

مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی قراردادهای بیع متقابل و جایگاه قانونی آن^۱

دکتر محمد رضا صابر^۲

فهرست مطالب

چکیده

مقدمه

گفتار اول) قراردادهای بیع متقابل و تأسیسات عمده حقوقی مشابه

بند یکم) اقسام تجارت متقابل (Counter Trade)

الف) معاملات تهاتری (Barter Contracts)

ب) قراردادهای خرید متقابل (Counter Purchase Contracts)

پ) معاملات افسست (Offset)

ت) معاملات بای بک (Buy- Back Contracts)

بند دوم) بررسی بیع متقابل در فقه و مقایسه آن با برخی تأسیسات حقوقی داخلی و خارجی

الف) بیع متقابل از دیدگاه فقه

۱- عدم طرح قراردادهای بیع متقابل و شبهه آن در فقه

۲- تراضی طرفین، توجیه‌کننده قراردادهای بیع متقابل

ب) تأسیسات حقوقی داخلی

۱. این مقاله از رساله دکتری تخصصی حقوق تجارت بین‌الملل نگارنده اقتباس شده است که در اردیبهشت ۱۳۸۶ در مرکز آموزشهای عالی بین‌المللی دفاع شده است.
۲. دکترای حقوق تجارت بین‌الملل و قاضی دیوان عالی کشور.

۱- بیع

۲- معاوضه

۳- جعاله

۴- اجاره به شرط تملیک

۵- ماده ۱۰ قانون مدنی

پ) تأسیسات حقوقی خارجی

۱- قرارداد مشارکت در تولید

۲- قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری

۳- قراردادهای امتیازی

۴- قراردادهای خدماتی

بند سوم) ماهیت خاص بیع متقابل به‌عنوان نهادی نوین

گفتار دوم) جایگاه قراردادهای بیع متقابل در قوانین و مقررات

بند یکم) از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

الف) اصل ۸۱

ب) اصل ۴۴

پ) اصل ۷۷

بند دوم) از دیدگاه قوانین عادی و مقررات

الف) مصوبات مجلس شورای اسلامی در برنامه‌های پنج‌ساله توسعه

اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور

ب) قوانین بودجه سالانه

پ) قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

نتیجه

چکیده

اتخاذ قراردادهای بیع متقابل به‌عنوان روش تأمین مالی پروژه‌های صنعت نفت و گاز در ایران از یک‌سو ناشی از محدودیتها و الزامات قانونی و از سوی دیگر ناشی از الزامات اقتصادی بوده است. قراردادهای بیع متقابل ماهیتاً از تأسیسات حقوقی خارجی مشابه، همچون قراردادهای مشارکت در تولید، قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری، قراردادهای امتیازی متفاوت است. همچنین این قراردادها از نظر ماهیتی متفاوت از تأسیسات حقوقی داخلی همانند بیع، معاوضه، جعاله، اجاره به شرط تملیک هستند. این قراردادها در مدل ایرانی خود ماهیتی خاص دارند و مشابهت کاملی با هیچ‌یک از تأسیسات حقوقی داخلی و خارجی ندارند. طرفین چنین قراردادی قصد می‌کنند یک مجموعه قرارداد جدید با شرایط کاملاً متفاوت از سایر قراردادهای مرسوم، در قالب یک قرارداد جامع منعقد نمایند که مبنای اصلی آنها همانند قراردادهای دیگر، تراضی طرفین است. این تراضی تا جایی که مخالف قوانین و مقررات نباشد پذیرفتنی و لازم‌الاجرا است. سیری در این مقاله جایگاه این قرارداد را برای خواننده روشن‌تر خواهد کرد.

واژگان کلیدی: قراردادهای بیع متقابل، سرمایه‌گذاری، فاینانس، محدودیت‌های قانونی، الزامات اقتصادی.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

مقدمه

تأمین مالی پروژه‌های صنعت نفت به‌عنوان سرمایه برترین صنعت کشور همواره یکی از اساسی‌ترین دغدغه‌های دولت مردان و دست‌اندرکاران این بخش بوده است. محدودیت حاصل از اصول ۴۴، ۸۰ و ۸۱ قانون اساسی و به تبع آن، قوانین بودجه سالانه و قوانین برنامه پنج ساله توسعه و نیز قوانین نفت به‌ویژه قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ موجب شد تا در دهه اخیر، برای جلب سرمایه‌گذاری خارجی روش بیع متقابل به‌ویژه در بخش بالادستی نفت و گاز برگزیده و استفاده شود. عوامل مؤثر در اتخاذ شیوه بیع متقابل از نقطه‌نظر داخلی همان‌طور که گفته شد، یکی محدودیتها و الزامات قانونی است و دیگری الزامات اقتصادی منبث از قوانین بودجه‌ای کشور و برنامه‌های کلان اقتصادی. در بعد بین‌المللی نیز از تحولات مهم در نقاط مختلف جهان در عرصه نفت و ضرورت تعامل صحیح و سازنده با دنیای پیرامونی نباید غافل بود. نفت فقط یک عنصر اقتصادی نیست بلکه در جهان کنونی از آن به‌عنوان یک متغیر سیاسی بهره می‌برند. روش بیع متقابل در ایران به‌عنوان یک شیوه سرمایه‌گذاری غیر استقراری در واقع مدل اصلاح شده از بای بک (Buy-Back) در سایر کشورها است که متناسب با منافع و احتیاجات کشور و ایجاد انگیزه برای شرکت‌های نفتی خارجی برای آوردن سرمایه و تکنولوژی و دانش فنی خود به ایران مورد استفاده قرار گرفته است. جالب توجه این‌که قراردادهای یاد شده از بدو استفاده مورد نقد جدی و بحث و گفتگو در محافل و مجالس مختلف علمی، اقتصادی و حقوقی قرار گرفته و با همه انتقاداتی که بر آن وارد شده، به لحاظ جایگاه قانونی ویژه آن، نسبتاً مقبولیت عام یافته است. از سوی دیگر با تصویب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و استقبال سرمایه‌گذاران خارجی از مزایای حمایتی این قانون، تلاش سرمایه‌گذاران خارجی و مشاوران داخلی آنان در جهت تلفیق مقررات بیع متقابل با پوشش‌های قانونی یاد شده و نیز امکان استفاده از سایر قراردادها افق روشنی را در تأمین مالی پروژه‌های بخش بالادستی و حتی پایین‌دستی صنعت نفت ایجاد نموده است. اصل خدشه‌ناپذیر منافع کشور و ضرورت اکتشاف و توسعه میادین و ذخایر نفت و گاز و توسعه پایدار و همه جانبه، ایجاب می‌نماید که با بررسی محدودیتها و تنگناهای قانونی و اجرایی بیع متقابل به بحث پیرامون ماهیت حقوقی و قراردادی و جایگاه قانونی آن پرداخت.

با توجه به مطالب پیش گفته شده نگارنده با درک اهمیت مباحث و ضرورت‌های کنونی کشور، مقاله حاضر را در دو گفتار ارائه نموده است. ابتدائاً برای تبیین ماهیت حقوقی قراردادهای یاد شده به اختصار به‌شرح و بحث پیرامون اقسام تجارت متقابل و مقایسه اجمالی آن با برخی تأسیسات حقوقی داخلی و خارجی پرداخته شده، آنگاه ماهیت خاص آن مورد توجه قرار گرفته است. پس از آن جایگاه این‌گونه قراردادها در قوانین و مقررات اعم از اساسی و عادی نیز مورد مطالعه قرار گرفته است. در پایان، نتیجه مباحث با پیشنهادات لازم در چند بند ارائه شده است.

گفتار اول

قراردادهای بیع متقابل و تأسیسات عمده حقوقی مشابه^۳

این قسمت به بررسی مفهوم و ماهیت بیع متقابل و مقایسه این تأسیس با برخی از تأسیسات مشابه داخلی و خارجی و همچنین به بررسی موضوع در فقه امامیه اختصاص دارد. در آغاز به بررسی مفهوم بیع پرداخته و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که آیا می‌توان تأسیس «بیع متقابل» را که ترجمه اصطلاح (Buy-Back) که خود نیز غلط مصطلحی می‌باشد در زمره بیع به معنای مصطلح در نظام حقوقی ایران دانست یا اینکه خود نهادی نوین می‌باشد؟

ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران بیع^۴ را بدین عبارت تعریف کرده است:

«بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». از این تعریف سه ویژگی تملیکی بودن، معوض بودن و عین معین بودن مبیع فهمیده می‌شود. منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می‌شود. همین که خریدار و فروشنده درباره مبادله دو کالا و شرایط آن توافق کردند، مبیع و ثمن خود به خود مبادله می‌شود و نیاز به کار دیگری

۳. جهت مطالعه پیرامون ماهیت قراردادهای بیع متقابل ر.ک. منابع فارسی:

- جانکوفسکی، دکتر ادوارد، «ماهیت قراردادهای بیع متقابل ایران»، نشریه اقتصاد انرژی، ش ۲۲، اسفند ۱۳۷۹.
- کلاویو ام. اشمیتوف، «حقوق تجارت بین‌الملل»، ج ۱، ترجمه شده زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی، انتشارات سمت. چاپ اول، ۱۳۷۸.

منابع انگلیسی:

- Dr.Christain Ule & Dr.Alexander Brexendorff, "IRAN INVESTING IN THE OIL & GAS INDUSTRY", from a Business and Legal perspective, 2005: (WWW. mena – legal . com).
- Tamara Milenkovic- Kerkovic, "Drafting An International Buy-Back Agreement", Series: Economics and Organization, Vol.2, N° 2, 2004.
- Ruben Berrios and Josephine E.Olson, "Counter Trade as a Form of Debt Payment", University of Pittsburgh for CIED.
- Dr.S.N.Ebrahimi and Dr.A.Shiravi Khouzani, "The Contractual Form Of Iran's Buy-Back Contracts In Comparision with Production Sharing And Service Contract", 2003, Society of Petroleum Engineers Inc.

۴. جهت مطالعه بیشتر ر.ک.

- شهید ثانی، «شرح لمعه»، توضیح و تصحیح کلانتر، جلد سوم، انتشارات دارالعالَم الاسلامی، چاپ بیروت، ۱۴۰۳ ه.ق، ۱۹۸۳ م.

- امامی، دکتر سید حسن، «حقوق مدنی»، جلد ۱، انتشارات اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۱.

- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، «مجموعه محشای قانون مدنی»، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹.

- شهیدی دکتر مهدی، «حقوق مدنی ۶: عقود معین» (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض، صلح)، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۲.

- کاتوزیان، دکتر ناصر، «دوره‌ی عقود معین»، ج ۱، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖

ندارد.^۵ معوض یعنی عین مالی که فروخته می‌شود و با مال دیگر (که امروز به‌طور معمول پول است) مبادله می‌شود. این وصف، بیع را از تمام انواع عقود رایگان ممتاز می‌سازد؛ زیرا در این‌گونه قراردادهای یا مالی بدون هیچ‌گونه عوض به دیگری واگذار می‌شود، یا اگر تعهدی نیز بر انتقال گیرنده شرط شود، بین این تعهد و موضوع اصلی همبستگی به‌وجود نمی‌آید.^۶ همچنین از تعریف ماده ۳۳۸ قانون مدنی استفاده می‌شود که مبیع باید عین باشد و عین عبارت از مالی است که وجودی مادی و محسوس دارد و به‌طور مستقل مورد داد و ستد قرار می‌گیرد.^۷ اما چهارمین ویژگی که در این تعریف وجود ندارد اما حقوقدانان آن را از جمله ویژگی‌های این عقد به شمار می‌آورند، لازم بودن عقد بیع است.^۸ حال با توجه به مطالب عنوان شده پیرامون مفهوم بیع در حقوق داخلی، در اینجا به تبیین و توضیح مفهوم و ماهیت بیع متقابل پرداخته می‌شود. در آغاز ضروری است در مورد تجارت متقابل که اعم از بیع متقابل است گفته شود که «مجموعه‌ای از روشهای تجاری است که در آن صادرکننده یا واردکننده، تعهد می‌نماید در ازای کالا یا خدمات صادره به کشور خریدار یا وارده از کشور فروشنده، خدماتی را به ارزش کل معامله یا بخشی از آن خریداری یا صادر نماید».^۹

لازم به ذکر است که بیع متقابل به‌عنوان یکی از شیوه‌های تجارت متقابل،^{۱۰} از سوی کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا نیز به‌شرح زیر تعریف شده است:^{۱۱}

«در این شیوه موضوع معامله اولیه عبارت است از ماشین‌آلات، تجهیزات، حق اختراع، اکتشاف و دانش فنی یا کمک‌های فنی (تجهیزات - تکنولوژی) که به‌منظور نصب و استقرار تسهیلات تولیدی برای خریدار مورد استفاده قرار خواهد گرفت و وفق توافق طرفین فروشنده متعاقباً تولیدات به دست آمده از تسهیلات تولیدی مذکور را از خریدار اولیه اکتساب می‌کند».

کلمه (Buy-Back) را بیشتر نویسندگان به بیع متقابل یا خرید متقابل ترجمه نموده‌اند و حتی در متون قانونگذاری در این مورد به همین عنوان ذکر گردیده است به‌عنوان مثال آیین‌نامه چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی مصوب ۱۳۷۹، قانون جدید تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ و همچنین آیین‌نامه اجرایی شیوه قراردادهای بیع متقابل (در مورد ماده ۱۴

۵. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص ۲۸. همچنین: شهیدی، دکتر مهدی، «تشکیل قراردادهای و تعهدات»، جلد اول، نشر حقوقدان، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۷، ص ۸۵.

۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص ۳۶.

۷. منبع پیشین، ص ۴۱.

۸. منبع پیشین، ص ۴۳.

۹. اشرف‌زاده، حمیدرضا، «مجموعه آشنایی با تعاریف و اصطلاحات بازرگانی - اقتصادی» (تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۰)، ص ۲۳۴.

10. Counter Trade.

۱۱. حسن بیگی، ابوالفضل، «نفت، بای بک و منافع ملی»، انتشارات آوای نور، تهران ۱۳۸۱، ص ۷۰.

برنامه چهارم توسعه) مصوب ۱۳۸۴/۰۴/۱۵ و... بیشتر نویسندگان حقوقی نیز همین اصطلاح «بیع متقابل یا خرید متقابل» را برای ترجمه Buy-Back در نوشته‌های خود استفاده کرده‌اند.^{۱۲} به نظر می‌رسد که ترجمه «توافق باخرید یا پس‌خرید محصول» از سایر ترجمه‌ها رساتر و با ماهیت این قرارداد نیز سازگار باشد.^{۱۳} اما از آنجا که اصطلاح «بیع متقابل» در بیشتر موارد به جای Buy-Back استفاده می‌شود در مقاله حاضر نیز همین عبارت را به تبعیت از عرف جامعه به کار می‌بریم. بیع متقابل در سالهای متمادی در آیین‌نامه‌های مصوب تعریف شده است که به اختصار به ذکر چند مورد اکتفا می‌شود.

به موجب ماده ۱ آیین‌نامه معاملات متقابل مصوب ۱۳۶۹/۰۱/۲۰ هیأت وزیران «معامله متقابل عقدی است که بین دو شخص حقیقی یا حقوقی منعقد می‌گردد و ضمن آن یک‌طرف «تأمین‌کننده» در مقابل تعهد طرف دیگر «صادرکننده» مبنی بر تولید و تحویل از کالا یا کالاهای مشخص جهت صدور به خارج از کشور طی زمان مورد توافق، تعهد می‌نماید مواد، ابزار، ماشین‌آلات، قطعات و خدمات مورد نیاز آن طرف را برای ایفای تعهدش در اختیار وی قرار دهد».

ماده ۳ آیین‌نامه مزبور مقرر می‌دارد: «صادرکننده شخص حقیقی یا حقوقی ایرانی است که تحت قرارداد معامله متقابل تعهد می‌نماید در ازای دریافت قطعات، ابزار، ماشین‌آلات و یا خدمات از طرف دیگر قرارداد «تأمین‌کننده» رأساً یا به واسطه، کالا یا کالاهای مورد توافق را از محصولات همان واحد تولیدی یا تولیدات صنعتی هم‌گروه (به تشخیص وزارتخانه صنعتی ذی‌ربط) به مقدار معین و در زمان مقرر صادر یا جهت صدور در اختیار «تأمین‌کننده» قرار دهد».

در ماده ۲ آیین‌نامه بیع متقابل غیرنفتی مصوب ۷۹ بیع متقابل به این صورت تعریف شده است: «بیع متقابل یا معاملات دو جانبه به مجموعه‌ای از روشهای معاملاتی اطلاق می‌شود که به موجب آن سرمایه‌گذار تعهد می‌نماید تمام یا بخشی از تسهیلات مالی (نقدی و غیرنقدی) را برای تأمین‌کننده کالاها و خدمات مورد نیاز، شامل کالاهای سرمایه‌ای یا واسطه‌ای یا مواد اولیه یا خدمات، جهت ایجاد، توسعه، بازسازی و اصلاح واحد تولیدی و خدماتی در اختیار سرمایه‌پذیر قرار دهد و بازپرداخت تسهیلات، شامل اصل و هزینه‌های تبعی آن را از محل صدور کالا و خدمات تولیدی سرمایه‌پذیر دریافت کند».

در مجموع، از بیان تعاریف مختلف چنین استنباط می‌شود که به عبارت ساده بیع متقابل از دو

۱۲. به‌عنوان مثال ر.ک. گروه نویسندگان، «کالبد شکافی سرمایه‌گذاری صنعت نفت (قراردادهای بیع متقابل)»، انتشارات کویر، تهران ۱۳۸۰ و کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای نمونه در تجارت بین‌الملل» (قراردادهای بین‌المللی خرید متقابل)، ترجمه حمیدرضا اشرف زاده، ویرایش سوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، جلد اول، آبان ۱۳۷۲.

۱۳. کلاویو ام. اشمیتوف، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد اول، ترجمه شده زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی، انتشارات سمت، چاپ اول ۱۳۷۸، ص ۲۵۱.

یا چند قرارداد مجزا تشکیل شده است که قرارداد نخست قرارداد خرید تکنولوژی، تجهیزات، خدمات و غیره از طرف کشور سرمایه‌پذیر می‌باشد و قراردادهای بعدی قرارداد فروش محصولات تولیدی همان سرمایه‌گذاری به کشور یا شرکت سرمایه‌گذار جهت استهلاك هزینه‌ها، سود سرمایه و بهره مربوط به سرمایه‌گذار می‌باشد. به بیان دیگر بیع متقابل در قراردادهای نفتی را می‌توان این‌گونه تعریف کرد که به‌موجب این قرارداد «شرکت نفتی خارجی کلیه هزینه‌های مربوط به سرمایه‌گذاری، اعم از خرید تجهیزات، نصب، راه‌اندازی و کلیه هزینه‌های مربوط به استفاده از نیروی انسانی و هزینه‌های عملیاتی تا مرحله توسعه میدان نفتی یا گازی خاص را تأمین می‌کند و بعد از آنکه تولید به سطح مقرر در قرارداد رسید، کلیه تجهیزات را در اختیار شرکت ملی نفت قرار می‌دهد و در مقابل، شرکت ملی نفت توافق می‌کند که کلیه خدمات پیمانکار اعم از هزینه‌ها، حق الزحمه و سود از طریق فروش مستقیم نفت یا گاز حاصله از میدان به پیمانکار طرف قرارداد یا از طریق تخصیص عواید حاصل از سهم گاز یا نفت طرف قرارداد که توسط شرکت ملی نفت ایران به طرفهای ثالث فروخته شده را طی اقساط معین و در مدت زمان معلوم (دوره استهلاك بین ۵ تا ۸ سال) جبران نماید. محل تأمین هزینه‌های جمعی پیمانکار خارجی از تولیدات در دوره استهلاك حداکثر تا ۶۰ درصد محصول می‌باشد».^{۱۴}

بعد از توضیح مختصر در معرفی قرارداد بیع متقابل، در مباحث آتی برای شناخت بهتر به بررسی ماهیت بیع متقابل و مقایسه آن با سایر نهادهای داخلی و خارجی مبادرت می‌شود، لیکن به لحاظ اینکه بیع متقابل یکی از شیوه‌های تجارت متقابل (Counter Trade) می‌باشد، ابتدا لازم است به مقایسه بیع متقابل با برخی شیوه‌های تجارت متقابل و پاره‌ای نهادهای دیگر در حقوق داخلی و فقه اسلامی پرداخته شود تا ماهیت آن بهتر تبیین گردد.

بند یکم) اقسام تجارت متقابل (Counter Trade)

از آنجا که بیع متقابل یکی از شیوه‌های مهم تجارت متقابل است؛ لذا جهت روشن شدن موضوع در آغاز باید مفهوم تجارت متقابل و انواع آن مشخص شوند. اشمیتوف تجارت متقابل را این‌گونه تعریف کرده است:^{۱۵}

«تجارت متقابل، روش‌های گوناگون ارتباط دو معامله صادراتی با یکدیگر را شامل می‌شود که یکی از دو معامله از کشور صادرکننده و دیگری از کشور واردکننده نشأت می‌گیرد. ساده‌ترین شکل تجارت متقابل، معاملات فروش متقابل^{۱۶} و معاملات تهاتری^{۱۷} است». به بیان دیگر تجارت متقابل در

14. Dr. S.N.Ebrahimi and Dr. A.Shiravi Khouzani. *op.cit.* p.2.

برای مطالعه بیشتر ر.ک. دفتر همکاری‌های فناوری و معاونت انرژی ریاست جمهوری، «طرح پژوهشی بررسی الگوهای قراردادهای مناسب برای تأمین مالی در بخش بالادستی نفت و گاز»، تهیه‌کننده: گروه مشاوران، دی ماه ۱۳۸۴، ص ۶-۱۵. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، ص ۲۴۱.

16. Reciprocal sales.

واقع اشاره به ترتیبات قراردادی دارد که به موجب آن فروشنده کالا متعهد می‌شود تا تمام یا بخشی از پرداخت را به صورت کالا یا خدمات از خریدار اصلی خریداری کند.^{۱۸}

تجارت متقابل به عنوان یک پدیده بسیار مهم در تجارت بین‌الملل، مخصوصاً از اواسط دهه ۱۹۷۰ مطرح گردیده و در سطح وسیع آن اولین بار پس از جنگ جهانی اول ظهور یافت. آلمان در دوران جمهوری وایمار و در شرایطی که پول کشور در اثر بی‌ثباتی بیش از حد نمی‌توانست وسیله مبادله خارجی قرار گیرد، به شیوه تجارت متقابل متوسل گردید. به این ترتیب این کشور توانست اقتصاد خسارت دیده از جنگ را دوباره به حالت عادی و سالم بازگرداند. سایر کشورهای اروپایی نیز سیستم تهاتری و ترتیبات تسویه بین‌المللی را به عنوان وسیله‌ای جهت کمک به بهبود اوضاع اقتصادی بعد از جنگ به کار گرفتند.^{۱۹} تا پایان دهه ۱۹۸۰ تقریباً حدود ۱۰۰ کشور از تجارت متقابل بهره جسته‌اند.

کشورهای در حال توسعه نیز به علل کمبود ارز، جلب سرمایه‌گذاری خارجی، نداشتن تکنولوژی روز، افزایش روز افزون اشتغال و به‌طور کلی جهت توسعه کشور به شیوه‌های مختلف تجارت متقابل متوسل شده و می‌شوند. عمده‌ترین عاملی که در انواع تجارت متقابل مورد نظر طرف پیشنهاددهنده است، استفاده کمتر از ارز معتبر و کمیاب است و از عواملی که کشورهای کوچک را ناچار به انجام چنین مبادلاتی می‌سازد، فرار از نوسانات نرخ ارز است. نکته دیگری که در انجام تجارت متقابل تلویحاً به آن پرداخته می‌شود، استفاده از سیستم بازاریابی پیشرفته کشورهای توسعه یافته است، که کشورهای کوچک می‌توانند بدون سرمایه‌گذاری در این بخش از امکانات کشور طرف قرارداد خود استفاده کنند. این نیز باعث کاهش ریسک می‌گردد؛ زیرا کشور کوچک می‌داند که همواره در مقابل تولیدات او تقاضای ثابتی وجود دارد و او نیاز به تعطیلی خط تولید خود و یا تأمین هزینه‌های گزاف انبارداری ندارد و مطمئناً اگر هر فرآیند تولید با روند تقاضای ثابتی رو به رو باشد، می‌تواند در برنامه‌ریزی‌های خود در جهت بسط و توسعه فرآیند تولید موفق‌تر باشد.^{۲۰} تجارت متقابل چه برای کسب منافع بیشتر باشد و چه برای جلوگیری از ضرر به تمام یا بخشی از منافع، دارای ویژگی‌های خاص خود می‌باشد. این ویژگی‌ها را می‌توان به شرح زیر نام برد:

«زمان یا مدت نسبی، شیوه توافق، رابطه محصولات تجارت متقابل، ترتیبات قانونی و حقوقی، رابطه

ارزش مبادلات طرفین، حجم و اندازه معامله، انگیزه‌های انتقال تکنولوژی».^{۲۱}

17. Barbers.

18. Ruben Berrios and Josephine E. Olson. *op. cit.* p. 1.

۱۹. حسن بیگی، ابوالفضل، منبع پیشین، ص ۶.

۲۰. اصغرزاده، عبدالله، «آشنایی با تجارت متقابل»، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، اردیبهشت ۱۳۷۴، ص ۳۳.

۲۱. لئو. جی. بی. ولت، «تجارت بدون پول»، ترجمه سید محمدحسین عادل، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، چاپ اول، زمستان ۱۳۶۵، صص ۴۰ و ۴۱.

هیچ کدام از این خصیصه‌ها به‌عنوان رکن لایتغیر در تجارت بین‌الملل محسوب نمی‌شوند بلکه با جمع‌بندی آن شمائی از آنچه تجارت بین‌الملل نامیده می‌شود را به دست می‌دهند، هرچند نتوان با جمع آنها تعریف جامع و مانعی ارائه داد. پس از روشن شدن مفهوم تجارت متقابل، به بررسی انواعی از آن می‌پردازیم:

الف) معاملات تهاتری (Barter Contracts)

برخی عنوان کرده‌اند، یک معامله تهاتری آن است که به‌موجب آن بدون استفاده از ارز خارجی یک مبادله دو طرفه انجام می‌پذیرد. این روش به‌عنوان قدیمی‌ترین و ساده‌ترین روش تجارت متقابل به شمار می‌آید. بخش عمده‌ای از این نوع معاملات بین اتحاد جماهیر شوروی و اوپک و سایر کشورهای نفت‌خیز در مورد نفت خام صورت می‌گرفت.^{۲۲} انگیزه و هدف از انعقاد این گونه قرارداد معمولاً این است که یکی، یا هر دو طرف قرارداد دارای یک ارز غیرقابل تبدیل و یا کمبود ارز کافی برای پرداخت در قبال محصولات می‌باشند.^{۲۳} بنابراین، این گونه معاملات بیشتر در بین کشورهای ضعیف و یا کمتر توسعه یافته رواج داشت؛ مانند کشورهای اروپای شرقی و کشورهای جهان سوم.^{۲۴} برخی دیگر نیز گفته‌اند که اگر قرارداد ناظر به مبادله کالا با کالا^{۲۵} یا کالا با خدمات^{۲۶} باشد از نظر حقوقی، یک معامله تهاتری به شمار می‌آید نه قرارداد فروش.^{۲۷} نکته‌ای که در اینجا شایان ذکر است اینکه برخی از استادان اصطلاح «مبادله تهاتری» را در فارسی در مقابل واژه انگلیسی (Counter Trade Contracts) که حقوقدانان آن را به «تجارت متقابل» ترجمه نموده‌اند، قرار داده‌اند.^{۲۸} ایشان قراردادهای تهاتری موضوع این بند را که (Barter Contracts) می‌باشد، به واژه «معاوضه» برگردانده و گفته‌اند کاربرد متداول این معامله در جایی است که خریدار در مقابل ماشین‌آلات و یا کالاهای صنعتی ساخته شده، محصولات کشاورزی یا مواد اولیه تحویل می‌دهد.^{۲۹} اما به‌نظر می‌رسد که واژه معاوضه برای این گونه قراردادها مناسب نباشد، چرا که ممکن است با قرارداد معاوضه قانون مدنی اشتباه گرفته شود و در مورد واژه مبادله تهاتری که این

22. Ruben Berrios and Josephine E. Olson, *op.cit*, p. 2

(www.pitt.edu/~ibcmod/journal/articles/peru.htm).

23. *Ibid*, p. 2.

۲۴. اصغرزاده، عبدالله، «آشنایی با تجارت متقابل»، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی اردیبهشت، ۱۳۷۴، چاپ اول، ص ۶.

25. Exchange of goods for goods.

26. Exchange of goods for Services.

۲۷. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۴۲.

۲۸. نصیری، دکتر مرتضی، «حقوق چند ملیتی»، نشر دانش امروز وابسته به انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، تهران ۱۳۷۰، ص ۲۰۲.

۲۹. منبع پیشین، ص ۲۰۶.

حقوقدانان در مقابل واژه (Counter Trade Contracts) به کار برده‌اند، برخی دیگر از حقوقدانان^{۳۰} گفته‌اند که اصطلاح تهاتر (Barter) با ماهیت حقوقی توافقی طرفین درباره تمام انواع تجارت متقابل سازگاری ندارد. گاهی، «قراردادهای تهاتری»^{۳۱} به عنوان یک «قرارداد جبرانی»^{۳۲} نامیده شده‌اند؛ زیرا تحویل کالاها توسط یکی از طرفین، جبران تحویل کالاها از سوی طرف دیگر است. اگر یکی از طرفین در تحویل موضوع تعهدش مطابق با قرارداد کوتاهی کند، این امر می‌تواند دلیلی برای عدم اجرای تعهد از سوی طرف دیگر شود.^{۳۳} حقوقدانان معمولاً قراردادهای تهاتری را به قرارداد تهاتری واقعی (ساده) و تهاتری بهادار^{۳۴} تقسیم می‌کنند؛ که برای پیشگیری از اطاله کلام از شرح آنها خودداری می‌شود.

ب) قراردادهای خرید متقابل (Counter Purchase Contracts)

در خرید متقابل فروشنده و خریدار یک معامله اولیه، توافق می‌نمایند که فروشنده متعاقباً محصولاتی را از خریدار (یا شخص ثالثی در کشور خریدار) خریداری نماید (یا وسیله انجام خرید به وسیله شخص ثالثی شود). در این قالب بهای هر دو جریان محصولات - یعنی محصولات فروخته شده تحت معامله اولیه از یک سو و محصولات فروخته شده تحت (قرارداد) خرید متقابل از سوی دیگر - به پول پرداخت می‌شود و ارزش محصولات خریداری شده تحت قرارداد خرید متقابل می‌تواند کمتر، مساوی یا بیشتر از ارزش محصولات فروخته شده در معامله اولیه باشد.^{۳۵}

قراردادهای خرید متقابل به موجب دو قرارداد جداگانه که با یک پروتکل به یکدیگر مربوط می‌شوند، انجام می‌شود. قرارداد نخست مانند قراردادهای نقدی بین‌المللی است و چندان تفاوتی با آن ندارد. اما قرارداد دوم کمی وسیع‌تر و پیچیده‌تر است. اگرچه قرارداد دوم در واقع خرید کالاهای مشخصی با قیمت معینی می‌باشد اما معمولاً به جای اسامی کالا، لیستی از کالاهای صادراتی و قابل ارائه و به جای قیمت ثابت و معین، فرمول و معیار قیمت‌گذاری را مشخص می‌کنند. در تجارت بین شرق و غرب عموماً کارگزار سفارشات متقابل، سازمانهای تجارت خارجی می‌باشند. در بسیاری موارد نیز اتفاق می‌افتد که کالا از سازمان تجاری دیگری در همان کشور به صورت متقابل خرید می‌شود.^{۳۶}

در قرارداد «خرید متقابل» نیازی نیست کالایی که برطبق معامله دومی (خرید متقابل) به فروش می‌رسد با کالایی که در معامله اولیه به فروش رسیده است، ارتباطی داشته باشد، اما در معامله

۳۰. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۵۰.

31. Barter Contracts.

32. Compensation Contract.

۳۳. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۵۰.

34. Valued Barter.

۳۵. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای نمونه در تجارت بین‌الملل»، منبع پیشین، صص ۱۱ و ۱۲.

۳۶. لئو. جی. بی. ولت، منبع پیشین، ص ۴۵.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

بیع متقابل فروشنده ماشین‌آلات و تجهیزات و تکنولوژی تعهد می‌کند که از خریدار محصولات را که به‌وسیله این ابزار تولید شده است، خریداری نماید. پیش از این گفته شد که قراردادهای خرید متقابل، از دو قرارداد جداگانه تشکیل می‌شود که قرارداد سومی یا پروتکلی این دو قرارداد را به هم ربط می‌دهد. در زیر مهمترین ویژگی‌های خاص این پروتکل یا قرارداد سوم را بررسی می‌نماییم:

۱- معمولاً درصدی از کل قیمت قرارداد فروش، موضوع معامله خرید متقابل قرار می‌گیرد که این رقم اصولاً معادل کل مبلغ قرارداد منهای پیش پرداخت است.

۲- هرگاه طرفین راجع به نوع کالایی که قرار است موضوع خرید متقابل باشد در موقع امضای قرارداد اولی نتوانند به توافق برسند، می‌توان لیستی از کالاها را به‌عنوان موضوع قرارداد خرید متقابل در نظر گرفت. در اینجا درصدی از انواع موضوع خرید متقابل مورد تعهد قرار می‌گیرد و خریدار اصلی اختیار دارد که کاهش تحویل یک نوع کالا را از محل تحویل کالای دیگر جبران کند. در این قرارداد معمولاً فروشنده درخواست می‌کند که شرط مشتری ممتاز در قرارداد خرید متقابل درج شود که در واقع خریدار اصلی ناگزیر خواهد شد کالاهای تهاتری را به ارزان‌ترین قیمت ممکن به فروشنده اصلی واگذار کند.

۳- ارز - طرفین باید در قرارداد خرید متقابل در مورد ارزی که بهای محصولات خرید متقابل براساس آن اعلام و پرداخت خواهد شد به توافق برسند.^{۳۷} اگر ارزی که بهای محصولات براساس آن پرداخت می‌شود غیر از ارزی باشد که محصولات براساس آن قیمت‌گذاری شده است، طرفین باید در مورد روشی هم که براساس آن ارز مورد استفاده در قیمت‌گذاری به ارز مورد استفاده جهت پرداخت تبدیل شود، توافق کنند.^{۳۸}

۴- در قرارداد خرید متقابل نباید به‌طرف خارجی اجازه داده شود که کالای خریداری شده را در بازارهای سنتی کشور عرضه کند. به‌عنوان مثال بازار سنتی خاویار ایران در اروپاست، بنابراین، به مصلحت است که در قرارداد خرید متقابل خاویار، بازار اروپای غربی استثناء شود.^{۳۹}

۵- ضمانت‌نامه اجرای تعهد^{۴۰} - هرچند موافقت‌نامه‌های فروش متقابل از یکدیگر جدا هستند اما گاهی صادرکننده اصرار دارد که کالای فروش متقابل، قبل از زمانی ارسال شود که واردکننده می‌خواهد کالای خودش را ارسال کند؛ اما واردکننده خارجی نیز تا زمانی که از حصول پول خود مطمئن نباشد تمایلی به ارسال کالاها ندارد. در این جاست که فروشنده متقابل خارجی (واردکننده)

^{۳۷} در مورد پول محاسبه (money of account) و پول پرداخت (money of payment) مراجعه شود به داراب پور، دکتر مهربان، «جنبه‌هایی از حقوق بازرگانی» بخش انگلیسی، ۱۳۷۴ ه.ش، ص. ۹۴.
^{۳۸} کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، قراردادهای بین‌المللی خرید متقابل، منبع پیشین، ج. ۱، ص. ۲۲۰.
^{۳۹} نصیری، دکتر مرتضی، منبع پیشین، صص ۲۱۰ و ۲۱۱.

40. Performance Guarantee.

مجبور می‌شود یک ضمانت‌نامه اجرای تعهد معمولاً با افتتاح یک حساب امانی^{۴۱} در نزد یک بانک فراهم کند. بر این اساس بانک تعهد می‌کند پول را فقط زمانی بپردازد که شرایط معین و مشخصی محقق شده باشد، مثلاً هنگامی که خریدار متقابل،^{۴۲} قیمت خرید کالاهای متقابل خریداری شده را به حساب امانی ریخته و بانک نیز به محض حصول آگاهی از ارسال کالاهای فروش متقابل، مبلغ حساب را به نفع فروشنده متقابل یا بانک مربوط وی آزاد کرده باشد.

ع- در قرارداد خرید متقابل این شرط گنجانده می‌شود که فروشنده اولیه می‌تواند تعهد خرید خود را به شخص (حقیقی یا حقوقی) دیگری نیز منتقل نماید. این ویژگی یکی از وجوه تمایزی است که میان قراردادهای خرید متقابل و قراردادهای تهاتری وجود دارد؛ زیرا در قراردادهای تهاتری انتقال تعهد دریافت متقابل کالا به شخص ثالث امکان‌پذیر نیست. معاملات خرید متقابل خود انواعی به شرح زیر دارد:

اول - معاملات موازی^{۴۳}

معاملات موازی از انواع متداول خرید متقابل است که استقلال قراردادهای خرید از یکدیگر از شرایط اصلی آن به شمار می‌آید و بر این اساس در این نوع معاملات، در برخی کشورها امکان استفاده از مزایای «صندوق ضمانت اعتبار صادراتی»^{۴۴} و سایر امکانات بیمه‌ای و «تأمین منابع مالی»^{۴۵} وجود دارد و به همین دلیل از دیدگاه یک کشور صنعتی نوع کاملتری از معاملات جبرانی است.^{۴۶}

دوم - معاملات به هم پیوسته^{۴۷}

این روش برخلاف روش پیشین است. این نوع فروش صادراتی، مشروط به انعقاد، یا در صورت امکان، اجرای تعهدات فروش متقابل توسط فروشنده صادراتی است.^{۴۸} اما این روش مزایای روش پیشین را ندارد. به این معاملات به هم پیوسته، خریدهای مقدم، معاملات مرتبط و پیش جبران نیز گفته می‌شود. اخیراً از این سیستم، که در آن تحویل کالاهای خرید متقابل مقدم بر تحویل کالاهایی است که به اروپا صادر می‌شود، به‌طور فزاینده‌ای استفاده شده است. به‌عنوان یک قاعده،

41. Escrow Account.

۴۲. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، صص ۲۴۹ و ۲۵۰.

43. Parallel Deals.

44. Export Credit Guarantee Department (ECGD).

45. Financing.

۴۶. اصغرزاده، عبدالله، منبع پیشین، ص ۱۶.

47. Linked Deals (Junction).

۴۸. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، صص ۲۴۷ و ۲۴۸.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

طرفین با این توافق شروع می‌کنند که برای تمام خریدهای شرکت غربی از اروپای شرقی، از جمله خریدهایی که با فروشها مرتبط نمی‌شود، می‌توان اعتباری در نظر گرفت که در مقابل تحویل‌های بعدی تسویه شود.^{۴۹} در این روش واردکننده‌ای در کشور «الف» کالاهای کشور «ب» را خریداری می‌کند و تأییدیه‌ای مبنی بر اینکه واردات به‌منظور تأمین بهای صادرات کالا در آینده از کشور «الف» به کشور «ب» صورت می‌گیرد، دریافت می‌نماید. واردکننده اولیه در ازای دریافت مبلغی، می‌تواند تأییدیه مزبور را به یک صادرکننده با تعهدات متقابل بفروشد.^{۵۰} ملاحظه می‌شود که در این نوع قراردادهای نیز، قرارداد و توافق طرفین است که حرف اول در تعهدات طرفین را می‌زند و عرف و قانون در درجه دوم از اهمیت قرار دارند. حتی قوانین نمونه‌ای هم که در مورد این‌گونه موارد تنظیم می‌شود صرفاً راهنما و راهگشای طرفین قرارداد بوده و الزام‌آور نمی‌باشد. و اصل آزادی قراردادهای نقش حیاتی و اساسی را بازی می‌کند.

پ) معاملات افست (Offset)

کلمه افست در معنای لغوی معادل جبران، متعادل و خنثی کردن است، و در برخی از کتابهای معاملات افست که در واقع شکلی از تجارت متقابل است، به معاملات تعادلی نیز ترجمه شده که عبارتست از:^{۵۱}

«توافقی که برطبق آن، صادرکننده تجهیزات (غالباً هواپیمایی و نظامی) تعهد می‌نماید تا قطعات مورد استفاده در این تجهیزات یا محصولات دیگر را از کشور واردکننده خریداری نموده یا موجبات خریداری آنها را فراهم نماید». این معاملات به دو دسته تقسیم می‌شوند: افست مستقیم،^{۵۲} افست غیرمستقیم.^{۵۳}

در معاملات افست مستقیم صادرکننده تجهیزات یا تکنولوژی متعهد می‌شود قطعاتی را که در ساخت این تجهیزات یا تکنولوژی به کار می‌رود، از کشور واردکننده خریداری نماید. این قطعات ممکن است با همکاری فنی صادرکننده یا به‌طور مستقل در کشور واردکننده ساخته شود. به این ترتیب در این روش فعالیت تعهد شده به محصولات فروخته شده ارتباط دارد. در معاملات افست غیرمستقیم صادرکننده تجهیزات، هرگونه محصولاتی را که در کشور واردکننده

۴۹. اصغرزاده، عبدالله، منبع پیشین، ص ۱۷.

۵۰. زینال‌زاده، ایرج؛ ابراهیمی، محسن؛ محمدی، ابوالفضل؛ مجموعه قوانین، مصوبات و مقررات درباره خرید متقابل، چاپ اول، نشر قانون، ۱۳۷۵، صص ۴۸ و ۴۹. همچنین ر.ک. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای بین‌المللی خرید متقابل»، منبع پیشین، ص ۱۷ به بعد و اصغرزاده، عبدالله، منبع پیشین، ص ۱۷.

۵۱. اصغرزاده، عبدالله، منبع پیشین، صص ۱۸ و ۱۹ و نیز ر.ک. کلابو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، صص ۲۵۲ و ۲۵۳.

52. Direct Offset.

53. Indirect Offset.

برای صادرات اختصاص یافته است، خریداری می‌نماید یا موجبات خرید این محصولات را فراهم می‌کند. به بیان دیگر در این نوع معامله ارتباطی بین محصولات و تکنولوژی و کالای فروخته شده وجود ندارد.^{۵۴} توافق‌های تعادلی از ویژگی‌های تثبیت شده در فروش محصولات دارای تکنولوژی پیشرفته، مانند سیستم‌های دفاعی و هواپیماها هستند.^{۵۵} معاملات افسست به روشهای ذیل انجام می‌شود:

۱- تولید تحت الامتیاز (لیسانس)^{۵۶}

در این نوع معامله، اجازه ساخت و تولید تجهیزات یا قطعات به شرکتهای داخلی کشور واردکننده اعطا می‌شود و محصولات تولیدی از این شرکتها، ممکن است:

- در تجهیزاتی که قرار است به کشور واردکننده فروخته شود به کار می‌رود؛
- به وسیله گیرنده حق الامتیاز خریداری شود؛
- به شخص ثالثی فروخته شود.

۲- تولید مشترک^{۵۷}

معامله در قالب تولید مشترک می‌تواند به شکل یک موافقت‌نامه ساده میان صادرکننده و یک شرکت واقع در کشور خریدار یا سرمایه‌گذاری مشترک میان آن دو صورت پذیرد.

۳- تولید به وسیله پیمانکاران فرعی^{۵۸}

منظور قراردادهایی است که با شرکتهای متعدد واقع در کشور خریدار برای ساخت یا مونتاژ کالا منعقد می‌شود.

۴- ایجاد زیرساختهای محلی^{۵۹}

در این روش ممکن است از صادرکننده درخواست شود که تأسیسات محلی نظیر مدارس کارآموزی، مؤسسات تحقیقاتی یا دفاتر فروش منطقه‌ای و مانند آنها را در کشور خریدار بر پا سازد.^{۶۰}

۵۴. اصغرزاده، عبدالله، منبع پیشین، صص ۱۸ و ۱۹.

۵۵. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ص ۲۵۲.

56. License Production.

57. Co- Production.

58. Subcontractor Production.

59. Local infrastructure.

۶۰. اصغرزاده، عبدالله، منبع پیشین، صص ۱۹ و ۲۰.

در همه انواع این قراردادها، تعهدات و تکالیف طرفین براساس توافق و اراده طرفین و ملاحظه سود و زیان آنهاست. قالب‌های مختلف قرارداد، برای به‌منصه ظهور رساندن، اهداف اقتصادی متعاقبین است.

ت) معاملات بای بک (Buy- Back Contracts)

برخی از حقوقدانان ایرانی این نوع قرارداد را به «تهاتر تولیدی»^{۶۱} و برخی دیگر، به «توافق بازخرید محصول»^{۶۲} ترجمه کرده‌اند اما در متون قانونی، این قرارداد به‌عنوان «بیع متقابل» شناخته شده است.

برخی گفته‌اند که تهاتر تولیدی معامله طویل‌مدتی است که به‌موجب آن یک کارخانه کامل با تجهیزات و تکنولوژی، نصب و فروخته می‌شود و خریدار در مقابل، تعهد می‌کند که بهای کارخانه را به‌صورت تولیدات حاصله در اختیار فروشنده قرار دهد.

تعهد واقعی فروشنده در این معامله تهاتری این است که محصولات را در بازار بین‌المللی به قیمت مناسب بفروشد و از عایدات حاصله طلب خود را استیفا کند.^{۶۳} از آنجا که بیع متقابل دربرگیرنده دو قرارداد اصلی می‌باشد، کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا این قرارداد را به این شکل تعریف نموده است:

«در این قرارداد موضوع قرارداد اولیه، ماشین‌آلات، تجهیزات، امکانات، دانش و یا همکاری فنی است که برای تامین امکانات تولید به خریدار ارائه خواهد گردید، طرفین توافق می‌کنند که فروشنده در پایان، محصولات تولید شده، به‌وسیله امکانات تولیدی را از خریدار اولیه خریداری نماید»^{۶۴}.

در مجموع می‌توان مشخصات و ویژگی‌های ذیل را برای قراردادهای بیع متقابل برشمرد:

۱- دو قرارداد مجزا

این قرارداد، از دو قرارداد اصلی تشکیل می‌شود. در قرارداد نخست، فروشنده یا صادرکننده، متعهد می‌شود که امکانات تولید (کارخانه، معادن و ...) را فراهم کرده و در قبال آن بهای فروش تجهیزات و کارخانه و تکنولوژی را به‌صورت بخشی از محصولات همان کارخانه و امکانات سرمایه‌گذاری شده، دریافت دارد، در واقع قرارداد دوم، قرارداد بازخرید محصول ناشی از همان امکانات

۶۱. نصیری، دکتر مرتضی، «حقوق چند ملیتی»، انتشارات امیر کبیر، تهران ۱۳۷۰، ص ۲۱۳.

۶۲. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، ص ۲۵۱.

۶۳. نصیری، دکتر مرتضی، منبع پیشین، ص ۲۱۳ به بعد.

64. w.w.w. jurisint. org. (International Buy – Back Contracts).

و تکنولوژی می‌باشد. این دو قرارداد به وسیله، یک پروتکل به هم مرتبط می‌شوند.^{۶۵}

۲- ارتباط بین کالاها و تجهیزات و وسایل صادراتی با کالاهای بازخرید شده^{۶۶}

چنانچه موضوع بیع متقابل توسعه، استخراج و بهره‌برداری از یک میدان نفت و گاز باشد، نفت و گازی که بعداً بر اثر فرآیند توسعه و استخراج و تصفیه به دست می‌آید، از سوی صادرکننده اصلی بازخرید می‌شود. اگر در بیع متقابل موافقت شود تا متقابلاً کالاهایی خریداری شود که با صادرات کالاها و خدمات اصلی ارتباط تولیدی نداشته باشد، در این صورت قرارداد موجود، در واقع قرارداد خرید متقابل است نه بیع متقابل.^{۶۷}

۳- بلندمدت بودن قرارداد

این نوع قراردادها در واقع از جمله قراردادهای بلند مدتی^{۶۸} به شمار می‌آیند که دوره مؤثر آنها می‌تواند از ۵ تا ۲۰ سال باشد.^{۶۹} به عنوان مثال یک میدان نفتی معمولاً تا به مرحله تولید تجاری برسد مدت زمانی بالغ بر ۴ تا ۵ سال زمان نیاز دارد. بنابراین مدت زمانی که برای ساخت پروژه باید صرف شود و مدت زمانی که پروژه باید مورد بهره‌برداری قرارگیرد (تا از طریق بازخرید محصولات، هزینه‌های صورت گرفته مستهلک شود) موجب می‌شود تا اجرای کامل یک قرارداد بیع متقابل سالها به طول انجامد.^{۷۰}

۴- سنگین بودن حجم عوضین قراردادهای بیع متقابل

منظور از سنگین بودن حجم عوضین قراردادهای بیع متقابل این است که این قرارداد در پروژه‌های عظیم و پربها و گران قیمت مورد استفاده قرار می‌گیرد. به عنوان مثال کشور چین در ۲۰ سال اخیر قراردادهای بیع متقابل زیادی را در صنایع مختلف منعقد نموده است و همچنین بیع متقابل با توجه به تجربه کشورهای آسیایی موسوم به «بیرهای آسیایی» یعنی کشورهای تایلند، کره جنوبی و فیلیپین در صنعت خودروسازی بسیار مناسب است. دولتهای این کشورها با اتخاذ سیاستهای مناسب در صنعت خودروسازی و سایر صنایع توانسته‌اند که غولهای بزرگ اقتصادی مانند دوو و سامسونگ را

65. Tamara Milenković- kerković, *op. cit.*, p.p.166,170.

66. www.jurisint.org (International Buy- Back Contracts).

67. شیروی، دکتر عبدالحسین، «انواع روش‌های قراردادی تجارت متقابل»، نشریه اندیشه‌های حقوقی، سال دوم، ش ۷، پاییز وزمستان ۱۳۸۳، ص ۲۱۰.

68. Long-Term.

69. Tamara Milenkovic – Kerkovic, *op. cit.* p. 268.

70. شیروی، دکتر عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۱۹.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖

به وجود آورند.^{۷۱} قراردادهای بیع متقابل که در ارتباط با توسعه میادین نفت و گاز بین ایران و شرکتهای خارجی منعقد شده است، نشان می‌دهد که این پروژه‌ها عظیم بوده و مبالغ آن از صدها میلیون دلار فراتر رفته است.^{۷۲} به‌عنوان مثال در تبصره ۱۱ بند «د» از قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور (مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۲۵) در مورد طرح‌های توسعه میادین نفت و گاز آمده است: «تا سقف دو میلیارد و هشتصد و پنجاه میلیون (۲/۸۵۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار اعتبار مورد نیاز ... به‌صورت فایناس و یا بیع متقابل خواهد بود». این رقم کلان نشان‌دهنده پربها و سنگین بودن عوضین این قراردادهاست.

بند دوم) بررسی بیع متقابل در فقه و مقایسه آن با برخی تأسیسات حقوقی داخلی و خارجی

الف) بیع متقابل از دیدگاه فقه

در فقه هیچ‌گاه در مورد قراردادهایی که در زمان کنونی در تجارت بین‌الملل مرسوم می‌باشد، سخنی به‌میان نیامده است. فقها بیشتر در مورد عقود معین (مانند بیع، اجاره، مضاربه و ...) به‌شرح و تفصیل پرداخته‌اند و در برخی از کتابهای فقهی متأخر (مانند مکاسب شیخ اعظم انصاری) مباحثی که امروزه به قواعد عمومی قراردادها مشهورند، آمده است. بنابراین، باید دید که مبانی فقهی اجازه انعقاد چنین قراردادهایی را داده است یا خیر؟ به دیگر سخن، آیا قراردادهای بیع متقابل به شکلی که در حقوق ایران در صنعت نفت و گاز رایج است از نظر فقهی قابل پذیرش است؟ در همین راستا موارد زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱- عدم طرح قراردادهای بیع متقابل و شبه آن در فقه

در بیشتر قراردادهایی که در گذشته مرسوم بود، اطراف قرارداد دو نفر بودند به‌عنوان مثال یک بایع و یک مشتری وجود داشتند و ثمن و مبیع نیز از پیچیدگی و غموض خاصی برخوردار نبود، این مسئله به اقتضای زندگی ساده و معمولی گذشته که روابط انسانها و کشورهای مختلف افزایش نیافته، جوابگوی نیازهای مردم و جامعه بود.

در تعریف بیع در فقه آمده است:^{۷۳} «انشاء تملیک عین بمال» که با دقت نظر در این تعریف به‌نظر می‌رسد که قراردادهای بیع متقابل را نتوان با هیچ‌یک از عقود معین فقهی توجیه کرد. چه آنکه این قراردادها، از پیچیدگی‌ها و ظرافت‌های خاصی برخوردارند که در هیچ‌یک از عقود معین دیده نشده است و دیگر آنکه همان‌طور که توضیح داده‌ایم این قرارداد، دو قرارداد مجزا و جدا از هم می‌باشد یعنی

71. Tamara Milenkovic – Kerkovic, *op. cit.*, p. 267.

72. شیروی، دکتر عبدالحسین، منبع پیشین، صص ۲۰-۱۹.

73. انصاری، شیخ مرتضی، «کتاب‌المکاسب»، ج ۳، ص ۱۱، ناشر مجمع الفکر الاسلامی، چاپ هفتم، قم ۱۴۲۵ ه.ق./۱۳۸۰.

در ظاهر یک قرارداد اما هنگامی که مورد کالبد شکافی قرار می‌گیرد، دو قرارداد کاملاً جدا از یکدیگر می‌باشند که هر کدام دارای پیچیدگی‌ها و نکات مهمی می‌باشد که در عقود معین (مانند جعاله، بیع و ...) یافت نمی‌شود و همان‌طور که ملاحظه گردید طرفین تعهدات بسیاری را در این قرارداد مرکب برعهده گرفته‌اند.

اکنون دانسته شد که جستجوی قراردادهای بیع متقابل در فقه و یافتن عقدی که بتوان آن را شبیه این قراردادها دانست، ساده‌اندیشی و عدم تدقیق در موضوع می‌باشد. البته بدیهی است که صرف تراضی طرفین، توجیه‌کننده و مجوز مشروعیت این قراردادها می‌باشد که شارع مقدس نیز همین امر را پذیرفته است و در آینده توضیحات و نظرات گوناگون فقها را در این زمینه بررسی خواهیم نمود.

۲- تراضی طرفین توجیه‌کننده قراردادهای بیع متقابل

در فقه برخی از فقهاء همانند میرزای قمی صاحب جامع الشتات^{۷۴} عقود را توقیفی (متوقف بر نص شارع) می‌دانند بدین معنا که تنها عقودی لازم‌الوفاء و مشروع هستند که شارع آنها را تنفیذ نموده باشد. به عقیده این گروه تنها عقود معین (مانند بیع، اجاره و ...) لازم‌الوفاء می‌باشند و هر عقدی که در قالبی غیر از این عقود، منعقد شود هر چند مورد نیاز جامعه و ضروری باشد، مشروع و لازم‌الوفاء نمی‌باشد. این دسته از فقهاء آیه شریفه «وفوا بالعقود»^{۷۵} را ناظر به عقود زمان شارع می‌دانند.

اما در زمان کنونی، فقها عقیده دارند که عموم و اطلاقاتی مانند آیه «وفوا بالعقود» یا آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض»^{۷۶} یا حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» ناظر به همه قراردادها، چه عقود معین و چه عقودی که بنا به نیاز مسلمین به وجود آمده، می‌باشند. به بیان دیگر تنها تراضی طرفین را حتی اگر در قالب هیچ عقدی از عقود معین (مانند اجاره، بیع و ...) نباشد، به شرطی که خلاف کتاب و سنت نباشد، کافی می‌دانند و به صرف اینکه عقد سابقه‌ای در شرع نداشته آن را باطل نمی‌دانند.

امام خمینی در کتاب البیع پس از ذکر اقوال مختلف علماء در مورد «العقود» در آیه «وفوا بالعقود» می‌فرماید:^{۷۷} «... ثم ان الاظهر من بین الاحتمالات و الابعاد من مخالفه الظاهر، هو ان

۷۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن الحسن الجیلانی، «جامع الشتات»، ج ۲، چاپ موسسه کیهان، بهار ۱۳۷۱، ص ۴۱. بعضی از حقوقدانان ایشان (میرزای قمی) را از عداد مخالفین اصل آزادی قراردادها برشمرده‌اند و حال آنکه این فقیه نامدار از نظریه قبلی خویش عدول کرده است. ایشان پس از ذکر نظر سابق خود می‌گوید «و من جمیع ما ذکرنا ظهیر ان حمل الایه علی جمیع العقود الموثقه اولی، سواء کان من العقود المخترعه بین العباد و سواء کان من العقود المتداوله فی الفقه و غیرها.» بنابراین مرحوم میرزای قمی را باید از زمره کسانی دانست که معتقد به اصل آزادی قراردادها هستند. به نقل از: حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشارات کیهان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۷۳، پاورقی ص ۴۹.

۷۵. سوره مائده آیه ۱.

۷۶. سوره نساء آیه ۲۹.

۷۷. خمینی، امام روح الله، «کتاب البیع»، ج ۴، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بهار ۱۳۷۹، ص ۲۷.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

العقود» استعبرت لمطلق العقود المعاملية و العهديه، كعقد البيع و التعهدات المتداوله بين الدول او الاشخاص.....»

«بدین معنا که از روشن ترین احتمالات موجود و نزدیکترین اقوال به ظاهر آیه این است که «عقود» به معنای مطلق عقود معاملیه و عهده می باشد، مانند عقد بیع و تعهدات رایج بین دولتها یا اشخاص.»

لذا نظریه «عقود» به معنای همه عقود و تعهدات رایج بین اشخاص و حتی دولتها می باشد و مختص عقود معینه زمان شارع نمی باشد. و تراضی طرفین برای مشروعیت عقد کافی است. البته به شرطی که تراضی مخالف با کتاب و سنت نباشد.

آیه الله سید ابوالقاسم خویی (ره) در کتاب مصباح الفقاهه فی المعاملات^{۷۸} بر این نکته عقیده دارند که:

فمفاد الایه: «انه یجب الوفاء بكل ما صدق علیه عنوان العقد عرفاً» بدین معنا که مفهوم آیه وفای به عهد این است که هر تراضی که در عرف صدق عنوان عقد را داشته باشد، لازم الوفاء می باشد. به دیگر سخن عموم این آیه، همه قراردادهای معین و غیرمعین را در برمی گیرد و بنابراین هر تراضی که عرفاً اطلاق «عقد» یا «قرارداد» بر آن ممکن باشد و مخالفتی با احکام شرع نداشته باشد صحیح و لازم الوفاست و تحت این عموم قرار می گیرد.

با وصف آنچه گفته شد، می توان نتیجه گرفت که در قراردادهای بیع متقابل، که از قراردادهای نامعین می باشد، تراضی طرفین برای لزوم و صحت این قراردادها کافی است؛ چرا که برای هر یک از طرفین این قرارداد، همان طور که گفتیم تعهداتی به وجود می آید و عرف نیز به این تعهدات طرفینی «عقد» می گوید؛ فلذا تحت عموم آیه «وفوا بالعقود» قرار می گیرد و لازم الوفاء و مشروع می باشد.

ب) تأسیسات حقوقی داخلی

۱- بیع

قبلاً اشاره گردید که یکی از ویژگی های عقد بیع تملیکی بودن آن است ولی همان طور که ملاحظه گردید در بیع متقابل تملیک به صورتی که در بیع مطرح است صورت نمی گیرد و تنها تعهداتی برای طرفین ایجاد می شود. نکته دیگر اینکه اگر دو نفر کالایی را با پول مبادله کنند دادگاه در مقام فصل خصومت باید آن را خرید و فروش بداند، هر چند دو طرف آن را «معاوضه» نامیده

۷۸. خویی، آیه الله العظمی سید ابوالقاسم، «مصباح الفقاهه فی المعاملات»، تقریر میرزا محمد علی توحیدی، ج ۳، دارالهادی، بیروت، چاپ اول، ص ۹۵.

باشند.^{۷۹} اما در قالب یک قرارداد بیع متقابل هیچ‌گونه پرداخت نقدی وجود نخواهد داشت و بازپرداخت هزینه‌ها و سود، از عواید حاصل از فروش نفت یا گاز خواهد بود.^{۸۰} براساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران «بیع عبارت است از از تملیک عین به عوض معلوم» اما در بیع متقابل علاوه بر فروش تجهیزات، بحث انتقال تکنولوژی مفهوم بیع را که مختص عین است از بیع متقابل متمایز می‌گرداند. (با دقت نظر) در قرارداد نمونه بیع متقابل کمیسیون اقتصادی اروپا به‌خوبی عهده‌ی بودن این نوع قرارداد فهمیده می‌شود،^{۸۱} به متن این ماده توجه فرمایید:

Article 1- The Buy- Back Commitment

1,1. Alpha hereby agrees to buy (or cause the purchase) from Beta, under the terms and conditions set forth in this contract , products manufactured by Beta using the equipment / the thechnology sold by Alpha , and take delivery of the said products.

1,2. Beta hereby agrees to sell to Alpha (or to his assignee (as defined below in Article 6)), under the terms and conditions set forth in this contract, such products, and to accept the purchase by Alpha of such products as Buy-Back within the framework of this contract.

به عبارت فارسی:

ماده ۱- تعهد خرید متقابل

۱-۱- بدین وسیله آلفا موافقت میکند که محصولات را که بتا به‌موجب شروط این قرارداد به‌وسیله استفاده از وسایل و تکنولوژی فروخته شده توسط آلفا تولید کرده است از بتا بخرد (یا سبب خرید را به‌وجود آورد) و همچنین محصولات مذکور را تحویل بگیرد.
۱-۲- بدین وسیله بتا موافقت می‌کند که طبق شرایط و مقررات مذکور در قرارداد، محصولات مذکور را به آلفا (یا قائم مقام وی که در ماده ۶ از آن تعریف شده) بفروشد و با خرید محصولات از آلفا به‌عنوان بیع متقابل در چارچوب این قرارداد موافقت نماید.

ملاحظه می‌شود که در این راستا اصولاً بحث انتقال مالکیت، مورد توجه منعقدکنندگان این‌گونه قراردادها در بدو امر نمی‌باشد. یکی دیگر از تفاوت‌های بیع متقابل با بیع قانون مدنی آن است

۷۹. کاتوزیان، دکتر ناصر، «عقود معین»، ج ۱، ص ۱۲۰.

80. Dr. Christian Ule & Dr. Alexander Brexendorff, *op. cit.* p. 23.

۸۱. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، «قراردادهای نمونه در تجارت بین‌الملل»، ج ۳، ترجمه حمیدرضا اشرف‌زاده، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، تیر ماه ۱۳۷۲.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی ... ❖

که در عقد بیع لازم نیست که ثمن و مبیع با یکدیگر سختیت داشته باشند، یعنی یکی محصول و نتیجه دیگری باشد اما در بیع متقابل یکی از شروط الزامی و اصلی که ماهیت این قرارداد را تشکیل می‌دهد غالباً این است که همان محصولی که از سرمایه‌گذاری پیمانکار (سرمایه‌گذار خارجی) به دست می‌آید به خود او فروخته می‌شود.

در تبصره ۳ ذیل ماده ۸ آئین نامه اجرایی نحوه قراردادهای بیع متقابل موضوع بند «ج» ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۴/۰۴/۱۵ هیأت وزیران آمده است: «در این گونه قراردادها، هزینه مستقیم و غیرمستقیم اکتشافی در قالب قراردادهای منعقد شده منظور و به همراه هزینه‌های توسعه میدان تجاری کشف شده از محل فروش محصولات تولیدی همان میدان، بازپرداخت خواهد شد».

۲- معاوضه

در حقوق بیشتر کشورها «معاوضه» اختصاص به مبادله کالا به کالا دارد و «بیع» ویژه مبادله کالا با پول است.^{۸۲} عقد بیع، معاوضه تکامل یافته است بدین معنی که به جای مبادله مستقیم دو کالا در بیع پول نقش واسطه را بازی می‌کند و به‌عنوان معیار ارزشها با کالای عرضه شده مبادله می‌شود.^{۸۳} در حقوق ایران تمیز بیع و معاوضه وابسته به قصد مشترک دو طرف است؛ بدین معنی که اگر آنان خواسته باشند که دو چیز را بی‌هیچ امتیازی با هم مبادله کنند، توافق تابع قواعد معاوضه است و هرگاه چنین اراده کنند که یکی از دو عوض، مبیع و دیگری ثمن و بهای آن به شمار آید قراردادی که بسته می‌شود بیع است.^{۸۴} قانون مدنی در ماده ۴۶۴ معاوضه را این‌گونه تعریف کرده است: «معاوضه عقدی است که به‌موجب آن یکی از طرفین، مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف اخذ می‌کند بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد».

بنابراین اوصاف عقد معاوضه به‌شرح زیر است:

- ۱- معاوضه از عقود معوض است؛^{۸۵} زیرا در آن دو موضوع متقابل وجود دارد که با هم مبادله می‌شود و هریک از آن دو، عوض دیگری قرار می‌گیرد.
- ۲- معاوضه از عقود لازم است؛ چون نه تنها قانونگذار به جایز بودن آن اشاره نکرده است، بلکه شباهت زیاد آن با بیع نیز اصل لزوم قراردادها را در این باره تأیید می‌کند.
- ۳- معاوضه از عقود تملیکی است؛ در اثر معاوضه هریک از دو طرف، مالی را که داشته از دست

۸۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، «دوره عقود معین» ج ۱، ص ۱۳۰.

۸۳. منبع پیشین، ص ۳۳۷.

۸۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص ۱۴۰.

۸۵. منبع پیشین، صص ۳۴۰ و ۳۴۱.

می‌دهد و در برابر آن مالک مالی می‌شود که طرف دیگر به معامله گذارده است. با دقت نظر در اوصاف معاوضه، به‌طور کلی می‌توان گفت که قرارداد بیع متقابل از عقود عهدی و متمایز از معاوضه می‌باشد چرا که به‌موجب آن برای طرفین، تعهدات و حقوقی متقابل به‌وجود می‌آید و در حین توافق مالکیتی ایجاد نمی‌شود.

از انطباق این مفاهیم و تعاریف با بیع متقابل درمی‌یابیم که در بیع متقابل از نظر حقوقی فروشنده در قبال واگذاری حق مالکیت مشروط کارخانه، تجهیزات، تکنولوژی و ...، تمام یا قسمتی از عوائد محصول تولیدی به‌وسیله همین تجهیزات و تسهیلات را طی مدت معینی برای استهلاک هزینه‌ها و سود سرمایه و حق‌الزحمه به خود اختصاص می‌دهد.

نکته دیگر اینکه در معاوضه بین دو مال ارتباطی وجود ندارد اما همان‌طور که گفتیم در بیع متقابل محصولاتی که از سرمایه‌گذاری کشور سرمایه‌گذار در کشور سرمایه‌پذیر به دست می‌آید، بهای پرداختی یکی از طرفین (کشور سرمایه‌پذیر) می‌باشد یعنی قیمت خرید تجهیزات و تکنولوژی لزوماً می‌بایست محصولات تولیدی ناشی از همان سرمایه‌گذاری باشد نه مال دیگری.^{۸۶}

۳- جعاله

به‌موجب ماده ۵۶۱ قانون مدنی «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیرمعین». نسبت به ماهیت جعاله میان فقهاء از یک‌طرف و حقوقدانان از طرف دیگر اختلاف نظر وجود دارد؛ به‌طوری‌که عده‌ای اعتقاد دارند که جعاله ایقاع است و عده‌ای برعکس، آن را عقد دانسته‌اند و جالب توجه اینکه با وجود اختلاف نظر در ماهیت جعاله برخی با ساده‌انگاری کوشیده‌اند تا قرارداد بیع متقابل را با عقد «جعاله» توجیه کنند.^{۸۷}

اینک جهت تبیین موضوع و آشنایی با نظرات عده‌ای از فقهاء و حقوقدانان به بررسی این عقاید می‌پردازیم؛ صاحب مسالک می‌گوید:^{۸۸} «... و لا یفتقر إلی القبول» یعنی جعاله به قبول نیازی ندارد و صرف ایجاب برای ملزم شدن جاعل کفایت می‌نماید. بنابراین، در اینجا ایشان نظر ایقاع بودن را پذیرفته است. در جای دیگری همین فقیه جعاله را عقد می‌داند،^{۸۹} به این عبارت که «...و یجوز أن یکون العمل مجهولاً لأنه عقدٌ جائزٌ».

شهید ثانی در همین کتاب از قول فقهای پیشین خود مانند علامه حلی در تبصره المتعلمین و

86. Dr. Christian Ule & Dr. Alexander Brexendorff, *op.cit.* p. 21.

۸۷. عزیزاللهی، محمدرضا، پایان نامه دکتری با عنوان «بیع متقابل از دیدگاه فقه و حقوق»، ص ۱۶۶، مدرسه عالی شهید مطهری، سال ۸۴-۱۳۸۳.

۸۸. زیدالدین بن علی العاملی (معروف به شهید ثانی)، «مسالک الأفهام إلی التتبیح شرایع الإسلام»، ج ۱۱، ص ۱۴۹، مؤسسه‌المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق.

۸۹. شهید ثانی، «شرح لمعه»، منبع پیشین، ص ۱۵۲.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖

شیخ طوسی در مبسوط آورده است^{۹۰} که ایشان جعاله را عقد می‌دانند و قبول فعلی (و نه لفظی) را در تحقق عقد کافی می‌دانند. صاحب جواهر نظریه ایقاع بودن جعاله را پذیرفته است؛^{۹۱} بدین توضیح که در جعاله بین ایجاب و قبول مقارنه‌ای وجود ندارد. حال آنکه اگر جعاله از عقود بود، به این مقارنه نیازمند بود. ایشان قول فقهای دیگر از قبیل شهید ثانی در عقد بودن جعاله را چنین توجیه می‌نمایند که شاید منظور ایشان از به کار بردن لفظ «عقد» معنای «عهد و ایفاء به پیمان» بوده است نه عقد بودن به معنای مصطلح و روایاتی را نیز در این زمینه ذکر می‌کنند. امام خمینی (ره) و صاحب منهج نیز جعاله را ایقاع دانسته‌اند.^{۹۲}

حقوقدانان نیز با استنباط متفاوت از تعریف جعاله در قانون مدنی در ماهیت آن اختلاف نظر دارند. دکتر جعفری لنگرودی در حاشیه ماده ۵۶۱ قانون مدنی ضمن اعتقاد به خروج جعاله از قلمرو عقود برای اثبات نظر خویش به دلایل زیر استناد کرده است:

اول - از عناصر عمومی عقود این است که هر عاقد از نظر عاقد دیگر معلوم و معین باشد و حال آنکه جعاله چنین نیست.

دوم - قبول، عنصر عقود است و حال آنکه اگر عامل (در جعاله) بدون اطلاع از کار جاعل در تعیین جایزه، مال مفقود او را (مثلاً) یافته باشد استحقاق مال الجعاله را دارد.

سوم - اهلیت عاقد شرط صحت عقد است و حال آنکه در جعاله اهلیت عامل ضرورت ندارد؛ صغیر و سفیه هم اگر مال مفقود جاعل را بیابند استحقاق مال الجعاله را دارند.

چهارم - عقد باید طرف معین (یک یا چند نفر) داشته باشد؛ عقد به طرفیت عام منعقد نمی‌شود و حال آنکه جعاله به طرفیت عموم صحیح است.^{۹۳}

برعکس مرحوم دکتر شهیدی (ره) جعاله را عقد دانسته و در توجیه نظر خویش گفته‌اند: «... به نظر ما با توجه به مجموعه مقررات مربوط به جعاله، نظیر ماده ۵۶۵ قانون مدنی که برای جعاله دو طرف می‌شناسد و ماده ۵۶۶ قانون مدنی که فسخ جعاله را پیش‌بینی کرده است و فسخ وسیله انحلال یک عقد می‌باشد، همچنین با توجه به آثار و احکامی که جعاله دارد، چاره‌ای جز عقد دانستن آن

۹۰. منبع پیشین، ص ۱۵۰.

۹۱. نجفی، شیخ محمدحسن، «جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام»، ج ۳۵، صص ۱۸۹ و ۱۹۰، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۹۸۱ میلادی.

۹۲. خمینی، امام روح الله، ترجمه تحریرالوسیله، جلد دوم، ناشر، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بهار ۱۳۶۶، ص ۵۱۳ و خوبی، سید ابوالقاسم، «منه‌اج الصالحین»، ج ۲، کتاب الجعاله، ناشر مکتبه لطفی بظهران، چاپ چهارم، ۱۳۹۴ ق ۱۳۵۳ ش، ص ۱۲۷ و همچنین ر.ک. قاسم‌زاده، دکتر سید مرتضی؛ ره پیک، دکتر حسن؛ کیایی، دکتر عبدالله؛ «تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی»، انتشارات سمت، چاپ اول ۱۳۸۲، ص ۲۰۳، ذیل ماده ۵۶۱ قانون مدنی.

۹۳. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، «مجموعه محشای قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)»، انتشارات گنج دانش، چاپ اول ۱۳۷۹، صص ۳۲۵ و ۳۲۶.

نیست، هرچند که ماده ۵۶۱ در این قسمت صراحتی ندارد»^{۹۴}.

عده‌ای دیگر از حقوقدانان در نوشته‌های خود جعاله را عقد می‌دانند که به منظور پیشگیری از اطاله کلام از ذکر آنها خودداری می‌شود.^{۹۵} اکنون که نظرات مختلف فقهاء و حقوقدانان را پیرامون ماهیت جعاله دانستیم، جا دارد به این پرسش پاسخ دهیم که آیا در ماهیت قرارداد بیع متقابل نیز این چنین اختلاف نظرها از حیث عقد یا ایقاع بودن و آثار آن وجود دارد؟ و آیا می‌توان قرارداد مزبور را جعاله نامید؟ با توجه به مباحث قبلی قطعاً پاسخ منفی است؛ زیرا قراردادهای بیع متقابل همان‌طور که از عنوان آنها پیداست از دو قرارداد جداگانه و پیچیده با ظرافتهای خاص خود تشکیل گردیده‌اند و طرفین قرارداد معین (یا قابل تعیین) و معلوم و تعهدات و حقوق ایشان نیز مشخص می‌باشد و موارد ابهامی نیز وجود ندارد تا این قراردادها را به «جعاله» که بیش از یک التزام ساده و معمولی نیست، تشبیه کنیم؛ بنابراین، قراردادهای بیع متقابل جزء عقود (نه ایقاعات) به شمار می‌آیند.

نکته دیگر آنکه، در جعاله گفته شده که عامل می‌تواند پس از انجام قسمتی از عمل، از بقیه خودداری کند و هیچ مسئولیتی نیز ندارد،^{۹۶} اما در قراردادهای بیع متقابل تکالیف و حقوق شرکت سرمایه‌گذار مو به مو معین گردیده و این شرکت بدون دلیل و توجیه فنی و حقوقی نمی‌تواند از انجام عمل خودداری نماید. در صورتی که یک‌طرف به تعهدات خود عمل نکند ناقض قرارداد محسوب شده و خسارات سنگینی برعهده وی گذارده خواهد شد. پس نسبت دادن و شبیه دانستن بیع متقابل به جعاله، ساده‌اندیشی و بی‌اطلاعی از این‌گونه قراردادهای عملکرد آن در تجارت بین‌الملل است.

۴- اجاره به شرط تملیک

ممکن است گفته شود که معاملات بیع متقابل همانند یا مصداقی از اجاره به شرط تملیک به شمار می‌آید. با این توضیح که تجهیزات و تکنولوژی سرمایه‌گذاری شده در کشور سرمایه‌پذیر تا زمان بازپرداخت محصولات ناشی از آن در دست آنها اجاره است و بهای این اجاره به صورت اقساط و به شکل اجاره به شرط تملیک برطبق برنامه زمان‌بندی شده، به شرکت سرمایه‌گذار پرداخت می‌گردد و در پایان با پرداخت، آخرین اجاره بها، تجهیزات و وسائل همگی به ملکیت خریدار (کشور سرمایه‌پذیر)

۹۴. شهیدی، دکتر مهدی، حقوق مدنی ۶: «عقود معین (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)»، انتشارات مجد، چاپ اول ۱۳۸۲، ص ۱۱۰.

۹۵. جهت اطلاع بیشتر ر.ک. امامی، دکتر سید حسن، «حقوق مدنی» جلد دوم، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ هفتم ۱۳۷۱، ص ۱۲۱ و کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی: «عقود معین (مشارکتها - صلح)»، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم ۱۳۸۳، ص ۲۵۶.

۹۶. شهید ثانی، منبع پیشین، ص ۱۵۰ و ماده ۵۶۵ ق.م.م.ر می‌دارد: «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هریک از طرفین می‌توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل، رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد».

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖

درمی آید.

در ماده ۵۷ آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیأت وزیران با اصلاحات بعدی، آمده است: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجره را مالک گردد». اصلاحی ماده ۵۸ آیین نامه مذکور مصوب ۱۳۸۱/۰۵/۳۰ هیأت وزیران مقرر می‌دارد: «بانکها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور خدماتی، کشاورزی، صنعتی و معدنی، ساختمان و مسکن، بازرگانی و کسب و کار و مصرف کالاهای بادوام ساخت داخل کشور به‌عنوان موجر مبادرت به معاملات اجاره به شرط تملیک نمایند». در این فرض با توجه به قصد مشترک طرفین می‌توان گفت که تملیک معلق بر پرداخت تمام اقساط اجاره یا ثمن می‌باشد.^{۹۷} در مورد تفاوت‌های قرارداد اجاره به شرط تملیک با بیع متقابل باید گفت که:

اول) مهمترین ویژگی قرارداد بیع متقابل ارتباط مستقیم میان ماشین‌آلات و تجهیزات صنعتی و تکنولوژی وارد شده و کالای تولید شده ناشی از همین تجهیزات می‌باشد. به بیان دیگر مقداری از محصولات تولیدی به‌وسیله همین امکانات سرمایه‌گذاری شده، به‌عنوان بهای این سرمایه‌گذاری پرداخت می‌گردد.^{۹۸} اما در اجاره به شرط تملیک این ارتباط بین محصولات تولیدی و اجاره بها وجود ندارد یعنی الزامی نیست که حتماً اجاره بها ناشی از محصولات همان تجهیزات سرمایه‌گذاری شده باشد و به هر شکل که توافق صورت بگیرد، قرارداد «اجاره به شرط تملیک» محقق می‌باشد.

دوم) در برخی از موارد در بیع متقابل، «فروشنده ماشین‌آلات به‌جای فروش، آنها را اجاره می‌دهد، در این حالت تعهد متقابل همچنان خرید محصولات حاصل از ماشین‌آلات خواهد بود که به این طریق اجاره بها پرداخت می‌شود».^{۹۹} اما در همین حالت نیز با پرداخت آخرین قسط، تکنولوژی و دانش فنی به مالکیت مستاجر در نمی‌آید، بلکه با پایان مدت اجاره می‌باید تکنولوژی و تجهیزات و سایر وسایل سرمایه‌گذاری شده، به مالک اصلی (فروشنده) برگردد.

۵- قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی

به‌موجب ماده ۱۰ قانون مدنی:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

۹۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، «دوره عقود معین»، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، ص ۷۷ به بعد.

98. Tamara Milenkovic - kerkovic', *op. cit*, p.268.

۹۹. اصغرزاده، عبدالله، منبع پیشین، ص ۲۵.

در حقوق ایران به وسیله این ماده اصل آزادی قراردادهای پذیرفته شده است؛ بدین معنی که جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده باشد، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمانهای ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان «اصل» پذیرفت.^{۱۰۰} این اصل در مرحله نخست بیان می‌دارد که اراده برای انشاء عقد و ایجاد التزام و الزام کافی است و دوم اینکه اراده در تعیین آثار عقد آزاد است؛ بنابراین، متعاملین در ایجاد عقد، شروط و اوصاف و نوع تعهد آزاد هستند و مجرد تراضی آنان برای ایجاد التزام کافی است، بدون اینکه به شکل خاصی از عقد و یا نحوه بیان اراده انشائی یا استفاده از الفاظ خاصی، مقید باشند.^{۱۰۱}

همان گونه که می‌دانیم قرارداد بیع متقابل یکی از انواع قراردادهای نامعین (بی‌نام) می‌باشد. با توجه به گستره اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای در حقوق و فقه ایران نباید تردید جدی روا داشت که قراردادهایی که در قالب و مدل قرارداد بیع متقابل در صنعت نفت و گاز منعقد می‌گردند، با لحاظ عرف حاکم بر قراردادهای نفتی یکی از انواع قراردادهای پذیرفته شده در ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد؛ چرا که بیع متقابل مجموعاً نوعی قرارداد خصوصی میان دو شخص حقیقی و یا حقوقی است که بر مبنای اصل آزادی و حاکمیت اراده طرفین و عدم مخالفت با موازین قانونی منعقد می‌شود و میان طرفین نافذ و معتبر است. در این رابطه توجه به نکات زیر لازم به نظر می‌رسد:

۱- براساس فقه و قانون برای ایجاد تعهد و التزام، لازم نیست که تراضی و توافق افراد در قالب عقد ویژه‌ای از عقود معین درآید، بلکه قراردادهای خصوصی به هر شکل و شیوه‌ای که منعقد شود تابع قواعد عمومی قراردادهای نافذ و معتبر است. بنابراین، قرارداد بیع متقابل نیز مورد شمول حکم ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد.

۲- قرارداد در هر قالبی که به وجود آید لازم‌الوفاء می‌باشد به عبارت دیگر دو طرف می‌بایست به تعهدات ناشی از قرارداد (چه با نام و چه بی‌نام) احترام بگذارند و آنها را ایفاء نمایند.^{۱۰۲} قرارداد غیرمعین بیع متقابل نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد به عبارت دیگر طرفین باید تعهداتی را که از این قرارداد ناشی می‌شود، به موقع اجرا گذارند.^{۱۰۳}

ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

«عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع

۱۰۰. کاتوزیان، دکتر ناصر، «قواعد عمومی قراردادهای»، ج ۱، ص ۱۴۴.

۱۰۱. حائری، مسعود، «مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی»، انتشارات کیهان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۷۳، ص ۳۹.

۱۰۲. برای مطالعه نظرات مخالف، ر.ک. داراب پور، دکتر مهربان، «ارزیابی تطبیقی ایفاء عین تعهد»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۰-۲۹، سال ۱۳۷۹، ص ۱۸۹ به بعد.

۱۰۳. جهت مطالعه بیشتر در این مورد، ر.ک. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، از ص ۱۴۴ به بعد و حائری، مسعود، منبع پیشین، صص ۳۹، ۴۰ و ۱۸۶ به بعد.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖

است...».

۳- قراردادهای غیرمعین تا جایی نافذ و معتبر است که مخالف صریح قانون نباشد. همان گونه که برخی حقوقدانان گفته‌اند، مقصود از "صریح قانون" تأیید اصل مباح بودن قراردادهاست و کنایه از اینکه در منع قانونگذار تردید نباشد وگرنه قرارداد مخالف روح قانون نیز باطل است. مفاد این ماده را می‌توان بدین گونه خلاصه کرد که «هرچه منع نشده آزاد است». روح و مفهوم قانون چیزی جز مقصود قانونگذار نیست؛^{۱۴} بنابراین قراردادهای مخالف با آنها نیز باطل است. به عبارت دیگر ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را تنها در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ و معتبر می‌شناسد، به قوانین امری نظر داشته و خواسته است از توافق اراده افراد برخلاف این گونه قوانین جلوگیری کند.^{۱۵} ممکن است به این نظر اشکال شود که یکی از شروط قراردادی در بیع متقابل شرط پرداخت سود و بهره و جوه سرمایه‌گذاری شده به شرکتهای نفتی خارجی و بیگانه است و پرداخت سود و بهره مخالف صریح شرع و قانون است و مالاً این قرارداد از شمول ماده ۱۰ قانون مدنی خاصه مشروعیت جهت و حرام بودن بهره طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی^{۱۶} خارج است و مالاً نافذ نیست. این اشکال را می‌توان با سه استدلال پاسخ گفت: یکی اینکه با فرض حرمت پرداخت سود و بهره به شرکت خارجی، چنین شرطی باطل است اما موجب بطلان قرارداد نیست و با بقاء و صحت قرارداد می‌توان آن را همچنان مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. دوم اینکه اساساً حرمت پرداخت چنین سودی که استهلاکی نیست بلکه عملیاتی، انتاجی و تولیدی است در فقه ثابت و قطعی نیست یا حداقل محل تردید و اختلاف است؛ کما اینکه بنا به فتاوی‌ای عده‌ای از فقهای اخیر سود تولیدی و انتاجی از شمول ربای حرام خارج و منصرف می‌باشد.^{۱۷} سوم اینکه، پرداخت سود سرمایه‌گذاری بنا به مصلحت و منافع اقتصادی جامعه و اقتضائات جهانی توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، شرعی و قانونی شناخته شده است. برای نمونه لایحه استفاده از منابع مالی خارجی در قالب فاینانس از سوی شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شد ولی

۱۰۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، منبع پیشین، ص ۱۵۷، برای دیدن نظر مخالف ر.ک. امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۴، چاپ هفتم، کتاب فروعی اسلامی، ۱۳۷۱، ص ۴۸ و نیز حائری، مسعود، منبع پیشین، ص ۹۳ به بعد.

۱۰۵. صفایی، دکتر سید حسین، «دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها»، ج ۲، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۲، ص ۵۰.

۱۰۶. ماده ۱۹۰ قانون مدنی: «برای صحت هر معامله (اعم از معین و غیرمعین) شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها. ۲- اهلیت طرفین. ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله».

۱۰۷. صانعی، آیت الله شیخ یوسف، «ربای تولیدی و انتاجی»، مجموعه کتب فقه و زندگی، مؤسسه فرهنگی فقه‌الثقلین، سال ۱۳۸۳، ص ۳۱.

سرانجام در مجمع تشخیص مصلحت به تصویب رسید.^{۱۰۸} از این رو شرط پرداخت سود سرمایه به بیگانگان در قراردادهای بیع متقابل علاوه بر اینکه مخالفتی با قانون ندارد که موافق مقررات جاری قانونی نیز می‌باشد.^{۱۰۹}

از این رو به نظر می‌رسد اگر قرارداد بیع متقابل را یکی از مصادیق اصل آزادی قراردادها بدانیم، هیچ مشکلی پیش نمی‌آید. به نظر می‌رسد که تطبیق ماده ۱۰ قانون مدنی با بیع متقابل با ماهیت ویژه این قرارداد نیز که از قراردادهای گوناگون تشکیل یافته است، هماهنگ و سازگار باشد؛ چرا که طرفین قرارداد بیع متقابل هیچ‌گاه قصد ایجاد عقدی از عقود معین را نداشته‌اند و تنها خواسته‌اند که حقوق و تعهداتی برای طرفین ایجاد و عملیاتی ویژه صورت بگیرد و این مفهوم با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها نیز مطابق و هماهنگ می‌باشد و با فقه نیز سازگاری دارد.

پ) تأسیسات حقوقی خارجی

۱- قراردادهای مشارکت در تولید

در این نوع قراردادها سهمی از نفت خام تولید شده (نه سود) به پیمانکار پرداخت خواهد شد. در صورت پرداخت مالیات یا حق‌الامتیاز از سوی پیمانکار به همان نسبت سهم وی از تولید نیز افزایش خواهد یافت.^{۱۱۰} لازم به ذکر است که قرارداد مشارکت در تولید را نباید با قرارداد مشارکت در درآمد^{۱۱۱} یا مشارکت در سود^{۱۱۲} اشتباه گرفت؛ زیرا در قراردادهای اخیر که از انواع قراردادهای خطرپذیر خدمت می‌باشند، پیمانکاران سهمی از سود (نه تولید) را دریافت می‌کنند؛ اما در قراردادهای مشارکت در تولید برای پیمانکاران در زمان صدور بر مقداری از محصولات (نفت و گاز) مالکیت ایجاد می‌شود.^{۱۱۳} در قراردادهای مشارکت سه مسئله حائز اهمیت است:^{۱۱۴} «سرمایه‌گذاری، اداره فنی و بازاریابی».

۱۰۸. «قانون استفاده از منابع مالی خارجی» مصوب ۱۳۸۴/۰۸/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، منتشر شده در روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران به شماره ۱۷۷۱۸ به تاریخ ۱۳۸۴/۰۹/۲۹؛ ماده واحده: «به دولت اجازه داده می‌شود در طول برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در چارچوب حکم بند(ب) ماده (۱۳) و جدول شماره (۷) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳/۰۶/۱۱ و احکام قوانین بودجه‌های سالانه و سایر مجوزهای قانونی از تسهیلات و منابع مالی خارجی (فاینانس) استفاده نماید...»
۱۰۹. جهت دیدن نظر مخالف، ر.ک. صحرانورد، اسدالله، «تحلیل حقوقی مکانیسم بیع متقابل در قراردادهای نفتی ایران»، رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شهریور ۱۳۸۱، صص ۷۸ و ۷۹.

110. Dr Christian Ule & Dr. Alexander Brexendorff, *op. cit.* p. 20.

111. Revenue Sharing Contracts.

112. Profit Sharing Contracts.

۱۱۳. دفتر همکاریهای فناوری معاونت انرژی ریاست جمهوری، منبع پیشین، ص ۷۵.

۱۱۴. موحّد، محمدعلی، «نفت ما و مسائل حقوقی آن»، شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، تهران ۱۳۵۷، ص ۲۴۶.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

قراردادهای مشارکت معمولاً محدود به مرحله بالادستی یعنی فقط شامل بخش اکتشاف و بهره‌برداری می‌باشد. در این قرارداد هر یک از شرکاء باید سهم خود را از نفت تولید شده برداشت کنند و آن را در بازاری که دارد به فروش برسانند. در قراردادهای مشارکت در تولید، پیش از انقلاب طرف خارجی تعهد می‌کرد که سهم شریک خود (شرکت ملی نفت ایران) را برداشت و صادر نماید، چون طرف ایرانی بازار کافی موجود برای عرضه نفت خود نداشت.^{۱۱۵} با این توصیف، از جمله تفاوت‌هایی که می‌توان بین قرارداد بیع متقابل و قرارداد مشارکت در تولید ذکر نمود موارد ذیل هستند:^{۱۱۶}

اول) دوره زمانی قرارداد بیع متقابل به نسبت دوره زمانی مشارکت در تولید، کوتاه (۸-۱۰ سال) و به هر حال بسیار کوتاهتر از طول عمر میدان نفتی ذی‌ربط می‌باشد؛ لذا تطبیق منافع پیمانکار و NIOC (شرکت ملی نفت ایران) در چارچوب چنین قراردادهایی دشوار به‌نظر می‌رسد.

دوم) شرایط مندرج در قرارداد بیع متقابل ممکن است از انعطاف لازم برخوردار نباشد، از این‌رو امکان دارد در مواجهه با شرایط غیر منتظره مشکلاتی به‌وجود آید. سوم) در قراردادهای بیع متقابل، پیمانکار طی عملیات توسعه صرفاً به‌عنوان مجری میدان نفتی فعالیت می‌کند و هیچ‌گونه مشارکت و یا مالکیتی در تولید میدان ندارد.

اما در قراردادهای (P.S.A)^{۱۱۷} یا مشارکت در تولید، دولت میزبان سهم خود را در قالب یک روش یا ترکیبی از چند روش دریافت می‌نماید. در ابتدا در صورت وجود یک شرکت دولتی، شرکت ایرانی که همکار پیمانکار به‌شمار می‌آید، سهمی از تولید را دریافت خواهد کرد. دوم آنکه از دیگر تفاوت‌های این دو قرارداد این است که در قراردادهای مشارکت در تولید، معمولاً سهم شرکت خارجی از منابع به ۱۰ الی ۹۰ درصد کل منابع قابل استحصال می‌رسد. (متوسط این سهم در جهان ۳۵ درصد است)؛ در حالی که در قراردادهای بیع متقابل عملاً سهم پیمانکار از منابع قابل استحصال مخزن به‌طور متوسط کمتر از ۵ درصد است. آنچه در مقایسه بین این دو شیوه قرارداد از همه برجسته‌تر است، آن است که در قراردادهای بیع متقابل سهم بیشتری از مخزن برای کشور میزبان، عدم مالکیت و حاکمیت شرکت خارجی بر عملیات تولید و مدیریت پس از توسعه مخزن می‌باشد. عدم مشارکت خارجی در ریسک قیمت در بیع متقابل در برابر مزایایی که برای کشور میزبان وجود دارد، به‌معنی آن نیست که پیمانکار هیچ ریسکی ندارد، چرا که پیمانکار بیع متقابل کماکان با ریسک وصول نشدن بخشی از

۱۱۵. موحد، محمدعلی، منبع پیشین ص ۲۴۷. جهت مطالعه پیدایش قراردادهای مشارکت در مسایل نفتی ایران ر.ک. همین منبع ص ۱۲۸ به بعد.

۱۱۶. جانکوفسکی، دکتر ادوارد، منبع پیشین، ص ۶۶.

117. Production Sharing Agreements.

مطالباتش به واسطه محقق نشدن سطح تولید پیش‌بینی شده، ریسک عملیات و افزایش سطوح هزینه بیش از سقف‌های مندرج در قرارداد، ریسک وقوع شرایط فورس ماژور و ریسک سطوح بسیار پایین نفت، که به وصول نشدن بخشی از مطالباتش منجر می‌شود، دست به گریبان خواهد بود.^{۱۱۸} در قراردادهای بیع متقابل پیمانکار هیچ‌گونه حق حاکمیت یا مالکیتی بر تولید نفت نداشته و برخلاف قراردادهای مشارکت در تولید (P.S.A) که با تداوم حضور پیمانکار همراه است، با تداوم حضور پیمانکار همراه نیست.^{۱۱۹}

از مجموع ویژگی‌ها و مختصات بیان شده در مورد هر دو قرارداد می‌توان مهمترین تفاوت‌های میان این دو قرارداد را در سه محور خلاصه کرد: یکی از تفاوت‌ها در شیوه بازپرداخت هزینه‌های پیمانکار است؛ بدین توضیح که در قراردادهای مشارکت در تولید، محصول به دست آمده از پروژه تا پیش از رسیدن به مقدار معین و مورد توافق در قرارداد مشارکت متعلق به کارفرما (دولت صاحب مخزن) می‌باشد اما همین که تولید به سقف معین در قرارداد رسید، پیمانکار مخارجی را که در رابطه با اکتشاف و توسعه و اداره پروژه متحمل گردیده از طریق تصرف آزادانه و مشارکتی و مالکانه در نفت خام تولیدی برداشت می‌نماید؛ به عبارت دیگر از آن پس کشور صاحب مخزن و پیمانکار، شریک می‌شوند. اما در قراردادهای بیع متقابل بدون اینکه کمترین مالکیتی برای پیمانکار ایجاد شود هزینه‌ها و سود و حق الزحمه وی از طریق فروش سهمی از نفت استحصالی براساس توافق‌نامه طولانی مدت جبران خواهد شد.^{۱۲۰} تفاوت دیگر در دوره زمانی تولید و مدت قرارداد است؛ بدین شرح که دوره تولید نفت و گاز در قراردادهای مشارکت در تولید بسیار طولانی‌تر از قراردادهای بیع متقابل است. در نتیجه در قراردادهای مشارکت، پیمانکاران انگیزه بیشتری برای به دست آوردن اقتصادی‌ترین نرخ تولید از طریق استفاده از تکنولوژی پیشرفته، دانش فنی، مهارت‌ها، تجهیزات و ... دارند؛ ولی در قراردادهای بیع متقابل نگرانی و دغدغه عمده پیمانکاران عبارتست از رسیدن به یک نرخ متعارف محصول در طول سال‌های بازپرداخت هزینه‌های انجام شده و نیز رسیدن به سطح تولید معین در قرارداد که این دوره بسیار کوتاه‌تر از قراردادهای مشارکت می‌باشد.^{۱۲۱} تفاوت سوم ریسکی است که پیمانکاران در قرارداد مشارکت در تولید متحمل می‌شوند و با ریسک پیمانکار بیع متقابل متفاوت است. در قراردادهای نخست، ریسک هزینه‌های تولید و سود حاصل از فروش نفت هر دو تابعی از سطح تولیدات و قیمت نفت می‌باشند. به عبارت دیگر تولید بالاتر مساوی است با سود بیشتر؛ اما در قراردادهای دسته دوم،

۱۱۸. معصومی، یوسف، «موج دوم (چالش‌های توسعه در صنعت نفت ایران)» به‌وسیله داریوش مبصر و دیگران، انتشارات کویر، تهران ۱۳۸۱، صص ۱۵۶ و ۱۵۷.
۱۱۹. منبع پیشین، ص ۱۵۵.

120. Dr. S.N. Ebrahimi and Dr.A.Siravi Khouzni *op. cit.* P. 7.

۱۲۱. پیتروزلو، «تفاوت قراردادهای بیع متقابل و مشارکت در تولید»، دسامبر ۲۰۰۲، ص ۵.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

ریسک پیمانکار افزایش هزینه‌های سرمایه‌ای به‌منظور رسیدن به اهداف مندرج در قرارداد برای تحقق سطح تولید است. البته با شروط قراردادی می‌توان همه این مخاطرات را کاهش یا به‌طرف مقابل منتقل نمود.^{۱۲۲}

۲- قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری^{۱۲۳}

برخی از استادان حقوق برای این قراردادها، نام «مشارکت انتفاعی» برگزیده‌اند؛ زیرا جوینت ونچر همواره به شکل شرکت نیست و سرمایه‌گذاری نیز یکی از فعالیت‌های ناشی از آن است. جوینت ونچر دو شکل عمده دارد: قراردادی و شرکیتی و از آنجا که شکل شرکیتی معمول‌تر است، معادل فارسی «شرکت مشترک» برای آن ارائه شده است، بی‌آنکه به این دوگانگی توجه شده باشد.^{۱۲۴} برخی از حقوقدانان خارجی این قرارداد را بدین‌گونه تعریف کرده‌اند: مشارکت انتفاعی، واحد تجاری مشترکی است که توسط دو یا چند مشارکت‌کننده برای یک مقصود مشخص تجاری، مالی یا فنی ایجاد می‌شود.^{۱۲۵}

یکی از حقوقدانان ایرانی نیز آورده است: مشارکت تجاری بین‌المللی Joint Venture به‌صورت واحدهای تجاری هستند که به‌منظور ایجاد شعبه مشترک تجاری کشورهای مختلف با انعقاد قرارداد فی‌مابین، آورده‌های نقدی یا غیر نقدی خود را در آن سرمایه‌گذاری می‌نمایند؛ تا بدین وسیله دارای حق کافی در شعبه مشترک بوده و مسئولیت اداره و مدیریت آن را برعهده بگیرند.^{۱۲۶} قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری نوع پیشرفته‌تری از قراردادهای مشارکتی به شمار می‌آیند. براساس این قرارداد کشور صاحب نفت و شرکت عامل در سود و خطرپذیری توافق‌نامه‌های نفتی سهیم می‌شوند. میزان مشارکت در عقد قراردادهای مختلف متفاوت است. در این قرارداد دولت به مثابه یک شرکت در تولیدی که براساس یک قرارداد انجام می‌شود، سهیم است. با توضیحاتی که به اختصار در مورد قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری (J.V) داده شد؛ معلوم شد که در این قالب، دولت و کشور صاحب مخزن نیز در طرح‌های اکتشاف یا توسعه میادین نفت و گاز با پیمانکار شرکت می‌کند؛ به عبارت دیگر مشترکاً هر دو، عملیات‌های مربوطه را انجام می‌دهند و سرمایه‌گذاری مشترک صورت می‌پذیرد و بازپرداخت به اعضاء مشارکت از محل سود حاصله از اجرای پروژه و مطابق با

۱۲۲. دفتر همکاری‌های فناوری و معاونت انرژی ریاست جمهوری، منبع پیشین، ص ۸۱.

۱۲۳. برای اطلاعات بیشتر ر.ک.

Dr. Asghar Hendi, "Joint Venture Under EC Competition Law", University of Strathclyde, Law School, 1995, PhD Thesis.

۱۲۴. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، پاورقی ص ۵۱۹.

۱۲۵. منبع پیشین، ص ۵۲۰.

۱۲۶. عرفانی، دکتر محمود، مقاله: «مشارکت تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۰، دی ماه ۱۳۷۲، ص ۶۳.

قرارداد پرداخت می‌گردد.^{۱۳۷} اما همان‌طور که شرح آن گذشت در قراردادهای بیع متقابل، پیمانکار که معمولاً شرکت خارجی می‌باشد، مسئولیت تأمین مالی پروژه را به‌عهده دارد و هم اوست که همه هزینه‌ها و مخارج لازم و تجهیزات مورد نیاز حسب مورد برای راه‌اندازی و توسعه میدان یا اکتشاف را به‌عهده می‌گیرد و بازپرداخت این هزینه‌ها براساس شروط قراردادی معمولاً پس از رسیدن میدان به تولید تجاری تا میزان خاص در قرارداد صورت می‌گیرد. بر این اساس در قراردادهای بیع متقابل ایرانی هیچ‌گونه مشارکت به‌معنای مشارکت در تولید یا سرمایه‌گذاری وجود ندارد و هیچ مالکیتی نیز از طرف کارفرما به پیمانکار منتقل نمی‌شود.

۳- قراردادهای امتیازی

این قرارداد، ساختار اصلی حقوقی برای اکتشاف، بهره‌برداری و تولید نفت را تشکیل می‌دهد و گفته شده است که هم‌اکنون نیز در شکل جدید و پیشرفته متداول‌ترین قراردادها در این زمینه در سطح جهان به‌شمار می‌آید.^{۱۳۸} امتیاز بهره‌برداری شامل مجوز انحصاری کشف و بهره‌برداری از منابع هیدروکربن می‌گردد. در این حالت، مالکیت ذخایر نفتی و تملک آن در اختیار دولت خواهد بود ولی پس از حفاری یک چاه نفت و کشف ذخایر نفتی این عنوان به صاحب امتیاز واگذار می‌شود. در این شیوه دولت میزبان سهم خود را از طریق مالیات و یا هزینه‌های اضافی و حق‌الامتیاز دریافت خواهد نمود.^{۱۳۹} در این قراردادها، دولت که مالک مخازن و میادین نفتی می‌باشد طی یک قرارداد این مالکیت را به کشور یا شرکت خارجی منتقل می‌نماید. واقعیت امر آن است که قراردادهای منعقد شده امتیازی در پیش از انقلاب به‌دلیل اهداف استعماری و سلطه بیگانگان بر صنایع نفت و گاز ایران، از طرف داخلی بسیار ناشایسته و بد تنظیم گردیده بودند که باعث شد درآمدهای هنگفت به جیب شرکت‌های خارجی سرازیر گردد. در این قراردادها دامنه منطقه امتیازی و زمان آن بسیار زیاد بود و درآمد دولت محدود به ۱۶ درصد بود، که سهم بسیار ناچیزی است. اما در حال حاضر در ۱۲۰ کشور جهان فعالیت مشترک شرکت‌های خارجی و کشورهای نفت‌خیز در چارچوب قراردادهای امتیازی صورت می‌گیرد.^{۱۳۰} این نوع قراردادها به اشکال دیگری مانند اعطای اجازه بهره‌برداری،^{۱۳۱} اعطای پروانه بهره‌برداری^{۱۳۲} و اجاره^{۱۳۳} نیز به‌کار می‌روند و به‌دلیل تسهیم متفاوت منافع نسبت به گذشته

۱۲۷. ابراهیمی، دکتر سید نصرالله، «اصلاح یا جایگزینی قراردادهای بیع متقابل»، شبکه اطلاع‌رسانی نفت و انرژی، گروه مصاحبه، ۱۳۸۴/۱۱/۸، ص. ۸.

۱۲۸. به نقل از شبکه اطلاع‌رسانی نفت و انرژی (شانان)، گروه مقاله، «مروری بر قراردادهای نفتی»، مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۷، 129. Dr. Christian Ule & Dr. Alexander Brexendorff, *op. cit.*, p. 2.

۱۳۰. به نقل از شبکه اطلاع‌رسانی نفت و انرژی (شانان)، گروه مقاله، منبع پیشین.

131. Permit.

132. License.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

تغییرات قابل ملاحظه‌ای در آنها داده شده است. در قراردادهای امتیازی کنونی، منطقه امتیازی^{۱۳۴} محدود گردیده است.

قراردادهای جدید از نظر منافع بین امتیاز دهنده و امتیاز گیرنده از انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردارند، به طوری که در صورت افزایش قیمت نفت، ساز و کارهایی برای افزایش منافع کشور میزبان پیش‌بینی شده است. کشور میزبان در قراردادهای جدید می‌تواند از طریق شرکت ملی نفت در قراردادهای امتیازی مشارکت کند. از این روش در خاورمیانه به‌طور وسیعی استفاده می‌شود و در مواردی، مشارکت کشور میزبان از ۲۵ درصد نیز تجاوز کرده است و برای نمونه، عربستان در سال ۱۹۸۱، صددرصد عملیات دریافت و پرداخت شرکت «آرامکو»^{۱۳۵} را در اختیار گرفت. با توصیف مختصر قراردادهای امتیازی، حاصل از مقایسه آن با قراردادهای بیع متقابل، می‌توان به تفاوت‌های زیر در این دو قرارداد پی‌برد:

اول) از نظر مالکیت، در قراردادهای امتیازی شرکت عامل و پیمانکار بر مخازن و تولیدات مربوط مالکیت کامل دارد و اما در قراردادهای بیع متقابل حق مالکیت کماکان متعلق به کشور میزبان و صاحب مخزن است.

دوم) شرکت سرمایه‌گذار در قرارداد نوع اول بر کلیه عملیات اعم از اکتشاف، بهره‌برداری، فرآورده‌ها، بازاریابی و غیره حاکمیت مطلق دارد لیکن در قرارداد بیع متقابل کنترل عملیات، هزینه‌ها و تولید توسط دولت میزبان صورت می‌گیرد.

سوم) در قراردادهای امتیازی ساختار تسهیم منافع برای کشور میزبان محدود به بهره مالکانه و مالیات است، در صورتی که در بیع متقابل با حفظ حاکمیت و مالکیت دولت صاحب مخزن، پرداخت هزینه‌ها و سود و سرمایه‌گذاری و حق الزحمه و ... از درآمد حاصل از فروش محصولات همان میدان مورد نظر با جدول زمان‌بندی شده از شروع تولید صورت می‌گیرد.

چهارم) در قراردادهای امتیازی، خطرپذیری در عملیات توسعه و اکتشاف متوجه پیمانکار است کما اینکه در بیع متقابل نیز به‌عهده شخص پیمانکار است؛ هرچند قرارداد بیع متقابل مدل ایرانی در مورد میادین کشف شده به امضاء رسیده‌اند و لذا خطرپذیری در این مقطع وجود نداشته است.

۴- قراردادهای خدماتی

این قراردادها به قراردادهای خرید خدمت نیز مشهور شده‌اند. در قانون نفت سال ۱۳۵۳ این

133. Lease.

134. Concession Area.

135. The Arabian American Oil Company.

قرارداد به نام «قرارداد پیمانکاری» بدین گونه تعریف شده است: «قراردادی که به موجب آن طرف قرارداد مسئولیت اجرای برخی از عملیات نفتی را در ناحیه معینی از طرف شرکت ملی نفت ایران و به نام آن شرکت بر طبق مقررات این قانون برعهده می‌گیرد».

بر اساس بند (۲) ماده ۳ همین قانون «شرکت ملی ایران می‌تواند به منظور عملیات اکتشاف و توسعه نفت ... قراردادهایی را... بر مبنای پیمانکاری ... امضاء نماید». بنابراین عملیات بالادستی نفت تنها می‌بایست در قالب قرارداد خرید خدمت باشد و بر اساس بند (۳) ماده ۳ همین قانون قرارداد مشارکت تنها در عملیات پایین دستی نفت مجاز می‌باشد. مطابق این نوع قرارداد هیچ گونه حق انحصاری و امتیاز ویژه به پیمانکار داده نمی‌شود؛ بلکه همه حقوق و مزایا در اختیار کشور صاحب مخزن است و پیمانکار تنها حق الزحمه خود را به صورت خرید بخشی از محصول تولیدی همان مخزن، دریافت می‌دارد. با این توصیف ضروری است در اینجا انواع قراردادهای خدماتی به اختصار مورد بررسی قرار گیرند:

اول) قراردادهای خدماتی خالص^{۱۳۶}

نوع ساده این قرارداد به صورت پرداخت حق الزحمه مقطوع برای ارائه خدمات مشخص است و بابت دریافت کمکهای تکنیکی که کشور میزبان به آن نیاز دارد، هیچ سهمی از نفت خام تولیدی پیش بینی نشده است.^{۱۳۷} طبق این قرارداد، پیمانکار در هر حال چه عملیات حفاری موفقیت آمیز باشد چه نباشد دستمزد مقطوع خود را می‌گیرد به عبارت دیگر پیمانکار کاری به تجاری بودن میدان ندارد بلکه تنها عملیاتی را که بر اساس قرارداد برعهده او گذاشته شده انجام می‌دهد. این شیوه قرارداد همانند بیع متقابل می‌باشد با این تفاوت که مشخصه ذاتی و اصلی بیع متقابل این است که پرداخت همه هزینه‌ها و حق الزحمه پیمانکار از محصول تولیدی همان میدان است اما در قرارداد خدمت، در این خصوص الزامی وجود ندارد و توافق برخلاف این نیز مجری است.

دوم) قراردادهای خدماتی خطرپذیر^{۱۳۸}

همان گونه که از نام این قرارداد پیداست، خطر و ریسک عملیاتی که برعهده پیمانکار گذاشته می‌شود، تماماً برعهده خود اوست و اگر به عنوان نمونه عملیات اکتشاف منجر به کشف نفت به میزان تجاری نشود، قرارداد خود به خود منحل می‌شود و هزینه‌های پیمانکار قابل استرداد نمی‌باشد. اما

136. Pure Service Contracts.

۱۳۷. گروه نویسندگان، «کالبد شکافی سرمایه‌گذاری‌های صنعت نفت»، منبع پیشین، ص ۳۴.

138. Risk Service Contracts.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

در صورت کشف، پیمانکار موظف به انجام عملیات تولید و بهره‌برداری می‌باشد و هزینه‌ها و دستمزد او پس از آغاز تولید بازپرداخت می‌شود.

همان‌گونه که پیشتر گفتیم قانون نفت سال ۱۳۵۳ این نوع قرارداد را مجاز اعلام نموده است. این نوع قرارداد به مجموعه‌ای از روشهای معاملاتی اطلاق می‌شود که به‌موجب آن سرمایه‌گذار (پیمانکار) تعهد می‌نماید، ضمن تأمین منابع مالی (نقدی و غیرنقدی) مورد نیاز صرفاً به اتکای عواید طرح اقتصادی، نسبت به ایجاد، توسعه، نوسازی، بازسازی، اصلاح و یا روزآمد کردن طرح مذکور اقدام کند و اقساط بازپرداخت پس از اجرای طرح توسط پیمانکار پرداخت خواهد شد.^{۱۳۹} کارشناسان مسائل نفتی معتقدند که قرارداد بیع متقابل نوع پیشرفته و تکامل یافته قراردادهای خدماتی می‌باشد. به بیان دیگر می‌توان گفت که قراردادهای بیع متقابل قراردادهای خدماتی بیع متقابل هستند که تنها نوع جدیدی از بازپرداخت را معرفی می‌کند که آن هم برداشت هزینه‌ها و دستمزد پیمانکار از محل فروش محصول تولیدی همان مخزن می‌باشد و هیچ پرداخت نقدی صورت نمی‌گیرد.

سوم) قراردادهای خدماتی عملیاتی^{۱۴۰}

این شیوه نیز نوع جدید و پیشرفته از قراردادهای خدماتی سابق به شمار می‌آید. این شیوه به لحاظ پذیرش ریسک و خطرات تجاری در عملیات نفتی از جمله قراردادهای خدماتی خطرپذیر است با این فرق که ریسک و خطر در مراحل مختلف عملیات بالادستی بین دولت میزبان و شرکت پیمانکار تقسیم می‌شود.^{۱۴۱} به‌عنوان ثمره بحث از مقایسه قرارداد بیع متقابل با قراردادهای خدماتی نکات زیر حاصل می‌گردد:

- ۱- بیع متقابل یکی از انواع قراردادهای خدماتی مخاطره‌پذیر است، به این معنی که دولت هیچ تضمینی در مورد ریسک پیمانکار نمی‌دهد و کلیه مخاطرات عملیات برعهده پیمانکار می‌باشد.
- ۲- تفاوت اصلی بیع متقابل با قراردادهای خدماتی در نحوه پرداخت است. به‌موجب قرارداد بیع متقابل دولت (از طریق شرکت ملی نفت ایران) به‌عنوان مالک منابع نفتی و کارفرما، یک شرکت را به‌عنوان پیمانکار برای انجام خدمات مالی و تکنیکی برای عملیات مورد نظر به‌کار می‌گیرد. هزینه‌های صورت گرفته، سود و حق‌الزحمه پیمانکار از محل فروش محصولات یا عوائد حاصل از فروش همان پروژه، پرداخت و مستهلک می‌گردد.^{۱۴۲} اما در قراردادهای خدماتی الزامی وجود ندارد که بازپرداخت از محل همان منبع مورد عملیات صورت بگیرد بلکه ممکن است، بازپرداخت به شکل

۱۳۹. ابراهیمی، دکتر سیدنصرالله، «اصلاح یا جایگزینی قراردادهای بیع متقابل»، منبع پیشین، ص ۸.

140. Operating Service Contracts.

۱۴۱. مؤسسه مطالعات عالی بین‌المللی انرژی، گزارش بیع متقابل، آبان ماه ۱۳۷۹، ص ۸.

142. Dr.S.N.Ebrahimi and Dr.A.Shiravi Khuouzani, *op.cit.* p. 9.

نقدی و یا از محل سایر منابع باشد.

۳- در هردو نوع قرارداد، مالکیت مخزن در طول دوره قرارداد و پس از آن در اختیار کشور صاحب مخزن است و در هیچ زمانی، این مالکیت به پیمانکار منتقل نمی‌شود.

۴- مدت قراردادهای خدماتی خطرپذیر معمولاً حداقل ۲۰ سال است ولی در قراردادهای بیع متقابل که آن هم نوعی از قرارداد خدماتی است، مدت زمان اولیه برای عملیات توسعه میدان معمولاً ۳ تا ۵ سال است و در عین حال جبران هزینه‌های پیمانکار از طریق فروش شصت درصد از نفت تولید شده، ممکن است تا ۱۲ سال ادامه داشته باشد.^{۱۴۳}

بند سوم) ماهیت خاص بیع متقابل به‌عنوان نهادی نوین

پس از بررسی و مقایسه قراردادهای «بیع متقابل» با برخی تاسیسات حقوقی داخلی و خارجی و همچنین بررسی موضوع در فقه، دانستیم که «بیع متقابل» را نمی‌توان در هیچ‌کدام از قالب‌های حقوق سنتی داخلی (عقود معین) و نهادهای دیگر خارجی جای داد. با توجه به برداشتهای متفاوتی که از اصطلاح (Buy-Back) در نوشته‌ها و تعابیر نویسندگان وجود دارد، در ادامه به این نکته خواهیم پرداخت که اصطلاح «بیع متقابل» که در مقابل واژه خارجی (Buy – Back Contracts) وضع شده است، واژه‌ای است کاملاً گمراه‌کننده که با ماهیت این قرارداد به‌هیچ‌وجه سازگاری ندارد و این قرارداد را باید نهاد نوینی دانست که شرایط مخصوص به خود را دارد که ممکن است در قراردادهای دیگر، چه نهادهای داخلی و چه نهادهای خارجی، یافت نشود.

کلمه "Buy – Back" را در فارسی قانونگذاران به «بیع متقابل»^{۱۴۴} و برخی از حقوقدانان به «توافق با خرید محصول»^{۱۴۵} و عده‌ای از ایشان به «تهاتر تولیدی»^{۱۴۶} ترجمه نموده‌اند. عده دیگری بی‌آنکه یک معادل فارسی برای این لفظ پیدا کنند آن را «بای بک»^{۱۴۷} و برخی «خرید بازیافتی»^{۱۴۸} نامیده‌اند. به‌کاربردن لفظ «بیع» در ترجمه «بای بک» کاملاً اشتباه و گمراه‌کننده به‌نظر می‌رسد چرا که ممکن است در دید حقوقدانان ناآشنا و همچنین مجریان امور، این شبهه را القاء نماید که این قرارداد نوعی «بیع» با همان شرایط و ارکان داخلی و حتی بین‌المللی باشد، در حالی که دانستیم که

۱۴۳. دفتر همکاری‌های فناوری و معاونت انرژی ریاست جمهوری، منبع پیشین، ص ۸۲.

۱۴۴. به‌عنوان مثال ر.ک. قوانین بودجه سالانه و همچنین آیین‌نامه چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی، مصوب (هیات وزیران). ۱۳۷۹/۱۱/۹.

۱۴۵. کلایو ام. اشمیتوف، منبع پیشین، ج ۱، ص ۲۵۱.

۱۴۶. نصیری، دکتر مرتضی، حقوق چند ملیتی، ص ۲۱۳ به بعد.

۱۴۷. کمیسیون اقتصادی اروپا، قراردادهای بین‌المللی بای بک، جلد ۳، ترجمه حمید رضا اشرف‌زاده، ص ۲۰ و همچنین ر.ک. حسن بیگی، ابوالفضل، نفت، بای بک و منافع ملی، انتشارات آوای نور، تهران ۱۳۸۱.

۱۴۸. لئو. جی. بی. ولت، منبع پیشین، ص ۴۶.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی ...

اصلاً مشابهتی بین این قرارداد با بیع‌های داخلی و خارجی وجود ندارد. شاید به‌نظر برسد که واژه «توافق بازخريد محصول» که در ترجمه کتاب تجارت بین‌الملل نوشته کلایو ام. اشمیتوف آمده، از همه اصطلاحات فارسی موجود، مناسب‌تر و با ماهیت خاص بیع متقابل نیز سازگارتر باشد. چرا که این اصطلاح، دست کم، یکی از ویژگی‌های مهم بیع متقابل را که ارتباط تولیدی بین کالاها و خدمات صادراتی و کالاها و خدمات بازخريد شده می‌باشد، به‌خوبی نشان می‌دهد. به دلایل ذیل باید قرارداد بیع متقابل را نهادی نوین دانست:

۱- همان‌گونه که عنوان گردید، قرارداد مذکور با هیچ‌یک از نهادهای داخلی و خارجی مشابهت ندارد و خود قرارداد پیچیده‌ای است که مرکب از دو یا چند قرارداد فرعی دیگر می‌باشد.^{۱۴۹}

۲- در قراردادهای بیع متقابل ایران، شرکت سرمایه‌گذار خارجی، کلیه وجوه سرمایه‌گذاری مانند نصب تجهیزات، راه‌اندازی آنها و انتقال تکنولوژی و ... را برعهده می‌گیرد. پس از راه‌اندازی تجهیزات و رسیدن تولید تا سقف مقرر در قرارداد، بازگشت سرمایه و هزینه‌ها و سود، به‌صورت اقساطی در مدت معینی مثلاً هفت سال و به‌صورت تحویل محصولات تولید شده ناشی از همین سرمایه‌گذاری و امکانات می‌باشد و این ویژگی اصلی قراردادهای بیع متقابل می‌باشد که در هیچ‌کدام از قراردادهای دیگر تجارت متقابل وجود ندارد.^{۱۵۰}

۳- نکته دیگری که ما را به این نتیجه می‌رساند که «بیع متقابل» نهاد و قراردادی نوین است، این است که طرفین قصد می‌کنند قراردادی جدید با شرایط کاملاً متفاوت با سایر قراردادهای منعقد نمایند و هیچ‌گونه قصدی مبنی بر انعقاد قرارداد در قالب حقوقی مانند بیع و ... که اصلاً با این‌گونه قراردادها سازگار نیست، نداشته و ندارند. بنابراین، همان‌گونه که شارع مقدس بنا بر آیه یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود^{۱۵۱} و نیز آیه شریفه لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض^{۱۵۲} و نیز آیه مبارکه احل الله البیع و حرم الربا^{۱۵۳} به تراضی طرفین احترام گذاشته و آن را لازم‌الوفاء و صحیح اعلام نموده است، ما نیز برطبق این عمومات و اطلاقات که قالب ویژه‌ای را برای تراضی تعیین نکرده‌اند، باید به قراردادهای بیع متقابل با شرایط و ارکان خاص خود بنگریم و آن را نهادی نوین اما لازم‌الوفاء و مشروع بدانیم. از مجموع مطالب گذشته می‌توان مدل ایرانی قراردادهای بیع متقابل را واژه‌ای برای قراردادهای خدماتی با اوصاف خاص و توافق‌های جانبی دانست.

149. Tamara Milenkovic'- Kerkovic', "Drafting An International Buy-Back Agreement", Series: Economics and Organization, Vol.2, N. 2, 2004, p. 168.

150. Tamara Milenkovic'- Kerkovic', *op.cit.* p. 167.

۱۵۱. سوره مائده آیه ۱.

۱۵۲. سوره نساء آیه ۲۹.

۱۵۳. سوره بقره آیه ۲۷۵.

گفتار دوم جایگاه قراردادهای بیع متقابل در قوانین و مقررات

در این مبحث انعقاد قراردادهای مورد نظر از لحاظ قانون اساسی و قوانین عادی و آیین‌نامه‌ها و مقررات به اجمال بررسی می‌شود. به بیان دیگر در این بخش بدو شأن و جایگاه قراردادهای بیع متقابل در قانون اساسی و سپس همین موقعیت در قوانین و آیین‌نامه‌ها و مقررات مرتبط مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند یکم) از دیدگاه قانون اساسی

ممنوعیتها، تنگناها و محدودیتهای زیادی در قانون اساسی برای سرمایه‌گذاری خارجی و البته به تصور و با هدف مقدس صیانت از منافع ملی و عدم تسلط بیگانگان بر معادن و ذخایر ملی، به وجود آمده است. به موجب تفسیری که از ماده ۱۲ قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ به عمل آمد؛ قراردادهای بیع متقابل در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی به‌ویژه در صنعت نفت و گاز ظهور و بروز یافت و امکان سرمایه‌گذاری خارجی در این صنعت با سایر روشها به‌ویژه قراردادهای مشارکت عملاً منتفی شد؛ در قراردادهای بیع متقابل حاکمیت، مالکیت و تصدی‌گری بر منابع نفت و گاز، متعلق به کشور میزبان و سرمایه‌پذیر است و به‌علاوه بر قراردادهای مزبور، قوانین مالی، پولی و حقوقی کشور حاکم است. اصولی از قانون اساسی که همواره در رابطه با سرمایه‌گذاری‌های اقتصادی و طبعاً محدودیتهای ممنوعیت‌های ایجاد شده از این اصول، مورد توجه صاحب‌نظران و منتقدین و موضوع اظهارنظرهای مختلف قرار گرفته، اصول ۴۴، ۸۱، ۷۷، ۱۲۵ و ۱۳۹ قانون اساسی است که ضرورت دارد برخی از اصول یاد شده به اختصار مورد بررسی قرار گیرند.

الف) اصل ۸۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

« دادن امتیاز تشکیل شرکتها و مؤسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است.»

پس از تصویب این اصل، اداره ثبت شرکتها و مالکیت‌های صنعتی با استناد به آن، از ثبت شرکت‌های خارجی در ایران خودداری کرد و مشکلات بسیاری را به‌وجود آورد. به تاریخ ۱۳۶۰/۱/۸ نخست وزیر وقت، ضمن استفساریه‌ای از شورای نگهبان در خواست تفسیر اصل مذکور را نمود که شورا این‌گونه پاسخ داد:

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖

«شرکتهای خارجی که با دستگاههای دولتی ایران قرارداد قانونی منعقد نموده‌اند، می‌توانند جهت انجام امور قانونی و فعالیتهای خود در حدود قراردادهای منعقد طبق ماده ۳ قانون ثبت شرکتهای به ثبت شعب خود در ایران مبادرت نمایند و این امر با اصل ۸۱ قانون اساسی مغایرتی ندارد».^{۱۵۴}

علت وضع این اصل آن است که کشور ما همواره از اعطای امتیازات زیان دیده است. خاطره تلخ اعطای امتیازات به خارجیان در اواخر دوره قاجاریه و عواقب ناگواری که از آنها برای ملت ایران عاید گردید، هنوز از اذهان مردم محو نشده است.^{۱۵۵}

به نظر می‌رسد که مقصود از «امتیاز دادن» تشکیل شرکتهای و مؤسسات به خارجیان آن است که آنان شرکتهای و مؤسساتی در ایران تشکیل دهند که اکثر سهام یا سرمایه شرکتهای یا مؤسسات مزبور متعلق به بیگانگان و اختیار تصمیم‌گیری (کنترل) نیز با آنها باشد.^{۱۵۶} اما برخی با انتقاد از این نظریه گفته‌اند:

«گرفتن کنترل یک شرکت الزاماً نتیجه تملک بیش از ۴۹٪ سهام آن شرکت نیست. اگر سهام شرکت به‌طور وسیع پخش شده باشد، داشتن درصد کمی از سهام برای کنترل کافی به‌نظر می‌رسد. نادرستی این نظریه زمانی آشکارتر می‌شود که به یاد آوریم که در شرکتهای سهامی عام با سهام متفرق چه بسا مدیریت و کنترل شرکت در اختیار کسانی بیافتد که درصد کمی از سهام را دارا هستند».^{۱۵۷} موضوع امتیاز، اداره یک «امر عمومی» است و تشکیل و اداره امور عمومی جزء حاکمیت و اختیارات انحصاری دولت است و دولت نمی‌تواند در این امور از خود سلب حاکمیت نموده و اداره آنها را به افراد تفویض کند.^{۱۵۸} بر این اساس امتیاز یعنی استفاده انحصاری از یک چیز، اما این عقیده به‌نظر حقوقدانان چندان بنای محکمی ندارد. در زمان کنونی امتیاز، قراردادی است که به‌موجب آن دولت و یا مؤسسات صلاحیت‌دار اداری به تصویب قانونگذار، اداره یک امر عمومی و یا بهره‌برداری از یک ثروت ملی را به شخص یا اشخاص معینی واگذار کند که در مدت معینی آن را به هزینه خود به‌کار اندازد و در ازای کار و سرمایه خود از استفاده‌کنندگان آن امر عام المنفعه، وجوهی اخذ کنند یا در مقابل منافعی که از ثروت ملی عاید آنها می‌شود، سهمی به دولت بپردازد. موضوع امتیاز ممکن است اداره امور عام المنفعه مانند اداره آب، برق، پست و... یا بهره‌برداری از منابع و ثروت ملی، مانند امتیاز

۱۵۴. مجموعه نظریات شورای نگهبان، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول ۱۳۸۱، صص ۴۲ و ۴۳ و برای اطلاعات بیشتر ر.ک. مهرپور، دکتر حسین، «مجموعه نظریات شورای نگهبان»، ج ۳، انتشارات کیهان، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۱، ص ۴۱.

۱۵۵. طباطبائی مؤتمنی، دکتر منوچهر، «حقوق اداری»، انتشارات سمت، ۱۳۷۹، ص ۳۶۴.

۱۵۶. صفایی، دکتر سیدحسین، «مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی»، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۲۶۷.

۱۵۷. مشایخ، نصیر، «آیا قانون اساسی با سرمایه‌گذاری خارجی مخالف است؟»، روزنامه صدای عدالت، تاریخ ۸۰/۴/۲.

۱۵۸. طباطبائی مؤتمنی، دکتر منوچهر، منبع پیشین، ص ۳۶۳.

بهره‌برداری از جنگلها و معادن و... باشد.^{۱۵۹} بدین ترتیب موضوع امتیاز یک «امر عمومی» است. باتوجه به این موارد باید گفت «امتیاز» ملازمه با نوعی انحصار دارد.^{۱۶۰} امتیازات انحصاری که در دوران قاجار براساس قراردادهایی مانند دادرسی به بیگانگان اعطا گردید، سبب شد تا قانونگذار جمهوری اسلامی هرگونه اعطای امتیاز را به بیگانگان ممنوع اعلام کند. اما همان‌طور که می‌دانیم قراردادهایی مانند بیع متقابل و حتی مشارکت هیچ‌گونه انحصاری را برای طرف خارجی ایجاد نمی‌کند و همه اقدامات تحت نظارت شرکت ملی نفت ایران انجام می‌پذیرد. در تایید این نظریه در بند (ج) ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ آمده است:

« پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی ... متضمن اعطای امتیاز توسط دولت به سرمایه‌گذاران خارجی نباشد. منظور از امتیاز، حقوق ویژه‌ای است که سرمایه‌گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار دهد.»

ب) اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

«این اصل نظام اقتصادی را در اختیار سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی قرار داده است.» اصل ۴۴ یکی از بحث‌انگیزترین اصول قانون اساسی بوده است که هنگام تصویب آن نیز افراد بسیاری که در شورای خبرگان تصویب قانون اساسی بوده‌اند، ایراداتی بر آن وارد نموده‌اند و بالاخره این اصل در جلسه پنجاه و هفتم از جلسات شورای تصویب قانون اساسی در تاریخ ۱۳۵۸/۸/۹ به تصویب رسیده است.^{۱۶۱} برخی اصل یاد شده را عامل رکود اقتصادی و بن بست سرمایه‌گذاری می‌دانند و عقیده دارند که انحصار بازرگانی خارجی و کلیه صنایع بزرگ و مادر در دست دولت آفات عظیمی به دنبال دارد و برای ایجاد نظام مناسب سرمایه‌گذاری و تحرک اقتصادی، دولت باید از دخالت بیش از حد متعارف در بخشهای مختلف اقتصادی بپرهیزد و زمینه را برای فعالیت بازرگانان و سرمایه‌گذاران فراهم آورد.^{۱۶۲} در این مورد، اولویت را باید به سرمایه‌گذاران داخلی داد؛ زیرا تا زمانی که اتباع داخلی رغبت و تمایلی به سرمایه‌گذاری نشان ندهند، به طریق اولی اتباع خارجی گرایش و انگیزه‌ای برای سرمایه‌گذاری در کشور نخواهند یافت.^{۱۶۳} با دقت در این اصل روشن می‌شود که در واقع مالکیت

۱۵۹. منبع پیشین، ص ۳۶۲.

۱۶۰. مشایخ، نصیر، منبع پیشین، تاریخ ۸۰/۴/۲.

۱۶۱. جهت دیدن اختلاف‌نظرها و چگونگی تصویب این اصل ر.ک. «صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، ج ۳، ناشر اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ص ۱۵۳۲ به بعد.

۱۶۲. امام، فرهاد، «حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران»، انتشارات یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۳، بخش دوم مبحث سوم، ص ۱۵۰ به بعد.

۱۶۳. اخلاقی، دکتر بهروز، «آینده سرمایه‌گذاری در ایران، علل و موانع پیشرفت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۴۷، ۱۳۷۹، ص ۱۱ به بعد.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖

مواردی که برشمرده شده است نظیر، صنایع بزرگ، صنایع مادر، معادن، بازرگانی خارجی و... در اختیار دولت می‌باشد؛ چونکه در این اصل بر مالکیت عمومی تصریح شده است. بنابراین، دولت با حفظ مالکیت این موارد برای خود می‌تواند، بهره‌برداری و استخراج معادن و صنایع را تا حدودی که برای طرف مقابل ایجاد مالکیت ننماید، به آنها واگذار نماید و این امر مخالف با قانون اساسی نمی‌باشد. از آنجا که اصل مذکور همه بخشهای مهم را در اختیار و انحصار دولت قرار داده است و این امر با واقعیت‌های اقتصادی دنیای کنونی سازگاری ندارد، در سال ۱۳۸۳ رهبر انقلاب اسلامی طی نامه‌ای به رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام، در مورد تدوین سیاستهای کلی نظام پیرامون اصل ۴۴ قانون اساسی آوردند:

«دولت باید از فعالیتهایی که خارج از اصل ۴۴ قانون اساسی است، خارج شده و به‌هیچ‌وجه وارد فعالیتهای اقتصادی خارج از این اصل نشود و همچنین مردم چه در شکل تعاونی، خصوصی و یا عمومی باید بتوانند در فعالیتهایی که دولت تاکنون فعال بوده و در صدر اصل ۴۴ ذکر شده با حفظ حاکمیت و نظارت دولت در تمام شرایط وارد شوند».^{۱۶۴}

مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز پس از این دستور، در بند اول سیاستهای کلی نظام در اصل ۴۴ قانون اساسی، دولت را موظف نمود تا کلیه فعالیتهای اقتصادی خود را در اموری که مشمول عناوین صدر اصل مذکور نیست، متوقف کند. متن این بند به شرح ذیل است:^{۱۶۵}

«دولت موظف است هرگونه فعالیتهای اقتصادی (شامل فعالیتهای جدید، تداوم فعالیتهای قبلی، سرمایه‌گذاری و بهره‌برداری از آن) را که مشمول عناوین صدر اصل ۴۴ نباشند و نیز انجام آن بنا به تشخیص هیأت وزیران توسط بخشهای خصوصی و تعاونی امکان‌پذیر باشد، حداکثر تا پایان برنامه پنج ساله چهارم (حداقل ۲۰ درصد کاهش فعالیت سالیانه) متوقف نماید. با توجه به مسئولیت نظام در حسن اداره کشور، در مواردی که تداوم یا شروع فعالیت، خارج از عناوین صدر اصل ۴۴ توسط دولت ضرورت داشته باشد، این امر بنا بر پیشنهاد هیأت وزیران و تصویب مجلس شورای اسلامی برای مدت معین بلامانع است. اداره و تولید محصولات صرفاً نظامی، انتظامی و اطلاعاتی نیروهای مسلح و امنیتی که جنبه محرمانه دارد، مشمول این حکم نیست».

در بند (۲) از سیاستهای کلی نظام نیز، ورود بخشهای عمومی غیردولتی، تعاونی و خصوصی را نیز به بسیاری از بخشهای دولتی مشمول صدر اصل ۴۴ مجاز اعلام نمود. در این بند آمده است: «به‌منظور تحقق رشد و توسعه اقتصادی، جلوگیری از زیان جامعه و تبدیل دولت به کارفرمای بزرگ

۱۶۴. روزنامه دنیای اقتصاد، ضمیمه ۸۳/۱۰/۵، ص ۲.

۱۶۵. منبع پیشین، ص ۴.

و با توجه به مفاد اصل ۴۴ و اصل ۴۳ قانون اساسی، سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در زمینه مذکور در صدر اصل ۴۴ به شرح ذیل توسط نهادها و بنگاههای عمومی غیردولتی و بخش‌های تعاونی و خصوصی در محدوده مجموعه بندهای مصوب این سیاست‌های کلی مجاز است:

الف) صنایع بزرگ، صنایع مادر (از جمله صنایع بزرگ پایین‌دستی نفت و گاز و معادن بزرگ به استثناء نفت و گاز)

ب) فعالیتهای بازرگانی خارجی در چارچوب سیاستهای تجاری و ارزی کشور مشروط بر آنکه موجب انحصار نشود.

پ) بانکداری و بیمه.

ت) تأمین نیرو شامل تولید و واردات برق برای مصارف داخلی و صادرات.

ث) سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی با مراعات جهات ایمنی و رعایت حق‌آبه‌های مردم.

ج) کلیه امور پست و مخابرات به استثناء شبکه‌های مادر مخابراتی، امور واگذاری فرکانس و شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و توزیع خدمات پایه پستی.

چ) راه و راه آهن.

ح) هواپیمایی و کشتیرانی.»

این تفسیر و توضیح اصل ۴۴ قانون اساسی را هر چند توسط مقامی مانند مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت گرفته است باید به فال نیک گرفت.^{۱۶۶} همه این توضیح، تفاسیر و دستورات نشان می‌دهد که اصل ۴۴ قانون اساسی به شکل کنونی دارای مشکلات عملی بسیار فراوانی است و می‌بایست در کنار سایر اصولی که نیازمند اصلاح می‌باشد، برطبق اصل ۱۷۷ قانون اساسی مورد بازنگری قرار گیرد و تا آن زمان اگر تفسیری از این اصول می‌شود، برطبق اصل ۹۸ قانون اساسی به‌وسیله شورای نگهبان صورت بگیرد. چنانچه اصل یاد شده مقرر می‌دارد: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود». همان‌گونه که ملاحظه گردید، با وجود تخصیص‌های فراوانی که مجمع به این اصل وارد کرده، اما هنوز بخش نفت و گاز کشور در اختیار بخش دولتی قرار گرفته است. این امر شاید به این دلیل است که در ماده ۲ قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ مقرر گردیده است: «منابع نفت کشور جزء انفال و ثروتهای عمومی است و طبق اصل

۱۶۶. در تاریخ ۱۳۸۵/۴/۱۰ از رسانه ملی صدا و سیما خبر ابلاغ سیاست‌های راهبردی و کلی بند (ج) اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی از سوی رهبر انقلاب اسلامی به‌منظور شتاب گرفتن رشد و توسعه اقتصادی کشور مبتنی بر اجرای عدالت اجتماعی و فقرزدایی در چارچوب چشم انداز ۲۰ ساله کشور پخش و در جراید به چاپ رسید، که این رویداد به نوبه خود می‌تواند دگرگونی جدیدی در تلقی از مفهوم حاکمیت و تصدی‌گری دولت در بخشهای مختلف باشد. (از جمله روزنامه جمهوری اسلامی شماره ۷۸۰۷ دوشنبه ۱۲ تیر ۱۳۸۵).

۴۵ قانون اساسی در اختیار حکومت اسلامی می‌باشد و کلیه تأسیسات و تجهیزات و دارایی‌ها و سرمایه‌گذاری‌هایی که در داخل و خارج کشور توسط وزارت نفت و شرکتهای تابعه به عمل آمده یا خواهد آمد، متعلق به ملت ایران و در اختیار حکومت اسلامی خواهد بود». در ادامه همین ماده تأکید شده که «اعمال حق حاکمیت و مالکیت نسبت به منابع و تأسیسات نفتی متعلق به حکومت اسلامی است که براساس مقررات و اختیارات مصرح در این قانون به عهده وزارت نفت می‌باشد که برطبق اصول و برنامه‌های کلی کشور عمل نماید». به‌نظر نویسنده در مقطع حساس کنونی که مکرراً اعلام می‌شود، کشور جمهوری اسلامی ایران براساس سند چشم‌انداز در افق ۱۴۰۴،^{۱۶۷} بایستی الهام بخش، فعال و مؤثر در جهان اسلام با تحکیم الگوی مردم‌سالاری دینی، توسعه کارآمد، جامعه اخلاقی، نواندیشی و پویایی فکری و اجتماعی تأثیرگذار باشد؛ بایستی با الهام گرفتن از ابلاغ سیاستهای راهبردی و کلی بند (ج) اصل ۴۴ قانون اساسی و کاهش تصدی‌گری دولت، نسبت به مفهوم حاکمیت دگراندیشی نموده و با مفهوم جدیدی از آن زمینه را برای پیشبرد توسعه اقتصادی به شیوه جلب و جذب سرمایه‌گذاری‌های اصولی در معادن و صنایع مادر مهیا نمود و به‌نظر می‌رسد با توجه به موقعیت حساس و استراتژیکی کشور ما و در عین حال استقلال سیاسی آن و از سویی ضرورت استخراج ذخایر عظیم نفت و گاز جهت شکوفایی اقتصادی و رفع مشکلات عدیده اجتماعی ملت و مملکت خود، اعمال حاکمیت فقط ناظر به حضور فیزیکی، عملیاتی و تصدی‌گری دولت نباشد؛ بلکه می‌توان با تدبیر، نظارت فائده و ارائه سیاستهای راهبردی به این مهم نائل آمد و با مدیریت قوی و حکیمانه مشارکت شرکتهای بزرگ سرمایه‌گذار اعم از داخلی و خارجی را بدون اینکه خللی به حاکمیت و مالکیت دولت به معنای عام کلمه وارد آید فراهم ساخت و این هدف را می‌توان با اصلاح بند (الف) و (ب) اصل ۴۴ قانون اساسی و کاستن تصدی‌گری دولت تحقق بخشید.^{۱۶۸} کشور ایران با دارا بودن ۱۳۰ میلیارد بشکه نفت قابل استحصال و ۲۷ تریلیون متر مکعب گاز و با محاسبه ارزش ذخایر هیدروکربوری کشور در حدود ۳۰۰۰ میلیارد دلار و برخوردار بودن از برکات الهی برای بیش از یکصد سال آینده آن‌هم در حالی که هنوز در پهنه گسترده‌ای از کشور (۸۰٪) عملیات اکتشافی صورت نگرفته است،^{۱۶۹} و اینکه تنها کشوری است که به هر دو حوزه نفت و گاز خلیج فارس و دریای خزر

۱۶۷. برای اطلاعات بیشتر راجع به سند چشم‌انداز بیست ساله ر.ک. ابراهیمی، دکتر سید نصرالله، مقاله: «جایگاه ایران در تعامل منطقه‌ای و بین‌المللی در چشم‌انداز بیست ساله کشور»، مجله حکومت اسلامی ویژه اندیشه و فقه سیاسی اسلام، صاحب امتیاز دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، سال دهم، شماره ۳۸، زمستان ۱۳۸۴، صص ۱۶۷-۱۲۴. همچنین: جعفر پیشه، مصطفی، مقاله: «چشم‌انداز حکومت دینی، پارادکس توسعه و چالشهای پیش رو»، منبع پیشین، صص ۷۹-۵۷.

۱۶۸. در تاریخ ۱۳۸۵/۶/۶ از شبکه اول سیما دیدار اعضای هیأت دولت نهم با رهبر معظم انقلاب اسلامی پخش شد که مقام رهبری خطاب به هیأت دولت با تأکید بر کاستن تصدی‌گری دولت در وظایف غیرحاکمیتی، ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ را علاوه بر بند (ج) شامل بند (الف) و (ب) آن اعلام کردند که این رخداد را در تایید دیدگاه خود دانسته و در راستای اصلاح اصل ۴۴ مطلوب و مفید به‌نظر می‌رسد.

۱۶۹. ابراهیمی، دکتر سید نصرالله، منبع پیشین، صص ۱۳۶ و ۱۳۷.

دسترسی مستقیم دارد و در زمانی که کشورهای حوزه قفقاز برای استخراج این منابع وارد بازی بزرگی شده‌اند و وجود منابع عمده انرژی و نفت در خاورمیانه همگی موقعیت ایران را به حدی ارتقاء بخشیده است که با اکثر کشورهای همسایه دارای علایق و منافع مشترک می‌باشد، توسعه همه جانبه کشور را نمی‌توان با قواعد و قوانین قطعی و لایتغیری همچون فرمول‌های ریاضی مقایسه کرد که هیچ تنوع و تغییر و دگرگونی را بر نمی‌تابد و پرواضح است که با طرز تلقی سنتی از حاکمیت، هیچگاه به توسعه پایدار و تحقق آرزوی دیرینه تمدن بزرگ ایران اسلامی نخواهیم رسید.

پ (اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

«عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد». و در اصل ۱۲۵ همین قانون نیز آمده است:

«امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقتنامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولتها و همچنین امضای پیمانهای مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس جمهور یا نماینده قانونی اوست». به‌علاوه قانونگذار در اصل ۱۳۹، صلح دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری را در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد به تصویب مجلس موکول کرده است که در واقع اراده کرده به‌طور استثناء آن دسته از قراردادها بین‌المللی را که یک طرف آن شرکتها و اشخاص حقوق خصوصی مهم قرار گرفته‌اند نیز تصویب و کنترل کند.

در این مجال باتوجه به ذکر « قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللی» باید به این پرسش پاسخ داد که آیا انعقاد هرگونه قرارداد توسط دولت و سازمانهای دولتی ایران و طرفهای خارجی نیاز به تصویب مجلس دارد؟ آیا انعقاد قراردادهای بیع متقابل با طرفهای سرمایه‌گذار خارجی، نیز نیازمند تصویب مجلس می‌باشد؟

در پاسخ به این پرسش در آغاز، قرارداد بین‌المللی را تعریف نموده‌اند:

«قرارداد بین‌المللی عبارت از عقدی است که برای خرید یا هر نوع تعهد دیگری در مورد انتقال کالا و یا خدمات و ... بین دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی و یا سازمانهای دولتی در دو کشور مختلف منعقد می‌شود».^{۱۷۰} همین نویسنده می‌گوید: چون این‌گونه قراردادها مشمول مقررات قانون مدنی یک یا چند کشور معین می‌باشند و ارتباطی به حاکمیت دولتها ندارند؛ لهذا معاهده محسوب نمی‌شوند و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌گردند.^{۱۷۱} ایشان در پایان مقاله نتیجه‌گیری

۱۷۰. عنایت، دکتر سید حسین، «تنظیم معاهدات بین‌الملل در حقوق کنونی ایران»، زمستان ۵، مجله حقوقی ش ۷، صص ۱۳۱-۱۳۰ و همچنین ر.ک، انصاری، دکتر ولی الله، «کلیات حقوق قراردادهای اداری»، نشر حقوقدان، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۶۶

۱۷۱. عنایت، دکتر سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۳۱.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی...

می‌کنند که چون انعقاد قراردادهای بین‌المللی اصولاً از اعمال اجرایی و اداری با تجار و ارباب صنایع و یا تشکیلات اقتصادی خارجی است، مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌گردد. شورای نگهبان نیز در مورد لزوم تصویب قراردادهای بین‌المللی نظرات متشدد و مختلفی را ابراز نموده است؛ این شورا درباره موافقتنامه همکاری فنی ایران و لیبی چنین نظر داده که «قراردادهایی که بر مبنای موافقتنامه منعقد می‌شود و طبق اصل ۷۷ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی نیاز دارد، به‌موقع به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید».^{۱۷۲}

در این نظر، اشاره نشده است که آیا قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز مانند معاهده‌های بین‌المللی تحت شمول این اصل قرار می‌گیرند یا خیر؟ از این نظر استفاده می‌شود که بررسی و تصویب کلیه قراردادهای بین‌المللی بر عهده مجلس شورای اسلامی می‌باشد. شورای نگهبان به مناسبت دیگری در پاسخ به سوال نخست وزیر اعلام نموده که «قراردادهایی که یک‌طرف آن وزارتخانه یا مؤسسه یا شرکت دولتی و طرف دیگر قرارداد شرکت خصوصی می‌باشد، قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌باشد».^{۱۷۳} بر این اساس چنانچه طرف خارجی، شرکت خصوصی باشد، قرارداد نیازی به تصویب مجلس ندارد. اما استدلال شورای نگهبان مبنی بر بین‌المللی نبودن این قراردادها مخدوش می‌باشد؛ چونکه این قراردادها از مصادیق بارز قراردادهای بین‌المللی به شمار می‌آیند و شاید منظور شورای نگهبان این باشد که این‌گونه قراردادها معاهده بین‌المللی محسوب نمی‌شوند.^{۱۷۴} شاید بتوان گفت که مجموع اظهارنظرهای شورای نگهبان حکایت از این دارد که به عقیده این شورا انعقاد قراردادهایی که دولت و سازمانها و شرکتهای دولتی ایران با سازمانها و مؤسسات خارجی دارای شخصیت حقوقی منعقد می‌کنند، نیاز به تصویب مجلس ندارد. مفهوم مخالف گفته مزبور آن است که هرگاه قرارداد میان دولت ایران و دولت خارجی باشد، اعتبار آن موکول به تصویب مجلس خواهد بود. مهم نیست که موضوع قرارداد تجاری باشد و به حقوق خصوصی ایران مرتبط است و یا غیرتجاری و به حقوق بین‌الملل عمومی مرتبط باشد.

بنابراین نظر قراردادهای تجاری بین‌المللی مانند بیع متقابل که بین شرکت ملی نفت ایران (به نمایندگی از وزارت نفت و دولت) با یک شرکت خارجی منعقد می‌شود، نیازی به تصویب مجلس ندارد، چرا که موضوع این قرارداد تابع حقوق بین‌الملل عمومی نمی‌باشد؛ بلکه موضوع آن تجاری است و تابع قواعد عمومی همین قراردادها می‌باشد. در پایان به دلایل ذیل به‌نظر می‌رسد که قراردادهای بیع متقابل که در زمینه نفت و گاز در ایران منعقد می‌شود نیازی به تصویب مجلس ندارد:

۱- از سیاق اصل ۷۷ و ۱۲۵ که «عهدنامه‌ها و مقاوله‌نامه‌ها» را در کنار «قراردادهای

۱۷۲. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۱، ص ۱۸۴.

۱۷۳. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰، ص ۹.

۱۷۴. عنایت، دکتر سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۳۳.

بین‌المللی» آورده است، به نظر می‌رسد که منظور قانونگذار از «قراردادهای بین‌المللی» آن دسته از مواردی بوده است که در حیطه حقوق بین‌الملل عمومی و مربوط به سیاست کلی کشور است و با این توصیف، قراردادهای تجاری دولت از شمول این اصل خارج می‌گردد.

۲- همان‌طور که می‌دانیم اعمال دولت را از لحاظ موضوع به دو دسته اعمال تصدی و اعمال حاکمیت تقسیم کرده‌اند.^{۱۷۵} گاهی دولت در لباس یک تاجر ظاهر می‌شود و در اصطلاح حقوق اداری «اعمال تصدی» انجام می‌دهد که به نظر می‌رسد اصل ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی منصرف از این اعمال باشد و تنها آن دسته از اعمال دولت را در برمی‌گیرد که دولت در مقام یک قدرت عمومی و سیاسی انجام می‌دهد و در اصطلاح به آنها «اعمال حاکمیت» گفته می‌شود.

بنابراین، قراردادهای تجاری حتی اگر توسط دولت یا نماینده دولت (مثلاً توسط شرکت ملی نفت ایران در قراردادهای بیع متقابل) منعقد شود، چون از جمله اعمال تصدی به شمار می‌آید، تابع حقوق خصوصی و تجارت بوده و از محدوده حقوق عمومی خارج می‌گردد؛ بنابراین از شمول اصول ۱۲۵ و ۷۷ قانون اساسی منصرف بوده و نیازی به تصویب مجلس ندارد.^{۱۷۶}

۳- از لحاظ عملی نیز اگر هر قراردادی که دولت ایران با سایر دول در زمینه‌های مختلف تجاری منعقد می‌کند، نیاز به تصویب مجلس داشته باشد، وقت و هزینه زیادی را از مجلس که وظیفه اصلی آن قانونگذاری می‌باشد، تلف می‌کند و مشکلات عملی بسیاری را نیز برای دولت به وجود می‌آورد. بنابراین، در قراردادهای تجاری که دولت با دیگر شرکتهای خصوصی یا دیگر دولتها منعقد می‌کند هر چند که مهم باشد، نیازی به تصویب مجلس ندارد و نظریه شورای نگهبان که در پیش از این به آن اشاره شد و همچنین رویه کنونی دولت و مجلس نیز شاهد بر همین مدعا می‌باشد.

بند دوم) از دیدگاه قوانین عادی و مقررات^{۱۷۷}

در این قسمت نوبت به بررسی اجمالی جایگاه قراردادهای بیع متقابل در سایر مقررات موضوعه می‌رسد. بخش نخست بحث ما به قوانین برنامه‌های پنج ساله توسعه اختصاص دارد سپس به قوانین بودجه سالانه پرداخته می‌شود و در پایان موادی از قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آیین‌نامه‌های ذی‌ربط مورد توجه و بررسی قرار می‌گیرد.

۱۷۵. طباطبایی موتمنی، دکتر منوچهر، منبع پیشین، ص ۲۹۹.

۱۷۶. برای اطلاعات بیشتر، ر.ک. فلسفی، دکتر هدایت الله، «حقوق بین‌الملل معاهدات»، انتشارات فرهنگ نشر نو، چاپ اول، ۱۳۷۹، صص ۱۶۵ الی ۱۷۱ به‌ویژه پاورقی صص ۱۶۸ و ۱۶۹.

۱۷۷. جهت مطالعه قوانین و مقررات نفت و گاز و ... ر.ک. مجموعه قوانین و مقررات نفت، گاز و پتروشیمی (پیش از مشروطیت تاکنون) در دو جلد، تدوین: امور حقوقی شرکت ملی نفت ایران بهمن ماه ۱۳۸۱.

الف) مصوبات مجلس شورای اسلامی در برنامه های پنج ساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور

در قانون برنامه اول توسعه مصوب ۱۳۶۸ بند «ی» تبصره ۲۹ آمده است:

«به دولت اجازه داده می شود به منظور رفع قسمتی از نیازهای بخش صنعت و معدن در امور مربوط به تولید، صادرات و سرمایه گذاری های ذی ربط، به روش معاملات متقابل تا سقف ده میلیارد (۱۰/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار اقدام نماید...».

در قانون برنامه دوم توسعه نیز در بند «و» تبصره ۲۲ چنین مجوزی به دولت اعطا گردیده و در بند «م» همین تبصره مقرر گردیده:

«به دستگاههای اجرایی ذی ربط اجازه داده می شود در چارچوب اعتبارات این قانون... سقف شش میلیارد و پانصد میلیون (۶/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار با استفاده از روشهای بیع متقابل... و تا سقف سه میلیارد و پانصد میلیون (۳/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار از طریق تعهدات فایناس، ... اجرا نمایند».

ملاحظه این قوانین و مجوزها پیرامون بیع متقابل که همگی دارای رقمهای بسیار کلان است و هر سال نسبت به سال پیش از افزایش بیشتری برخوردار می شود، نمایان گر این است که به رغم همه انتقاداتی که کارشناسان فنی و حقوقی به این قالب قراردادی دارند، وزارت نفت تمایل بیشتری به انعقاد قراردادهای نفتی در قالب بیع متقابل نشان می دهد. در برنامه سوم توسعه نیز که در تاریخ ۷۹/۱/۱۷ به تصویب مجلس رسید، در بند «ه» ماده ۸۵ مجوز انعقاد این شیوه قرارداد پیش بینی شده است.

در قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ نیز بر انعقاد قراردادهای بیع متقابل در زمینه های مختلف، به ویژه نفت و گاز، تاکید شده است. در بند (ب) ماده ۱۴ همین قانون مقرر گردیده است:

«به منظور افزایش ظرفیت تولید نفت و حفظ و ارتقای سهمیه ایران در تولید اوپک، تشویق و حمایت از جذب سرمایه ها و منابع خارجی در فعالیتهای بالادستی نفت و گاز، اطمینان از حفظ و صیانت هر چه بیشتر با افزایش ضریب بازیافت از مخازن نفت و گاز کشور، انتقال و به کارگیری فناوری های جدید در توسعه و بهره برداری از میادین نفتی و گازی و امکان استفاده از روشهای مختلف قراردادی بین المللی به شرکت ملی نفت ایران اجازه داده می شود... به انعقاد قراردادهای اکتشافی و توسعه میدانیها با تامین منابع مالی طرف خارجی یا شرکتهای صاحب صلاحیت داخلی ... اقدام نماید...».

همان گونه که قبلاً هم بیان گردید در قراردادهای بیع متقابل ریسک «تجاری نبودن میدان» به شرکت طرف قرارداد منتقل می گردد. در همین راستا بند «ه» ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه

اعلام می‌دارد:

«... در صورتی که در پایان مرحله اکتشاف، میدان تجاری در هیچ نقطه‌ای از منطقه کشف نشده باشد قرارداد خاتمه خواهد یافت و طرف قرارداد حق مطالبه هیچ گونه وجهی را نخواهد داشت».

این ویژگی (یعنی عدم حق مطالبه هزینه‌های انجام گرفته برای اکتشاف ناموفق منابع مربوطه) نیز دلالت بر پذیرش بیع متقابل به‌نحو مرسوم که مورد نظر این نوشتار است دارد.

ب) قوانین بودجه سالانه

تا قبل از سال ۱۳۶۸ سرمایه‌گذاری خارجی در زمینه نفت و گاز تنها در بخش پایین‌دستی وجود داشت. با پایان جنگ تحمیلی و ضرورت بازسازی صنایع تخریب شده کشور جذب سرمایه‌گذاری خارجی در دستور کار دولت و برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قرار گرفت.^{۱۷۸} همان‌گونه که ملاحظه نمودیم برنامه‌های پنج‌ساله اول و دوم و سوم و چهارم، قالب قراردادی بیع متقابل را در این زمینه پیش‌بینی نموده بودند. اکنون باید به قوانین بودجه سالانه کشور نظری افکنده شود تا مجوزها و راهکارهای لازم برای انعقاد این شیوه قراردادی روشن گردد. در قوانین بودجه سالانه کشور معمولاً در تبصره ۲۹ این قانون، طرح‌های مشمول قراردادهای بیع متقابل پیش‌بینی شده است. در اینجا در بین قوانین بودجه تنها به قسمت اول بند «ب» تبصره ۲۹ قانون بودجه سال ۱۳۷۲ کل کشور بسنده می‌کنیم:

ب - «... به شرکت ملی نفت ایران اجازه داده می‌شود تا مبلغ ۲/۶ میلیارد دلار جهت احداث، توسعه و بازسازی واحدهای مشروحه زیر:

- طرح تکمیل پالایشگاه بندرعباس.
-
- احداث پالایشگاه مایعات گازی بندر عسلویه.
- توسعه میادین نفتی بلال و سیری.
- بازسازی و نوسازی تاسیسات میادین نفتی ابودر، سروش، و بهرگانسر از طریق انعقاد قرارداد با شرکتهای ذی‌صلاح خارجی ایجاد تعهد نماید به‌نحوی که بازپرداخت اقساط مربوط به هر یک از واحدهای فوق تنها از محل صادرات تولید همان واحد انجام شود.

۱۷۸. گروه نویسندگان، منبع پیشین، صص ۱۰۱-۱۰۰.

اشاره به قانون بودجه سال ۱۳۷۲ کل کشور به این دلیل است که پس از پایان جنگ تحمیلی، سرمایه‌گذاری خارجی در ایران به نسبت سالهای اوایل انقلاب و دوران جنگ، به‌طور محسوس و ملموسی رشد چشمگیری داشت. بخش اخیر این بند نیز تأکید بر روش بیع متقابل دارد؛ چرا که پرداخت هزینه‌ها و منافع شرکتهای خارجی را فقط از طریق «محل صادرات تولید همان واحد» قابل اجراء دانسته است. در قانون بودجه سال ۱۳۷۳ تا ۱۳۸۵ کل کشور طرحهای گوناگونی مورد شمول قراردادهای بیع متقابل گردیده است، که به‌دلیل کفایت مباحث در این زمینه از ذکر آنها خودداری می‌شود. در قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور نیز مجوز سرمایه‌گذاری از طریق بیع متقابل پیش‌بینی شده است. در قسمت اخیر جزء (۱) بند «د» تبصره ۱۱ قانون مذکور آمده است:

«... سرمایه‌گذاری‌های موضوع این بند در صورت امکان از طریق بیع متقابل و در صورت عدم امکان از طریق فاینانس در چارچوب قانون استفاده از منابع مالی خارجی مصوب ۱۳۸۴/۸/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام قابل اجرا خواهد بود».

این جمله که در قسمتهای زیادی از این تبصره در مورد سرمایه‌گذاری خارجی و طرح توسعه میادین نفتی و گازی تکرار شده است؛ نمایان‌گر این نکته است که اولویت دولت برای انعقاد قرارداد با شرکتهای خارجی هنوز در قالب «بیع متقابل» متجلی است و برای انعقاد قرارداد به دیگر شیوه‌ها تا زمان کنونی اقبالی وجود ندارد. همه این محدودیتها و راه کارهایی که در این قوانین پیش‌بینی شده است مسیر را به سمت پذیرش و انعقاد و اجرای قراردادهای بیع متقابل هدایت می‌کند و البته معمولاً شرکتهای خارجی مجبورند که تنها در قالب انعقاد این قراردادها با شرکت ملی نفت ایران همکاری نمایند.

پ) قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

این قانون با بیست و پنج ماده و یازده تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ مجلس شورای اسلامی تصویب و در جلسه روز شنبه مورخ ۱۳۸۱/۳/۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب و جایگزین قانون «جلب و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی» مصوب ۱۳۳۴/۹/۷ گردید و اصطلاحاً «فیپا» (FIPPA)^{۱۷۹} نامیده می‌شود.

در ماده ۳ این قانون آمده است:

«سرمایه‌گذاری‌های خارجی که براساس مفاد این قانون پذیرفته می‌شود از تسهیلات و حمایت‌های این قانون برخوردارند. این سرمایه‌گذاری‌ها به دو طریق زیر قابل پذیرش هستند:

179. Foreign Investment Promotion and Protection Act (FIPPA).

الف) سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در زمینه‌هایی که فعالیت بخش خصوصی در آن مجاز می‌باشد.
ب) سرمایه‌گذاری‌های خارجی در کلیه بخشها در چارچوب روشهای «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل» و «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود و متکی به تضمین دولت یا بانکها و یا شرکتهای دولتی نباشد».

بخش پایانی ماده اعلام می‌کند که بازگشت سرمایه و منافع سرمایه‌گذار تنها از محل طرح مورد سرمایه‌گذاری، پرداخت می‌شود و دولت هیچ تضمینی در این زمینه به عهده نمی‌گیرد. یعنی اگر طرح سرمایه‌گذاری شده، تجاری و سودآور نباشد، همه هزینه‌های شرکت سرمایه‌گذار بر باد می‌رود، بنابراین سرمایه‌گذاری در این زمینه با ریسک و خطر بالایی همراه است، تا آنجا که برخی از نویسندگان خارجی که در زمینه سرمایه‌گذاری در صنعت نفت و گاز ایران مطالعه نموده اعلام کرده‌اند که قانون جدید تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری از شفافیت چندانی در خصوص تضمین امنیت سرمایه‌گذاری برخوردار نمی‌باشد.¹⁸⁰ و به عبارت ساده نمی‌توان به آن اعتماد کرد. در همین رابطه آیین‌نامه اجرایی شیوه انعقاد قراردادهای بیع متقابل، که در راستای ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه بر نحوه انعقاد قراردادهای بیع متقابل وضع شده، در تبصره ۲ ذیل ماده ۸ اعلام می‌دارد:

«در این‌گونه قراردادها، هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم اکتشافی در قالب قراردادهای منعقد شده، منظور و به‌همراه هزینه‌های توسعه میدان تجاری کشف شده از محل فروش محصولات تولیدی همان میدان بازپرداخت خواهد شد». در ادامه، تبصره ۳ همین آیین‌نامه مقرر می‌دارد «... در صورتی که عملیات اکتشاف، به کشف میدان تجاری در منطقه مذکور در قرارداد منجر نشود، قرارداد خاتمه خواهد یافت و طرف قرارداد حق مطالبه هیچ‌گونه وجهی را نخواهد داشت».

هیأت وزیران در آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱، مشوقات و تسهیلاتی را برای سرمایه‌گذار خارجی از جمله در مواد ۲ و ۳ و بندهای الف) و ب) ماده ۴ آیین‌نامه مانند برخورداری از رفتار یکسان با سرمایه‌گذاران داخلی و تضمین سرمایه خارجی در قبال ملی شدن، پیش‌بینی نموده است اما با این وجود، قانون جدید تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری و آیین‌نامه آن، نسبت به قانون قدیم و نسبت به جهان اقتصادی جدید یک عقب‌گرد محسوب می‌شود و نه تنها باعث تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نمی‌شود بلکه از بدبینی‌های سرمایه‌گذاران خارجی نیز نمی‌کاهد. همان بدبینی که دولتمردان نسبت به شرکتهای خارجی دارند، به نحو بالعکس

180. Dr. Christian Ule and Dr. Alexander Brexendorff, *op. cit.*, p. 15.

نیز وجود دارد. قانع نمودن سرمایه‌گذاران خارجی جهت سرمایه‌گذاری در صنایع ایران، به‌ویژه صنعت نفت، با این‌گونه ساده‌اندیشی‌ها در قانونگذاری و اقدامات سطحی و جزئی صورت نمی‌پذیرد و سعه صدر بیشتری را می‌طلبد. در قراردادهایی مثل بیع متقابل، هیچگاه حفظ یک‌طرفه منافع کارساز نخواهد بود و با بدبینی نیز نمی‌توان به منافع اقتصادی مطلوب رسید. شجاعتی بزرگ و فکری سترگ می‌خواهد که جلو ضرر به اقتصاد کشور را گرفته و منافع آن را به شیوه‌های مختلف حفظ کرده و اقتصاد را شکوفا نماید.

نتیجه

الف - ماهیت قراردادهای بیع متقابل

- ۱- بیع متقابل از جمله اقسام تجارت متقابل است که هم ویژگی‌های خاص خود را داراست و هم با سایر اقسام تجارت متقابل وجوه افتراق و اشتراک دارد.
- ۲- بیع متقابل با هیچ‌کدام از اقسام عقود معین در حقوق داخلی و فقه همانند عقد جماله برخلاف نتیجه‌گیری برخی مطابقت ندارد و با توجه به مفاد قراردادی، از جمله قراردادهای پیمانکاری و خدمت‌می‌باشد که می‌توان آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها تطبیق داد.
- ۳- بیع متقابل به‌عنوان نهادی نوین دارای ماهیتی خاص می‌باشد که برای قراردادهای خدماتی با اوصاف خاص و توافقی‌های جانبی برگزیده شده است.

ب - جایگاه قراردادهای بیع متقابل

- ۱- قراردادهای بیع متقابل به‌منظور جذب و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی برای توسعه و رونق اقتصادی و مالاً حفظ منافع ملی، مورد استفاده قرار گرفته‌اند.
 - ۲- قراردادهای یاد شده بدون تعهد دولت و تضمین بانک مرکزی و بازپرداخت کلیه هزینه‌ها از محصول پروژه به‌منظور حفظ اصول حاکمیت و مالکیت ملی بر منابع و مخازن و تولید صیانتی و انتقال تکنولوژی و دانش فنی منعقد شده‌اند.
 - ۳- قراردادهای موصوف، به‌موجب الزامات قانونی و سایر محدودیت‌های اقتصادی و سیاسی، برگزیده شده‌اند و در قوانین و مقررات موضوعه جایگاه ویژه‌ای دارند.
 - ۴- با عنایت به نگرش جدید مقنن خصوصاً در ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در تجویز استفاده از روشهای مختلف قراردادی بین‌المللی و ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و سند چشم‌انداز بیست ساله کشور و ضرورت انکارناپذیر توسعه اقتصادی و حفظ منافع کشور، به موازات استفاده از مکانیزم بیع متقابل با اصلاح و گذر از برخی محدودیت‌های ناشی از اصول قانون اساسی در صنعت نفت و گاز، استفاده از سایر مکانیزمها به‌طور جدی مورد توجه مسئولین امر و مراکز دانشگاهی و پژوهشی قرار گیرد.
- در پایان لازم به ذکر است که مفید یا مضر بودن قرارداد بیع متقابل منوط به شرایط طرفین و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه می‌باشد که موضوع تحقیق جامع دیگر نویسنده بوده و امید است در مقالات بعدی تقدیم گردد.

❖ مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی... ❖