محصول تولیدی می‌گردد (ایرانپور، ۱۳۸۹، ص ۶۸). بنابراین از باب ماهیت قالب قرارداد مانعی جهت الحاق کامل به منشور ملاحظه نمی‌شود. هرچند استفاده از قالب قراردادهای نفتی متداول و متعارف در سطح جهان (به ویژه قرارداد مشارکت) نقش زیادی در کاهش ابهامات و در نتیجه جذب سرمایه‌گذاری خارجی در این حوزه استراتژیک دارد، اما در حال حاضر در کشور ما به دلیل الزامات و محدودیت‌های قانونی و برنامه‌ای حاکم بر این حوزه، مکانیسم قراردادی دیگری غیر از بیع متقابل نفتی کارایی ندارد و به همین دلیل در بررسی ماهیت حقوقی این قرارداد در قبال قواعد منشور انرژی، با دیدی مثبت به تحلیل موضوع پرداخته‌ایم. در سایر موارد مانند سقف سرمایه‌گذاری، داوری اجباری بین‌المللی و... اختلافات و مغایرت‌هایی میان قوانین ایران و مقررات منشور وجود دارد که نحوه تعامل و حل و فصل آنها از حوزه بحث ما خارج است.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

۱. اخلاقی، بهروز (۱۳۸۷). ملاحظاتی پیرامون بهینه‌سازی قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت ایران. مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۱۳.
۲. انصاری، ولی ا... (۱۳۷۷). کلیات حقوق قراردادهای اداری. نشر حقوقدان.
۳. اهری، حسین (۱۳۴۹). قراردادهای نفتی قیمت و درآمد نفت. نشر کاویان.
۴. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۶). مبانی عمومی قراردادهای نفتی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، ش ۳.
۵. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۹). مالکیت و مفهوم آن در قراردادهای نفتی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۱.
۶. صحرانورد، اسد... (۱۳۸۱). تحلیل حقوقی مکانیسم بیع متقابل در قراردادهای نفتی ایران. رساله کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). دوره عقود معین. جلد اول، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.

۸. کلاویوم، اشمیتوف (۱۳۷۸). **حقوق تجارت بین الملل**. جلد اول، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، تهران، انتشارات سمت.
۹. کلمبه پرفسور کلود (۱۹۸۷). **اصول بنیادین حقوق مولف و حقوق مجاور در جهان**. ترجمه و توضیح: علیرضا محمدزاده وادقانی، نشر میزان، ۱۳۸۵
۱۰. دبیرخانه منشور انرژی، **متن معاهده منشور انرژی و ضوابط آن** (۱۳۸۴). ترجمه: مسعود طارم سری و مسعود هاشمیان، موسسه مطالعات بین المللی انرژی.
۱۱. محبی، محسن (۱۳۸۶). **مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین المللی**. نشر موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی.
۱۲. منصوری نراقی، محمود (۱۳۴۹). **مبانی حقوقی و شرایط عمومی قراردادهای نفتی خاور میانه**، نشر صبح امروز.
۱۳. موحد، محمدعلی (۱۳۷۴). **درسهایی از داوری های نفتی**. جلد اول، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران.
۱۴. هاشمی، محمد (۱۳۷۸). **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**. جلد دوم، نشر دادگستر، چاپ سوم.
۱۵. هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه های معتبر جهان (۱۳۷۴). **تفسیری بر حقوق بیع بین المللی**، جلد اول، ترجمه محراب داراب پور، تهران، انتشارات گنج دانش.

## ب) خارجی

- 1-Abba Kolo, (2004), **Legal Issues Arising From the Termination of Oil Prospecting Licenses**, by the Nigerian Government, available at: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/jurnal/htm/vol1-8.html>.
- 2-Economic Commission For Europe, (1991), **International Buy Back Contracts**, United Nations Publication, first published, New York.
- 3-Haghighi S Sanam, (2007), **Energy Security, The External Legal Relations of the European Union with Major Oil- and Gas-Supplying Countries**, Hart Publishing, Oxford Portland, Oregon, first edition.
- 4-International court of justice, (1986), **Anglo-Iranian co, case{c}the Hague**. from: <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/>.
- 5-National Iranian Oil Company, (2002), **Call for Tender for Development of Phases 11&12 of South Pars Field**. number: sp|11|&12|b50|bb.
- 6-National Iranian Oil Company, (2002), **Service Contract for Common Fields in Foroozan & Esfandiar Area**, Between NIOC & Petroiran Development Company.
- 7-R.B.Lillich, (1975), **International Claims and their Settlement by Lump Sum Agreements**. Washington Press, third edition.
- 8-Sir John Fisher Williams, (1928), **International Law and the Property of Aliens**. ns. University Press Cambridge, second edition.
- 9-UNCITRAL, (1993), **Legal Guide on International Countertrade Transaction**. United Nation. New York Press, third edition.
- 10- <http://www.encharter.org/index.php?id=7>
- 11- <http://www.encharter.org/index.php?id=61>