

مقایسه قراردادهای بیع متقابل نفتی با تاسیسات حقوق داخلی

سمیه رحمانی^۱ - حمیده ره انجام^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۸/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۹/۴/۱

چکیده:

هدف از این پژوهش مقایسه قراردادهای بیع متقابل نفتی با تاسیسات حقوق داخلی می- باشد که با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی به این سوال که قراردادهای بیع متقابل نفتی با تاسیسات حقوق داخلی چه تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند و فرضیه آنکه: بیع متقابل یک قرارداد شناخته شده در حوزه منابع نفت و گاز ایران می‌باشد که می‌توان این قرارداد را با یکی از عقود معین مندرج در قانون مدنی منطبق دانست و یا صرفاً باید آن را با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی یک قرارداد مشروع به حساب آورد، دست یابیم. قرارداد بیع متقابل یک قرارداد شناخته شده در حوزه منابع نفت و گاز ایران می‌باشد. از آنجا که منابع نفت و گاز در ایران تحت شمول بخش دولتی است و معادن جزء انتفال و ثروت‌های عمومی محسوب می‌شود، این اختلاف وجود دارد که آیا این قرارداد تحت شمول مقررات حقوق اداری است و یا تحت سیطره مقررات حقوق خصوصی قرار می‌گیرد و از دیگر سو آنچه مورد توجه قرار می‌گیرد این است که آیا می‌توان این قرارداد را با یکی از عقود معین مندرج در قانون مدنی منطبق دانست و یا صرفاً باید آن را با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی یک قرارداد مشروع به حساب آورد.

واژگان کلیدی: قرارداد، بیع، تاسیسات، حقوق، نفت

^۱ - دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد تاکستان، دانشگاه آزاد اسلامی، قزوین، ایران
prsrahamanim@gmail.com

^۲ - استادیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد تاکستان، دانشگاه آزاد اسلامی، قزوین، ایران:
نویسنده مسئول

مقدمه

بیع متقابل اصطلاحی است که نویسندگان در مقابل کلمه^۱ استفاده نموده‌اند و حتی در متون قانونگذاری به همین عنوان مثال آیین‌نامه چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی ۱۳۷۹(ماده ۲)، قانون جدید تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) و همچنین آیین‌نامه شیوه قراردادهای بیع متقابل ۱۳۸۴ را می‌توان ذکر نمود. از قراردادهای بای بک تعاریف مختلفی ارائه گردیده است. از جمله توافقی‌های بای بک به عنوان «مقرره‌ای در یک قرارداد که فروشنده توافق می‌کند اموال را در صورتی که در طی مدت معینی اتفاق خاصی رخ دهد، به قیمت توافق شده خریداری کند، تعریف گردیده است».

بیع متقابل به عنوان یکی از شیوه‌های تجارت متقابل قلمداد می‌شود. آنسیترال در راهنمای معاملات تجارت متقابل مقرر می‌دارد: قراردادهای تجارت متقابل از «معاملاتی که در آنها یک طرف کالا، خدمات، فن‌آوری یا سایر ارزش‌های اقتصادی^۲ را برای طرف دوم فراهم می‌آورد و در عوض طرف اول از طرف دوم میزان مورد توافقی از کالا، خدمات، تکنولوژی یا سایر ارزش‌های اقتصادی را می‌خرد، چهره متمایز کننده این معاملات وجود ارتباط میان تولیدات دو طرف است که در آن انعقاد یک قرارداد تهیه (کالا و...) از یک سو، شرط انعقاد قراردادهای تهیه (کالا و...) از سوی دیگر.

راهنمای متقابل اشاره دارد به معامله‌ای که در آن یک طرف تسهیلات تولیدی را فراهم می‌آورد و طرفین توافق می‌کنند که فراهم آورنده آن تسهیلات یا شخصی که توسط وی تعیین می‌شود، تولیدات ناشی از آن تسهیلات تولیدی را خریداری خواهد نمود. فراهم آورنده تسهیلات اغلب فن‌آوری، آموزش و گاهی بخش‌های اصلی یا مواد مورد استفاده تولید را فراهم می‌کند. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا نیز در این خصوص تعریف زیر را ارائه نموده است:

«در این شیوه موضوع معامله عبارت است از ماشین‌آلات، تجهیزات، حق اختراع، اکتشاف و دانش فنی یا کمک‌های فنی (تجهیزات/ تکنولوژی) که به منظور 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 ایتیاغ کند». (صابر،

^۱ -Buyback

^۲ - Economic values

۱۳۸۹: ۴۹-۴۸) علاوه بر تعاریف مذکور قانونگذار داخلی نیز به تعریف بیع متقابل پرداخته است. به عقیده قانونگذار:

«بیع متقابل یا معاملات دوجانبه به مجموعه‌ای از روش‌های معاملاتی اطلاق می‌شود که به موجب آن سرمایه‌گذار خارجی تعهد می‌نماید تمام یا بخشی از تسهیلات مالی (نقدی یا غیر نقدی) را برای تأمین کالاها و خدمات موردنیاز، شامل کالاهای سرمایه‌ای یا واسطه‌ای یا مواد اولیه یا خدمات، جهت ایجاد، توسعه، بازسازی و اصلاح واحد تولیدی یا خدماتی در اختیار سرمایه پذیر دریافت کند. (آیین‌نامه اجرایی چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی، ماده ۲) فراهم آوردن کالا یا خدمات، ماشین‌آلات و... از طرف سرمایه‌گذار می‌تواند در مقابل کالاهایی انجام گیرد که بطور مستقیم یا غیرمستقیم توسط آن تسهیلات تولید شده‌اند. در این ماده فراهم کننده تماماً یا جزئاً کالاها و خدمات موردنیاز برای تأسیس، توسعه، بازیافت (راه‌اندازی مجدد)، ارتقاء و تداوم تولید بخش تولیدی کشور را فراهم می‌کند. این قرارداد، قراردادی است که در آن باز پرداخت به سرمایه‌گذار به صورتی از قبل تعیین شده انجام می‌پذیرد و در عین حال محدودیت‌هایی برای نحوه بازپرداخت، پاداش (جبران خدمات) و هزینه‌های بانکی در نظر گرفته می‌شود. شروع باز پرداخت اصل، بهره و پاداش سرمایه‌گذار بلافاصله بعد از به ثمر رسیدن طرح و تولید از آن طرح است و پرداخت‌ها بر اساس جدول تنظیمی توافق شده انجام می‌گیرند. برای راحتی انجام پرداخت‌ها و عدم دخالت دادن شرکت سرمایه‌گذار در امور بازاریابی محصولات تولیدی معمولاً طی یکی قرارداد تنظیمی، بازاریابی و فروش محصولات به عهده شرکت ملی نفت ایران گذارده شده و پرداخت‌های تعهد شده از محل فروش محصولات انجام می‌گیرد. یکی از محدودیت‌های اساسی این قراردادها این است که پرداخت‌های انجام گرفته به سرمایه‌گذار نبایستی از درآمدهایی که از توسعه طرح به دست آمده‌اند بیشتر شود. در واقع فلسفه وجودی این گونه قراردادهاست که بطور عمده در بخش صنعت و برای تولیدات صنعتی مورد استفاده قرار می‌گرفتند. (مقدم، ۱۳۸۵: ۸) بیع متقابل نفتی به لحاظ حقوقی، نوعی قرارداد خرید خدمت پیمانکاری است که توسط طرف خارجی فاینانس یا تأمین اجتماعی اعتبار می‌گردد. به موجب این قرارداد، سرمایه‌گذار خارجی موظف است کلیه عملیات راجع به توسعه و بازیافت یک میدان نفتی یا گازی را با هزینه و سرمایه خود انجام دهد. در مقابل شرکت ملی نفت تعهد می‌کند تمام هزینه‌های سرمایه‌ای، غیرسرمایه‌ای، عملیاتی و... که طرف خارجی جهت انجام عملیات مزبور، متحمل شده است را با بهره مشخصی و طی اقساط برابر الزاماً از

طریق نفت یا گاز حاصله از همان حوزه عملیاتی به او بازپرداخت نماید. (صحرانورد، ۱۳۸۱: ۱) قراردادهای بیع متقابل در تقسیم‌بندی قراردادهای نفتی به قراردادهای امتیازی، مشارکتی و خرید خدمت، جزء دسته اخیر قرار دارند. در مجموعه قراردادهای پیمانکاری و خدمت، مالکیت تام منافع در اختیار دولت (میزبان) است و پیمانکار فقط سهمی از منافع و فروش را به صورت نقد دریافت می‌نماید. در این نوع قراردادها دولت میزبان (کارفرما) متعهد می‌شود در ازاء انجام عملیات اکتشاف و توسعه میادین نفتی در محدوده مکانی و زمانی مشخص و تأمین مالی آنها توسط شرکت عملیاتی، علاوه بر باز پرداخت هزینه‌های اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری، حق الزحمه‌ای را نیز به پیمانکار پرداخت کند.

متداول‌ترین نوع قرارداد خدمت در سطح جهانی خدمت یا ریسک است. در این قرارداد پیمانکار کلیه هزینه‌های اکتشافی و توسعه منابع را متقبل می‌شود. در مقابل اگر فعالیت‌های اکتشافی موفقیت‌آمیز بود، کشور میزبان کلیه هزینه‌های سرمایه‌ای پیمانکار را بازپرداخت نموده و بخشی از درآمدهای آتی پروژه را نیز به عنوان دستمزد به پیمانکار واگذار می‌نماید. (معینی، ۱۳۸۵: ۱۰۳-۱۰۲) قراردادهای بیع متقابل نیز بعنوان نوعی از قراردادهای خرید خدمت از این خصوصیات مستثنی نیستند. این قراردادها اساساً یک قرارداد ریسک-خدمت^۱ است که طرف قرارداد برای سرمایه‌گذاری خود بجای پول نفت خام دریافت می‌کند. شرکت ملی نفت ایران از قرارداد های بای بک برای شرکت‌های نفتی خارجی در پروژه‌های مربوط به توسعه حوزه‌های نفتی استفاده می‌کند. شرکت نفتی دو نقش ایفا می‌کند. او سرمایه را تأمین مالی می‌کند و بعنوان طرف قرارداد به سازماندهی توسعه مخزن نفت، شامل انجام طرح‌های فرایند آماده‌سازی می-پردازد که باید توسط شرکت ملی نفت ایران عملیاتی شود.

در این رژیم قرارداد بیع متقابل، سرمایه تبدیل به قرض می‌شود که باید به وسیله درآمد حاصل از بخشی از نفت تولیدی بازپرداخت می‌شود لذا همانند ترتیبات قرارداد مشارکت در تولید، بر اساس قراردادهای بیع متقابل، شرکت نفتی بین‌المللی تمام هزینه‌های سرمایه‌گذاری و اجرایی اکتشاف و یا عملیات تولیدی را از طرف شرکت ملی نفت ایران بر اساس دامنه کار مورد توافق سرمایه‌گذاری خواهد کرد. در عوض این شرکت هزینه‌های خود را از اختصاص

^۱ - Risk Service Contract

تولیدات حاصله دریافت می‌کند. بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت یک قرارداد بیع متقابل در کل حاصل دو توافق است: یکی قرارداد اولیه و دیگری توافقنامه بیع متقابل و می‌تواند به اشکال مختلف تنظیم گردد.

برای اینکه ماهیت یک قرارداد بیع متقابل را روشن نماییم لازم است تا از ابعاد مختلف آن را مورد موشکافی قرار دهیم. این مهم از طریق بررسی ساختار این قراردادها، اشکال آن، تعهدات طرفین قرارداد و نهایتاً ویژگی‌های این نوع قراردادها به عنوان مقدمه‌ای برای مقایسه آن با سایر عقود، اعم از عقود داخلی یا خارجی انجام می‌پذیرد. با این وجود قدم ابتدایی در این راه قبل از ورود به اشکال بیع متقابل و تعهدات طرفین قرارداد، آشنایی با محتوای قراردادهای اولیه و بیع متقابل است تا دریچه ورود به قسمت‌های بعدی را به روی ما باز کند.

مبحث اول: اوصاف بیع متقابل

در مجموع می‌توان مشخصات و ویژگی‌های زیر را برای قراردادهای بیع متقابل بر شمرد:

۱- دو قرارداد مجزا

این قرارداد، از دو قرارداد اصلی تشکیل می‌شود. در قرارداد نخست فروشنده یا صادر کننده متعهد می‌شود که امکانات تولید را فراهم کرده در قبال آن بهای فروش تجهیزات و کارخانه و تکنولوژی را به صورت بخشی از محصولات همان کارخانه و امکانات سرمایه گذاری شده، دریافت دارد. در واقع قرارداد دوم، قرارداد باز خرید محصول ناشی از قرارداد اول می‌باشد. بنابراین با توجه به تعریف عقد که عبارت است از: « توافق دو انشای متقابل که به منظور ایجاد اثر حقوقی صورت می‌گیرد»، شکی نیست که بیع متقابل با عقود منطبق است و در ماهیت قراردادی آن هیچ گونه شک و شبهه‌ای نیست؛ اما اینکه این قرارداد در کدامین دسته از قراردادهای می‌گنجد موضوع بحث ما خواهد بود.

۲- ارتباط بین کالاها و تجهیزات و وسایل صادراتی با کالاهای باز خرید شده

ویژگی دیگر بیع متقابل این است که تسهیلات و امکانات تولیدی ارائه شده از سوی صادر کننده اصلی با محصولاتی که قرار است در مقابل باز خرید شوند، در یک فرآیند تولیدی به هم مرتبط هستند.

۳- بلند مدت بودن قرارداد

قراردادهای بیع متقابل جزء قراردادهای بلند مدت محسوب می‌شود که دوره مؤثر آنها

میتواند از ۵ تا ۲۰ سال باشد. ساخت یک پروژه عظیم اقتصادی که به خط تولید برسد صرف وقت و مدت زمان زیادی خواهد بود.

۴- سنگین بودن حجم عوضین قراردادهای بیع متقابل

منظور این است که این قرارداد در پروژه‌های عظیم و گران قیمت مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۵- لزوم قرارداد

قراردادهای بیع متقابل که از قراردادهای نامعین می‌باشد، تراضی طرفین برای لزوم و صحت این قراردادها کافی است چرای که برای هر یک از طرفین این قرارداد، تعهداتی بوجود می‌آید و در عرف نیز به این تعهدات طرفین عقد می‌گویند؛ فلذا تحت عموم آیه «وفوا بالعقود» قرار می‌گیرد و لازم‌الوفای می‌باشد.

۶- منجز بودن

مطابق ماده ۱۸۹ قانون مدنی: «عقد منجز آن است که تأثیر آن برحسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود».

بیع متقابل، متوقف بر خرید محصولات توسط فروشنده تجهیزات نیست بلکه مشتمل بر دو قرارداد و یک پروتکل است که یکی از آنها قرارداد فروش تکنولوژی یا تجهیزات است و این قرارداد، منجز اما مشروط بر پرداخت ثمن از محصولات تولیدی است. بنابراین هر چند در قرارداد بیع متقابل پرداخت عوض از محصولات معوض شرط قرارداد است ولی این مسئله عقد را معلق نمی‌سازد بلکه عقد منجز است.

۷- معوض بودن

عقودی که برحسب طبیعت خود دارای دو مورد هستند و هریک از دو طرف در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند، معوض می‌نامند. در عقد معوض همیشه دو تعهد متقابل وجود دارد و هریک از دو طرف، هم طلبکار دیگری است و هم مدیون او. بی تردید بیع متقابل عقدی معوض است. در این قرارداد باید ماده‌ای برای تعیین ارزش تعهد بیع متقابل، یعنی ارزش خرید محصولات به وسیله‌ای خریدار، گنجانده شود. این مبلغ می‌تواند مساوی، کم‌تر یا بیش‌تر از قیمت تجهیزات یا تکنولوژی فروخته شده تحت قرارداد اولیه باشد.

گفتار اول: بررسی عناصر قراردادهای بیع متقابل نفتی

این دسته از قراردادها با توجه به اینکه نوعی از تجارت متقابل هستند تحت هر حالت اعم

از اینکه در یک قرارداد ساده یا منفرد تنظیم شوند و یا بصورت مجموعه‌ای از چندین توافق نامه اصلی، پروتکل و فرعی تنظیم گردند، در هر صورت دو توافق اصلی شامل معامله اولیه^۱ و معامله بیع متقابل^۲ در آنها وجود خواهد داشت معامله اولیه توافقی است که در آن شرکت خارجی نفتی (یا در کل فروشنده اصلی) کالا یا خدماتی اعم از انتقال فن‌آوری و... را به کشور میزبان (یا خریدار اصلی) منتقل می‌کند. با توجه به اینکه مبنای توافق بعدی این معامله می‌باشد آن را معامله اولیه و خریدار و فروشنده آن را نیز خریدار اصلی^۳ و فروشنده اصلی^۴ می‌نامند.

توافق بیع متقابل یا معامله بیع متقابل بدین ترتیب یک معامله ثانوی یا تبعی است که به دنبال قرارداد اولیه تنظیم شده و شرایط بازپرداخت و حقوق و تعهدات طرفین در این خصوص بر اساس شروطی^۵ در آن گنجانده می‌شود. در معامله بیع متقابل با توجه به اینکه محصولات کارخانه یا واحد تولیدی در معرض فروش متقابل قرار می‌گیرد، خریدار اصلی تحت عنوان فروشنده ثانویه و فروشنده اصلی (زمانی که خود محصولات حاصل از واحد تولیدی را خریداری می‌کند) تحت عنوان خریدار ثانویه ظاهر می‌شوند. در این قسمت سعی می‌شود تا به صورتی گذرا به معرفی معامله اولیه و شروط حائز اهمیت در آن و همینطور معامله بیع متقابل بپردازیم.

بند اول: معامله اولیه

موضوع معامله اولیه فروش فن‌آوری و تجهیزات و در کل کلیه نیازمندی‌هایی است که کشور میزبان برای راه‌اندازی یا بهره‌برداری از یک واحد تولیدی بدانها احتیاج دارد. در قراردادهای بیع متقابل نفتی این معامله معمولاً نیازمندی‌هایی را که برای اکتشاف و توسعه میدان نفتی ضروری هستند را در بر می‌گیرد.

از آنجایی که این قرارداد یک قرارداد بین‌المللی فروش فن‌آوری و تجهیزات، و انتقال روش کار است، طراحان آن باید فهرستی از شروط و مقررات را در نظر بگیرند (Mc Vey, 1980: 218) با توجه به اینکه مطابقت تولیدات با ضرورت‌های مورد توافق در قراردادهای بیع متقابل از میان سایر موارد، به تجهیزات و فن‌آوری فروخته شده در معامله اولیه، روش انتقال و استفاده از این

¹ - Primary Tramination

² - Buy-back Tranation

³ - Chtenial Bayer

⁴ - Chingnal Saller

⁵ - Chamic

تجهیزات و تکنولوژی و کیفیت و سیاست روش‌های کنترلی (نظارتی) مندرج در طرح بستگی دارد، لذا طرفین قرارداد اولیه باید بطور ویژه و دقیقی آن بخش از قرارداد را که این بخش از موضوعات را تنظیم می‌کند، تهیه کنند.

بر این اساس قرارداد اولیه سه بخش شامل: ۱- تجهیزات، فن‌آوری و ماشین‌آلات ۲- روش کار، پروانه‌های بهره‌برداری و کمک‌های فنی ۳- نهایتاً ضمانت‌ها و کنترل کیفیت را در بر خواهد داشت. در مواردی همانند قراردادهای نفتی، علاوه بر انتقال تجهیزات و فن‌آوری لازم در معامله اولیه، اکتشافات یک میدان گازی یا نفتی و یا توسعه و بازپروری آن را نیز شامل می‌گردد. در مورد اخیر سرمایه‌گذار خارجی علاوه بر انتقال ابزارهای لازم، خود نیز در استفاده از آنها برای بهره‌برداری رساندن میدان نفتی فعالیت می‌کند و پس از رساندن سطح تولید به سقف مورد توافق طرفین آن را به کشور میزان تحویل می‌دهد معمولاً در چنین قراردادهایی یک سقف زمانی برای دستیابی به این میزان تولید نفت در نظر گرفته می‌شود.^۱

بند دوم: ماشین‌آلات و تجهیزات

در مواردی که قرارداد اولیه، تهیه ماشین‌آلات و تجهیزات را توسط فروشنده اصلی (شرکت نفتی خارجی) شامل می‌گردد، این معامله باید حاوی توصیف دقیقی از آنها و پیش شرط‌های ضروری برای راه‌اندازی‌شان باشد. بنابراین بعنوان یک قاعده تهیه ماشین‌آلات و تجهیزات بطور ضمنی تحویل استاد فنی لازم برای استفاده مناسب از آنها را نیز شامل می‌شود. در مواردی نیز نحوه راه‌اندازی آنها هم از موضوعات قرارداد اولیه می‌باشد که باید تعهدات طرفین در این خصوص مشخص گردد. در صورت لزوم معامله اولیه باید شرایط و طول دوره زمانی کارکرد این تجهیزات، جزئیات تست راه‌اندازی و مقررات و شرایطی را که بر اساس آن تهیه این تجهیزات و ماشین‌آلات پذیرفته خواهد شد و نهایتاً ضمانت‌های کیفی و اجرایی آنها را نیز دربر داشته باشد.

بند سوم: پروانه بهره‌برداری، روش کار و کمک‌های فنی

اغلب اوقات معامله بیع متقابل نه تنها شامل فروش ماشین‌آلات و تجهیزات تولیدی توسط فروشنده اصلی می‌گردد، بلکه شامل اعطای پروانه بهره‌برداری برای استفاده از حقوق انحصاری وی و روش کار مربوط به آن تولیدی (از جمله نحوه کار و بهره‌برداری از میدان نفتی) نیز می‌-

^۱ - در این خصوص بعنوان مثال بنگرید به متن قرارداد بیع متقابل میدان آزادگان شمالی میان ایران و شرکت چین NPC.

گردد. بنابراین تعیین دقیق اطلاعات فنی و سایر روش‌های کار برای خریدار اصلی از دیگر موضوعات قرارداد اصلی می‌باشد.

همین طور طرفین می‌توانند موافقت نمایند که فروشنده اصلی برای نظارت بر طرح جهت کمک به خریدار اصلی در انجام تعهدات بازپرداختش و فروش تولیدات از متخصصین فنی خود استفاده نماید و یا پرسنل طرف خریدار اصلی را در این خصوص آموزش دهد. در برخی مواقع نیز لازم است برای آشنایی با کارخانه و آموزش نمایندگان خریدار اصلی بر طرح‌های فروشنده اصلی نظارت نماید. مشخص نمودن تعداد پرسنل فنی خارجی و دوره زمانی که بدین منظور از آنها استفاده خواهد شد، شرایط تعیین کننده دامنه و مدت نظارت‌ها یا آموزش‌ها و تعداد پرسنل خریدار اصلی که می‌توانند در این فرایند شرکت نمایند از موضوعاتی است که در قرارداد اولیه تنظیم می‌شود.

در مواردی مانند قراردادهای بیع متقابل نفتی که امکان استفاده فی‌البداهه از تجهیزات و ماشین‌آلات خریداری شده توسط خریدار اصلی برای اکتشاف و توسعه میدان نفتی یا گازی وجود ندارد، بخش اخیر قرارداد به نوعی بخش اصلی آن را تشکیل می‌دهد. به عبارتی در این موارد شرکت نفتی خارجی در کنار فروش تجهیزات، اکتشاف و بهره‌برداری از میدان نفتی یا گازی را نیز برعهده دارد و پس از انجام این کار تجهیزات و ماشین‌آلات در اختیار کشور میزبان قرار می‌گیرد. در این حالت در ابتدای امر نظارت بر فرایند استفاده از تجهیزات و ماشین‌آلات جای خود را بر اجرای فاز اول پروژه یعنی به بهره‌برداری رساندن آن می‌دهد و نظارت توسط پرسنل فنی یا آموزش نیروهای داخلی و... مرحله پس از راه‌اندازی میدان نفتی را به خود اختصاص می‌دهد. با توجه به عدم وجود دانش فنی کافی برای راه‌اندازی و بهره‌برداری بعدی از پروژه‌های نفتی و گازی آموزش و انتقال فن‌آوری بخش بسیار مهم و ارزنده‌ای از قراردادهای بیع متقابل نفتی را به خود اختصاص می‌دهد که از یک سو مورد علاقه کشور میزبان است و از سوی دیگر در برخی از حوزه‌ها ضامن بازپرداخت هزینه‌ها و سودهای شرکت نفتی خارجی می‌باشد. البته با توجه به ضمانت‌های مندرج در قراردادهای بای‌بک برای دریافت هزینه‌های شرکت سرمایه‌گذار، انتقال این دانش و آموزش نیروهای داخلی به همان اندازه که مورد علاقه کشور میزبان است مورد بی‌علاقگی طرف مقابل نیز می‌باشد.

بند چهارم: کنترل کیفیت و ضمانت‌ها

برای تضمین اینکه تولیدات از همان کیفیت، کارایی و خصوصیات برخوردار باشند که مورد

توافق قرار گرفته، طرفین می‌توانند سیاست‌های کنترل کیفیت و رویه‌های مناسب آن را در نظر بگیرند. مقررات کنترل کیفیت ممکن است اقدامات و روش‌هایی را نیز در نظر گیرند که تولیدات از هدف فوق‌پیروی نمی‌کنند. بعلاوه ضمانت‌های مربوط به تولیدات می‌تواند در قرارداد باز پرداخت یا هر یک از قراردادهای اجرایی (فرعی) مجزا نیز ذکر گردد. با این وجود طرفین ترجیح می‌دهند معمولاً این موارد در قرارداد اولیه ذکر شود. (Kerdovic. 2004, PP 170-171)

بند پنجم: قرارداد بازپرداخت

قرارداد بازپرداخت با قرارداد بیع متقابل قراردادی است که در آن تعهدات مربوط به خرید متقابل توسط فروشنده اصلی که در اینجا تحت عنوان خریدار ثانویه شناخته می‌شود و خریدار اصلی (فروشنده ثانویه) تنظیم می‌شود. برخلاف سایر اشکال تجارت متقابل، قرارداد بیع متقابل مرکب از مقررات خاصی است که تولید آتی کالاها یا خدمات منتج از تسهیلات، فن‌آوری و تجهیزات قرارداد اولیه را تضمین می‌کند. قراردادهای بیع متقابل با توجه به اینکه تنها در صورت اجرای به موقع تعهدات مندرج در قرارداد اولیه (یعنی تحویل تجهیزات با تکنولوژی با اجرای تعهدهای اکتشاف و توسعه میدان نفتی یا گازی) است که اجرای تعهدات قرارداد دوم (یعنی خرید و دریافت محصولات نفتی) را ممکن می‌سازد، حمایت کامل از منافع متقابل طرفین، قرارداد را تضمین می‌کند. بنابراین در کنار پیش‌بینی‌های طرفین، قراردادهای بیع متقابل مرکب از شروط ضروری بیع متقابل^۱، همچنین تعهدات متقابل طرفین قرارداد یعنی تعهد فروشنده اصلی یا خریدار بیع متقابل به خرید، دوره زمانی مورد توافق، تولیدات را از پیش تعیین شده و بطور مشابه تعهدات مشخص فروشنده بیع متقابل به فروش کالاهای مذکور می‌باشد. با توجه به اینکه قرارداد بیع متقابل یک معامله بلندمدت است، بطور طبیعی دارای شروطی در خصوص دوره زمانی لازم برای اجرای تعهدات بیع متقابل است. دوره‌های زمانی ده سال یا بیشتر برای اجرای تعهدات بیع متقابل، غیرمعمول نیستند.

تعیین محصولات بیع متقابل، شامل تحویل، دسترسی به محصولات قابل پذیرش، کمیت، کیفیت و انواع محصولات و همین‌طور شروط کنترل کیفیت، معمول‌ترین اصطلاحات و شروطی هستند که تعهدات بیع متقابل را مشخص می‌کنند. قرارداد بیع متقابل باید شامل مقرراتی برای تعیین ارزش کالای مورد خرید و فروش نیز باشد که به معنی ارزشی است که

¹ - Hay- back requirement staures

فروشنده بیع متقابل محصولاتش را در چهارچوب قرارداد بیع متقابل می‌فروشد. این میزان می‌تواند برابر، کمتر یا بیشتر از قیمت تجهیزات و فن‌آوری فروخته شده بر اساس قرارداد اولیه باشد. رابطه میان ارزش، این دو قرارداد معمولاً نسبت بای بک^۱ خوانده می‌شود.

از دیگر مسائل مندرج در قرارداد بیع متقابل قیمت محصولات است. معمولاً خریدار در تعیین قیمت و شرایط خریدار، فرمول‌های قیمت‌گذاری را برمی‌گزیند که مناسب‌تر از قیمت ثابت است. همینطور برای تضمین اینکه خریدار یا جانشین وی کمتر از میزان مورد توافق خریداری نکند فروشنده بیع متقابل شرایط سودمندتری را نسبت به سایرین برای خریدار در نظر می‌گیرد. از جمله ممکن است طرفین توافق نمایند که خریدار بیع متقابل جانشین وی باید از شرایط مشتری ممتاز در رابطه با تولید بهره‌مند شود. در این موارد مقررات قانون ضد دامپینگ^۲، کارتل^۳ یا رقابت آزاد باید در نظر گرفته شود.

از دیگر مواردی که در مورد قیمت‌گذاری مورد توجه قرار می‌گیرد، تعیین پول رایجی است که بر اساس آن قیمت‌گذاری و پرداخت‌ها مشخص می‌شود. یکی از شروط مهم دیگری که در قراردادهای بیع متقابل مورد توجه قرار می‌گیرد شرط واگذاری^۴ است. این شرط به خریدار اجازه می‌دهد تمام یا بخشی از حقوق و تکالیف خود را به طرف ثالثی منتقل نماید. مشارکت طرف ثالث از جمله مسائلی است که آن را به معامله بصورت ترکیبی از چند قرارداد تبدیل می‌کند. از دیگر مقرراتی که دریافت محصولات را مطابق با شرایط مورد توافق تضمین می‌کند، مقررات مربوط به تحویل، سقف زمانی اجرای تعهد و حق بازرسی و نظارت می‌باشد.

شروط تعیین خسارت از دیگر شروط این قراردادهاست که در مورد عدم اجرا یا تحویل کالا-هایی که مطابق توافق طرفین نیست، طرف مسئول برای خسارت را مشخص می‌کند. در نقطه مقابل شروط مجازات^۵، شروط معافیت از مسئولیت، طرفی را که در اجرای مسئولیت‌هایش قصور ورزیده را از مسئولیت معاف می‌کند. در این قراردادها در مورد مجازات‌های طرف اول، میزان معمول آن ۱۰ تا ۲۰ درصد ارزش کالاهای بیع متقابل یا بخش انجام نشده قرارداد دوم است.

^۱ - Bay- back relks

^۲ - دامپینگ به معنای فروش کالا در خارج به قیمتی کمتر از قیمت آن در داخل می‌باشد.

^۳ - کارتل، ادغام و ترکی تولیدکنندگان یک محصول برای کنترل تولید، فروش و قیمت‌گذاری انحصاری آن است.

^۴ - Assignment clause

^۵ - Penal provisions

مجازات طرف دوم در موارد قصور در اجرای تعهدات خریدار از قبیل عدم تحویل تولیدات بیع متقابل، ارائه کالاهای نامرغوب‌تر، تحویل برخلاف توافق یکی دیگر از شروط بسیار مهم این قرارداد در مورد پایان قرارداد اولیه یا قرارداد بیع متقابل می‌باشد. در صورتی که انتقال و پذیرش کالاهای بای بک صرفاً منوط به انتقال تجهیزات و فن‌آوری قرارداد اولیه بصورت موفقیت‌آمیز باشد، عدم انجام قرارداد اولیه یا ابطال آن هیچ‌مبنایی برای اجرای قرارداد بیع متقابل باقی نمی‌گذرد. این موضوع نتیجه مستقیم ارتباط تعهدات ناشی از این دو قرارداد بخاطر وابستگی اقتصادی آنها به یکدیگر می‌باشد. موضوع مناقشه برانگیزتر قراردادهای بیع متقابل چه از لحاظ نظری و چه در عمل آثار پایان (ابطال) قرارداد دوم بر سرنوشت قرارداد اول است. نهایتاً مقررات مربوط به فورس مازور، محدودیت‌های بازاریابی، حل و فصل اختلافات، داوری و انتخاب قانون صالح شروط پایانی قراردادهای بیع متقابل را به خود اختصاص می‌دهند. (Ibid. 71- 172)

مبحث دوم: مقایسه قراردادهای بیع متقابل نفتی با تاسیسات حقوق داخلی

گفتار اول: قرارداد بیع

قانون مدنی در ماده ۳۳۸ بیع را اینگونه تعریف کرده است: بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم، از این نتیجه حاصل می‌شود که بیع عقدی است تملیکی از عقود معوض است و مبیع باید عین باشد. عقد بیع از جمله عقود است که شباهت زیاد با قراردادهای بیع متقابل دارد. بر همین اساس برای مقایسه عقد بیع با قراردادهای بیع متقابل به بررسی اوصاف آن می‌پردازیم. همانطور که گفته شد عقد بیع یک عقد تملیکی معوض است که در آن باید مبیع عین باشد.^۱

بند اول: تملیکی بودن

منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب قبول واقع می‌شود. همین که خریدار و فروشنده درباره تبادل دو کالا و شرایط آن توافق کردند. مبیع و ثمن خودبخود مبادله می‌شود و نیازی به کار دیگری نیست (کاتوزیان، پیشین ۴۹) بر این اساس باید نتیجه گرفت که بیع یک عقد فوری است و باید بلافاصله تبادل ملکیت عوضین با ایجاب و قبول صورت پذیرد. همین مسأله در ماده ۳۳۹ قانون مدنی نیز تصریح شده است. پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود.

^۱ - ضرورت عین بودن مبیع از جمله مسائل مورد اختلاف است. برای نظر مخالف بنگرید به حیدی، ۱۳۹۱: ۸۲

ماده ۳۶۲ نیز در این راه تصریح می‌نماید که به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود، ولی همانطور که می‌دانیم تملیکی بودن در مواردی دچار چالش می‌شود. به عنوان مثال در بیعی که موضوع آن عین کلی است. در چنین مواردی پس از عقد خریدار مالک هیچ چیز نمی‌شود و تنها می‌تواند از فروشنده بخواهد که مبیع را تعیین و تسلیم کند و تنها از این تاریخ است که خریدار می‌تواند بر آن ادعای مالکیت کند. حال این مشکل پیش می‌آید که چگونه می‌توان این عقد را بیع تملیکی دانست در حالیکه مبیع به مالکیت خریدار در نیامده است و تنها به نفع خریدار تعهدی را بر دوش فروشنده نهاده است؟

برای حل این مشکل فقیهان کوشیده‌اند عقد بیع را حتی در موردی که موضوع آن کلی و دین است تملیکی وانمود کنند. بعضی گفته‌اند کلی نیز در عرف مالی است موجود که می‌تواند مورد خرید و فروش قرار گیرد (ایزدی‌فرد، ۱۳۳۷: ۱۱۶) برخی نیز برای حل این مشکل اظهار داشته‌اند که تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست. درست است که اگر مبیع قابلیت تعلق یافتن به دیگری را داشته باشد در اثر بیع مالکیت انتقال می‌یابد ولی نمی‌توان ادعا کرد که بیع جز به طریق تملیکی تحقق نمی‌یابد زیرا این اثر موکول بر این است که موضوع عقد در عالم خارج معین باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳) برخی نیز در چنین مواردی بیان داشته‌اند که در صورتی که هیچ یک از دو مورد معامله عین معین نباشند و کلی فی‌الذمه باشند عقد بیع عهدی است (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۳) پاسخ به این مسأله از جمله مسائلی است که در تعیین بیع بدون فروش تجهیزات به کشور صاحب مخزن نفتی از اهمیت زیادی برخوردار است. همانطور که می‌دانیم در صورتی که شرکت سرمایه‌گذار نتواند تعهدات خود را برآورده سازد مستحق دریافت هیچ مبلغی نیست. در این صورت تکلیف تجهیزات انتقال یافته به کشور میزبان مبهم می‌ماند. زیرا اگر این بخش از قرارداد را بیع تصور نماییم با توجه به خصوصیت تملیکی بودن آن به محض بستن قرارداد دولت میزبان مالک آنها بوده و با عدم کشف میدان نفتی تجاری نمی‌تواند از پرداخت ثمن معامله طفره رود مگر اینکه حق فسخ را دارد بیع را داشته باشد. از سوی دیگر، مشخص نیست که آیا مالکیت دولت از زمان تنظیم قرارداد بیع متقابل اتفاق می‌افتد یا از زمان انجام تعهد به بهره‌برداری از میدان نفتی. بنابراین لازم است بررسی نماییم آیا می‌توان بر بیع شروطی وارد نمود که نهایتاً با قراردادهای بیع متقابل مطابقت نماییم و بدین ترتیب فروش کالا و تجهیزات را تحت عنوان بیع توجیه نماییم یا خیر.

بند دوم: استثناء بر قاعده کلی

قاعده‌ای است که در اثر عقد بیع خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود ولی همان گونه که گفته شد براساس نظر برخی نباید پنداشت که انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن جزء مقتضای بیع است. چنانکه در مبیع کلی تا فرد مورد تملیک از طرف فروشنده تعیین نشود، خریدار نمی‌تواند بر هیچ چیز در عالم خارج حق عینی پیدا کند. همانطور با مطرح نمودن بیع عهدی نیز می‌توان این نتیجه را که فوری بودن از اوصاف ذاتی عقد بیع نیست استنباط نمود. سؤال این است که این مسأله فقط در مورد بیع کلی صادق است و یا اینکه چون از اوصاف ذاتی بیع نیست بیع مبیع کلی صحیح می‌باشد.

در تعریف بیع بیان شده است که بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم، بطور مطلق هیچ شرطی در تعریف آن مبنی بر اینکه زمان تملیک باید چه هنگامی باشد بیان نشده، به عبات دیگر در تعریف بیع گفته نشده است که عبارتست از تملیک فوری عین به عوض معلوم ماده ۳۳۹ نیز گفته است که پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قول واقع می‌شود ولی نگفته است که انتقال مالکیت با ایجاب و قبول واقع می‌شود تا بتوان فوریت آن را ذاتی عقد بیع دانست.

ممکن است این ایراد وارد گردد که در آثار بیع بیان شده است که به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود ولی می‌توان این مورد را نیز اینگونه پاسخ داد که این عقیده ناظر به حالت جالب است و شرایطی را بیان می‌کند که طرفین عقد به گونه دیگری توافق نکرده باشند. در غیر این صورت نه باید بیع کلی صحیح باشد و نه بتوان برخلاف آن شرط نمود ولی همانطور که از تعریف بیع قابل استنباط است، این وصف انتقال مالکیت و حق و تصرفات ناشی از انتقال مالکیت است که وصف ذاتی و شاکله اصلی بیع را مشخص می‌کند و نه انتقال فوری آن.

بدین ترتیب طرفین عقد بیع می‌توانند خلاف آن شرط نمایند و این شرط می‌تواند به دو صورت اتفاق افتد: یکی شرط تأخیر در انتقال مالکیت و دیگری شرط تعلیق.

بند سوم: تأخیر در انتقال مالکیت

دو طرف عقد می‌توانند انتقال مالکیت را برای مدت به تأخیر اندازند، یعنی چنین قرار گذارند که عقد هم اکنون بسته شود ولی اثر آن از مدت زمانی دیگر به وجود آید. درست است که

تنها وجود اجل برای تسلیم مبیع مانع انتقال نمی‌شود ولی این حکم در صورتی است که بخواهند انتقال پس از عقد انجام شود و تنها تسلیم مبیع مدتی به تأخیر افتد و گرنه در صورتی که تأخیر در انتقال مبیع نیز خواسته آنان باشد در نفوذ این اراده نباید تردید کرد (کاتوزیان، پیشین، ۱۸۵) به عبارتی طرفین عقد می‌توانند توافق نمایند که از مدتی پس از عقد این انتقال مالکیت صورت گیرد.

بند چهارم: شرط تعلیق

همانگونه که طرفین می‌توانند انتقال مالکیت را به تأخیر اندازند، حق دارند آن را منوط به وقوع امری در عالم خارج سازند. در این حالت انتقال امری نیست که در آینده بطور مسلم اتفاق افتد. مالکیت خریدار منوط به تحقق امری است که امکان دارد هیچگاه انجام نشود. ولی در شرط تأخیر پس از مدتی انتقال خود به خود انجام می‌پذیرد. اینک تعلیق باعث می‌شود که ملکیت از روز عقد به خریدار منتقل شود یا تنها ناظر به آینده است در حقوق ما حکمی وجود ندارد. (همان، صص ۱۶۰-۱۶۱)

بنابراین این امکان وجود دارد که طی یک قرارداد بیع طرفین تصمیم بگیرند که مالکیت مبیع پس از وقوع شرط انتقال یابد. بر این اساس چه عقد بیع متقابل را عقد معلق بگیریم و چه منجر این قابلیت در آن وجود دارد که انتقال تجهیزات و کالا براساس قرارداد بیع در آن قابل تصور است. توضیح آنکه اگر قرارداد را بیع متقابل مشروط فرض نماییم، مطابق نظر ما می‌توان گفت که قرارداد بیع متقابل شامل انتقال کالا، تجهیزات و... به کشور سرمایه‌پذیر است مشروط بر اینکه میدان نفتی تجاری یافت شود. در مواردی که قرارداد را منجز فرض نماییم نیز انتقال مالکیت می‌تواند با تأخیر و مشروط به انجام تعهد شرکت سرمایه‌گذار انجام پذیرد. این مسأله در مورد ثمن معامله نیز قابل تصور است. بنابراین ثمن معامله می‌تواند مشروط به پرداختن آن از محل درآمد ناشی از حصول عقد بیع نخستین گردد.

بند پنجم: موجود بودن مبیع حین انعقاد عقد

یکی از ویژگی‌های دیگر عقد بیع این است که مبیع باید در زمان انعقاد عقد از شرایطی برخوردار باشد. از این میان برخی از آنها که ممکن است موجب تفاوت میان بیع یا قرارداد بیع متقابل شود عبارتند از اینکه مبیع باید هنگام عقد موجود و معین باشد. در مواردی که مبیع عین معین، یا در حکم آن است باید هنگام عقد موجود باشد. خرید و

فروش مال معین که وجود خارجی ندارد باطل است (ماده ۳۶۰) بر این اساس این مشکل پیش می‌آید که باید در زمان عقد کلیه تجهیزات و تاسیسات وجود داشته باشد و در صورتی که هنگام عقد وجود خارجی نداشته باشد نمی‌تواند به آن وصف بیع داد. باید توجه داشت در مورد اشیایی که یکی از آنها مورد بیع قرار گرفته است و از ارزش و اوصاف یکسان برخوردار باشد بیع درست خواهد بود (کلی در معین).

ولی وضعیت در رابطه با تجهیزات و کالاهای موضوع قراردادهای بیع متقابل نفتی تفاوت می‌کند. در چنین موادی حجم این تاسیسات و هزینه آن به قدری زیاد است که نمی‌توان آن را به منزله کلی در معین دانست. با این وجود نمی‌توان منکر این قضیه شد که در این قرارداد انتقال مبیعی در مقابل ثمنی انجام می‌گیرد. بنابراین باید به دنبال استدلال دیگری بود. با توجه به اینکه نه می‌توان آن را عین معین دانست و نه کلی یا کلی در معین به نظر می‌رسد باید این کالاها را با خصوصیات خاصی برشمرد. بسیار دور از تصور است که شرکت خارجی که کالاها یا تجهیزات را هنگام بستن عقد موجود داشته باشد. از سوی دیگر با توجه به اینکه امروزه بیع عهدی در رابطه با مبیع معین نیز در عمل اتفاق می‌افتد و به عنوان مثال یک کشور سفارش تولید چند دستگاه کشتی را به یک شرکت می‌دهد و شرکت موظف می‌شود پس از گذشت مدتی آنها را تحویل دهد و در عرف نیز به این کار خرید کشتی می‌گویند به نظر نمی‌رسد همانند سایر چنین قراردادهای صرف مشخص نمودن اوصاف آن به گونه‌ای برای خریدار معلوم باشد کافی است.

بند ششم: معوض بودن

عقد بیع یک عقد معوض است که در آن ثمن در مقابل بیع قرار گرفته و با انعقاد عقد فروشنده مالک ثمن و خریدار مالک مبیع می‌شود. قانون مدنی نیز در تعریف عقد اشاره کرده که عقد بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم. تعریف بیع در مورد اینکه منشأ عوض از کجا باشد ساکت است و هیچ شرطی را مطرح ننموده. از سوی دیگر همانطور که گفته شد در عقد بیع می‌تواند شرط نمود که هر یک از بیع و ثمن با تأخیر پرداخت شود. بنابراین این امکان وجود دارد که ثمن از محل سود حاصل از مبیع پرداخت شود. مثلاً اگر در قرارداد فروش ماشین شرط شود که خریدار ثمن را به صورت قسطی و از محل کرایه ماشین پرداخت کند هیچ‌کسی در بیع بودن این قرارداد شک ندارد.

بدین ترتیب شرط اساسی قراردادهای بیع متقابلی یعنی پرداخت هزینه از محل سود محصولات کارخانه احداث شده با همان تجهیزات هیچ تعارضی با عقد بیع ندارد. به عبارتی بیع متقابل را می‌توان بیعی دانست که ضمن آن شرط شده است ثمن از محل محصولات ناشی از همان تجهیزات تأمین شود. لذا برخلاف نظر برخی نمی‌توان این شرط را مبنای اختلاف عقد بیع با قرارداد بیع تقابل دانست، بلکه صرفاً باید آن را شامل دو عقد بیع مرتبط به هم دانست که ثمن یکی از آنها وسیله پرداخت ثمن بیع دیگر قرار می‌گیرد. از سوی دیگر در تعریف بیع هیچ جایی اشاره‌ای به این موضوع نشده است که ایجاب و قبول با سایر عناصر عقد باید در یک کشور باشد. بر این اساس خارجی بودن شرکت سرمایه‌گذار نفتی در تعیین این موضوع ندارد.

گفتار دوم: قرارداد جعاله

یکی دیگر از عقود که در مورد شباهت آن با قرارداد بیع متقابل معمولاً بحث می‌شود عقد جعاله است. بدین منظور لازم است ابعاد مختلف جعاله را مطرح نموده و با بیع متقابل مقایسه نماییم.

بنداول: بررسی ابعاد مختلف عقد جعاله

به موجب ماده ۵۶۱ قانون مدنی: جعاله عبارتست از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین، بر طبق این ماده طرف عقد یعنی عامل ممکن است هنگام انشاء ایجاب به وسیله جاعل مشخص باشد یا شخص غیرمشخص باشد (شهیدی، پیشین، ۱۱۳) بنابراین جعاله به اعتبار چگونگی ایجاب بر دو قسم است: خاص و عام. در جعاله خاص، ایجاب برای شخص معین می‌شود طرف خطاب تنها یک یا چند نفر خاص است و به همین دلیل نیز پذیرفتن ایجاب از طرف دیگر امکان ندارد. یکی از نتایج طبیعی حاکمیت اراده این است که هر کس بتواند آزادانه طرف قرارداد خود را انتخاب کند. چنانچه هر گاه دیگری ایجاب را بشنود و کارمزد را انجام دهد گویند ایجاب هیچ التزامی در دادن پاداش یا اجرت‌المثل کار او ندارد هر چند که معلوم باشد انجام این کار نیز او را به مقصود خود رسانده است. در جعاله عام، آنچه به نظر جاعل اهمیت دارد رسیدن به نتیجه مطلوب است و به همین جهت ایجاب را به طرف عموم می‌کند و ملتزم می‌شود هر کس کار مورد درخواست او را انجام دهد پاداش معهود بپردازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۴۲-۱۳۲) در بررسی عقد جعاله تعیین تعهدات طرفین، ماهیت و اوصاف آن از اهمیت زیاد برخوردار است.

بند دوم: تعهدات طرفین عقد جعاله

عقد جعاله دارای دو مورد است: (۱) عمل (۲) اجرت عمل. (شهیدی، همان ۱۱۲) جاعل در قبال انجام عملی هر برآورده شدن آن را مطالبه نموده است پرداخت اجرتی را مشخص می‌نماید. جاعل می‌تواند در پیشنهاد خود قید کند که علاوه بر اجرت، تمام هزینه‌های انجام کار را نیز می‌پردازد ولی در موردی که پیشنهاد حاوی این التزام اضافی نباشد هزینه انجام دادن کار بر عهده عامل است. زیرا در اثر پیمان جعاله، جاعل مدیون می‌شود که اجرت را بپردازد و بر طبق قاعده کلی (ماده ۳۸۱ ق.م) هر مدیون موظف است هزینه تأدیه دین را نیز بپردازد.

بند سوم: اوصاف جعاله

عقد جعاله عقدی است جایز عقد جعاله برای هیچ یک از دو طرف لازم نیست و هر دو طرف می‌توانند هر گاه بخواهند آن را بر هم بزنند. براساس ماده ۵۶۵ قانون مدنی: جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمق به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین می‌تواند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد.

در جعاله شرط پاداش گرفتن رسیدن به نتیجه مطلوب جاعل است و تلاش در این راه اجرتی ندارد. تعهد عامل تعهد به نتیجه است نه تعهد به وسیله. لذا عامل مستحق دریافت حاجت می‌شود که نتیجه مورد نظر جاعل را برآورده باشد. این نتیجه می‌تواند مرحله به مرحله باشد و یا اینکه یک نتیجه مدنظر جاعل باشد. بر این اساس هر گاه در جعاله عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد، عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.

اثر فسخ نسبت به آینده است و کاری که پیش از آن انجام پذیرفته تابع قرارداد جعاله است و باید اجرت معهود آن پرداخته شود. البته تحت هر کدام از این شرایط عامل تنها زمانی می‌تواند مستحق اجرت گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده باشد و اگر منظور جاعل انجام کاری باشد باید آن کار را انجام داده باشد. بدیهی است در صورتی که بتوان هر مرحله از کار را دارای مقصود بالاصاله دانست می‌توان برای انجام هر بخش از کار نیز اجرت جداگانه در نظر گرفت.

از خصوصیات دیگر عقد جعاله این است که جزء عقود جایز است. براساس ماده ۵۶۵ قانون مدنی جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین

می‌توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید، باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد در این رابطه دو مسأله مطرح می‌گردد که شایان توجه است. نخست اینکه به عقیده برخی این ماده مربوط می‌شود به موردی که عمل مطلوب بسیط و تجزیه‌ناپذیر باشد و در صورتی که دارای اجزای مجزا باشد مشمول ماده ۵۶۶ مدنی می‌باشد. (کاتوزیان، پیشین: ۲۵۶)

اگر عامل برخی از آن اهداف را برآورده باشد و در حال اجرای یکی از مراحل دیگر باشد درست است به بقیه مراحل هنوز نپرداخته است ولی در حال انجام یکی از مراحل جزئی آن است. در چنین موردی به نظر می‌رسد باید برای هر یک از اجزاء عمل مورد نظر بطور مجزا حکم ماده ۵۶۵ ق.م.را اعما نمود.

سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا جایز بودن از خصوصیات ذاتی و تفکیک‌ناپذیر عقد جعاله است و بنابراین هرگونه شرط خلاف آن شرط خلاف مقتضای ذات عقد تلقی شده و بنابراین باطل است یا خیر. به نظر نمی‌رسد بتوان گفت چنین شرطی باطل است. هیچ دلیلی ندارد که طرفین عقد نتوانند حق بر هم زدن در این عقد را از خود سلب نمایند. به نظر دکتر شهیدی عقد جعاله مانند هر عقد جایز دیگری با درج شرط ضمن عقد به صورت غیرقابل انحلال نسبت به مشروط علیه در خواهد آمد.

وقتی طرفین عقد بتوانند با درج عقد جعاله ضم یک عقد لازم دیگر برای مشروط علیه آن را الزام‌آور کنند دلیلی وجود ندارد که نتوانند با درج شرطی در آن حق فسخ را از هر دو طرف سلب نمایند. بدیهی است این مسأله می‌تواند بطور صریح ذکر شود و یا با در نظر گرفتن ضمانت‌های مختلفی استنباط گردد. از دیگر خصوصیات این عقد این است که در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست. بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هرکس گم شده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود، جعاله صحیح است. (ماده ۵۶۳ ق.م.)

از فحوای این ماده چند نکته قابل استخراج است. نخست اینکه امکان تعیین اجرت اجمالی در این عقد صحیح به نظر می‌رسد. دیگر اینکه پرداخت اجرت می‌تواند از طریق سود حال از کسب نتیجه مورد نظر جاعل نیز پرداخت گردد. از جمع این دو نتیجه می‌توان نتیجه دیگری نیز گرفت: این اجرت می‌توند مناسب با سود جاعل از عمل جاعل متغیر نیز باشد. به عبارتی در صورتی که اجرت حصه‌ای از عمل باشد با افزایش میزان آن میزان اجرت نیز تغییر مینماید. بخصوص که وفق ماده ۵۶۴، در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مرده و کیفیات آن نامعلوم باشد، به عنوان مثال جاعل می‌تواند کسب یک حداقل از نتیجه

مورد نظر خود را پیشنهاد نماید و در قبال آن پرداخت سهم معینی از سود آن را به عنوان اجرت در نظر بگیرد.

گفتار سوم: مقایسه بیع متقابل نفتی با عقد جعاله

همانطور که مشاهده می‌شود شباهت‌های زیادی میان این دو عقد وجود دارد. این شباهت‌ها عبارتند از:

۱- در عقد جعاله جاعل می‌تواند انجام عملی را از شخص خاصی یا از عموم بخواهد. در بیع متقابل نیز کشور میزبان می‌تواند اکتشاف با توسعه و بهره‌برداری از میدان نفتی یا گازی در منطقه خاصی را از شرکت خاصی که به عنوان مثال در مرحله اکتشاف دخالت داشته یا به هر دلیل دیگری بخواهد و یا طی یک مناقصه انجام یک پروژه نفتی یا گازی را به اطلاع عموم شرکتهای بین‌المللی نفتی برساند.

۲- پرداخت اجرت در جعاله در قبال یک عمل انجام می‌گردد. متن ماده هیچ‌گونه محدودیتی در رابطه با اینکه این عمل می‌تواند چه کاری باشد قائل نشده است حتی برای آن محدودیت زمانی نیز در نظر نگرفته است و این بدان معنی نیست که اگر جاعل برای عمل مورد نظرش زمان مشخص کند دیگر نمی‌توان آن را جعاله دانست. بنابراین جاعل می‌تواند انجام عملی که می‌تواند اکتشاف یا توسعه یک میدان نفتی در یک برهه زمانی مشخص باشد را به عامل پیشنهاد نماید.

۳- در جعاله ممکن است پرداخت اجرت از حصه‌ای از همان مال انجام گیرد. به عنوان مثال بخشی از گوسفندی که عامل آن را برای جاعل پیدا کرده یا برای وی پرورش داده است به خود او تعلق گیرد. همینطور می‌تواند اجرت مذکور پول حاصل از فروش درصد معینی از نتیجه کار آیه بهره‌برداری رساندن یک میدان نفتی عامل باشد.

۴- جعاله شامل پرداخت اجرت برای کار مورد نظر جاعل است و شامل هزینه‌های عامل نمی‌شود. ولی در بیع متقابل شرکت سرمایه‌گذار نه تنها سود حاصل از کار خود را از هزینه حاصل از فروش نفت دریافت می‌دارد، هزینه‌ای در قبال مخارج و استهلاک سرمایه‌ای که برای انجام فعالیت‌هایش صرف نموده نیز دریافت می‌دارد. با این وجود همانطور که گفته شد می‌توان در جعاله شرط کرد که جاعل هزینه‌های عامل را نیز پرداخت کند. هیچ مانعی نیز وجود ندارد که این هزینه‌ها از محل سود حاصل از عمل عامل پرداخت گردد.

۵- عقد جعاله عقدی است جایز ولی بیع متقابل عقد لازم است. ولی می‌توان عقد جعاله را

نیز لازم نمود و طرفین حق بر هم زدن آن را از خود سلب نمایند.

۶- در جعاله پرداخت اجرت در قبال کسب نتیجه مورد نظر جاعل صورت می‌گیرد و در صورتی که عامل به دلیلی موفق به این کار نشود مستحق دریافت هیچ اجرتی نیست. بنابراین جعاله یک عقد خطرپذیر است که خطر آن بر عهده عامل می‌باشد. در عقد بیع متقابل نیز در صورتی که میدان نفتی کشف نشود یا اقتصادی نباشد و یا اینکه شرکت خارجی نتواند سطح بهره‌برداری را به میزان مورد توافق برساند مستحق دریافت هیچ هزینه و اجرتی نیست.

۷- جعاله در صورتی که دارای اجزاء متعدد باشد هر یک از اجزاء نیز مقصود بالاصاله باشد عامل از اجرت المسمی نسبت به عملی که انجام داده است مستحق خواهد بود. در قراردادهای بیع متقابل نیز باب توجه به طولانی بودن مدت قرارداد معمولاً بعد از انعقاد آن قرارداد را به چندین قرارداد فرعی تقسیم نموده برای هر دوره از مدت قرارداد اصلی دستیابی به اهداف جزئی معینی را تعریف می‌کند. بنابراین در صورتی که شرکت سرمایه‌گذار موفق شود هر یک از قراردادهای فرعی را برآورده سازد می‌تواند طبق قرارداد اجرت و مخارج رسیدن به آن مرحله را طلب نماید. در صورتی که در طی انجام یکی از مراحل فرعی انجام پروژه به هر دلیل قرارداد فسخ شود سرمایه‌گذار مستحق دریافت اجرت مراحل پیش است و با توجه به اینکه قرارداد فرعی در حال انجام را نیمه‌کاره رها نموده و به نتیجه مورد نظر آن قرارداد فرعی رسیده است مستحق دریافت هزینه‌ای برای آن قرارداد فرعی و مراحل بعدی نخواهد بود.

۸- همانطور که نیازی نیست اجرت دقیقاً در عقد جعاله مشخص باشد در قراردادهای بیع متقابل نیز این امکان قابل تصور است که پرداخت مبلغ با مشخص نمودن درصدی از هزینه نفت صادراتی تعیین شود. بنابراین با افزایش میزان نفت استخراجی یا نوسانات قیمت نفت در بازارهای جهانی مبلغ دریافتی سرمایه‌گذار نیز دچار تغییراتی می‌شود. پس معلوم بودن ثمن من جمیع جهات برای بیع متقابل نیز لازم نیست.

در مجموع بنابر آنچه گفته شد به نظر می‌رسد بتوان نتیجه گرفت که قراردادهای بیع متقابل را می‌توان ذیل عقد جعاله‌ای که حاوی تعداد زیادی شرط ضمن عقد است گنجانند. ولی نباید فراموش کرد که قرارداد بیع متقابل عبارتست از فروش کالا، تجهیزات و فن‌آوری به کشور سرمایه‌پذیر به همراه انجام اقدامات اکتشافی، راه‌اندازی، توسعه و بهره‌برداری از میدان نفتی یا گازی مشروط بر اینکه بازپرداخت هزینه‌ها از محل فروش محصولات همان میدان انجام گیرد. بنابراین هر چند می‌توان گفت بخش زیادی از بیع متقابل با عقد جعاله ارتباط

دارد و ذیل این عنوان می‌گنجد ولی حتی با در نظر گرفتن شروط ضمن عقد نیز نمی‌توان آن را کاملاً نوعی جعاله دانست.

مگر اینکه اینگونه استدلال نماییم که بیع مقابل جعاله‌ای است با شروطی ضمن عقد که فروش کالا، تجهیزات، فن‌آوری و دانش فنی همراه با آموزش پرسنل نیز در آن شرط شده است.

گفتار چهارم: مقایسه بیع متقابل با عقد شرکت

قانون مدنی در ماده ۵۷۱ به تبعیت از فقه، «شرکت را به اجتماع مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه» تعریف نموده است. عده‌ای از فقها شرکت را اجتماع حقوق چند مالکیت در یکشی به صورت مشاع تعریف کرده‌اند.

قرارداد بیع متقابل با عقد شرکت تفاوت‌هایی به شرح ذیل دارد:

الف- اساسی‌ترین تفاوت این دو عقد، تفاوت در ماهیت است. عقد شرکت یک مبادله اختلاطی و مرکب است که سبب اشاعه در ملکیت و اعطای نیابت در تصرف می‌شود، در حالی که در قرار- داد بیع متقابل، اشاعه در مالکیت بی معناست و خریدار تجهیزات و تکنولوژی، با خرید آنها مالک طلق آن می‌گردد.

ب- دومین تفاوت بین عقد شرکت و قرارداد بیع متقابل، که در حقیقت ناشی از تملیکی بودن عقد اول و عمومی بودن عقد دوم است، این است که در عقد شرکت مدنی، شرکا در مال موجود، مالکیت مشاعی پیدا می‌کنند، در حالی که در قرارداد بیع متقابل، دو طرف قرارداد متعهد به واگذاری تجهیزات و تکنولوژی از طرف فروشنده و پرداخت عوض از محصولات حاصله توسط خریدار می‌شوند.

ج- از آنجا که شرکت، در واقع اذن در تصرف شرکا در سهم الشرکه مشاعی شریک است، چنین اذنی قابل رجوع و در نتیجه، شرکت عقدی جایز است. ماده ۵۷۸ قانون مدنی در این باره می- گوید: «شرکا همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند». در حالی که بر مبنای اصالت الزوم حاکم بر عقود و قراردادها، مخصوصاً در قراردادهای بین‌المللی قرارداد بیع متقابل عقدی لازم است.

گفتار پنجم: مقایسه بیع متقابل با قرارداد اجاره به شرط تملیک

اجاره به شرط تملیک در آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب ۱۳۶۲ هیات وزیران چنین تعریف شده است: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود. مستأجر

در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجر را مالک گردد». این آیین نامه در تاریخ ۸۱/۵/۲۰ اصلاح شد. در ماده ۵۸ آیین نامه مذکور 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 با وام ساخت داخل کشور به عنوان موجر مبادرت به معاملات اجاره به شرط تملیک نمایند».

بنابراین با این تحلیل، مستأجر با پرداخت آخرین قسط اجاره، مالک کالای مورد اجاره می‌گردد، بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی دیگری داشته باشد. در نتیجه با توجه به قصد مشترک طرفین می‌توان گفت که تملیک معلق به پرداخت تمام اقساط اجاره، ثمن می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۷) ممکن است گفته شود که بیع متقابل مصدافی از اجاره به شرط تملیک است. با این توضیح که تجهیزات و تکنولوژی سرمایه گذاری شده در کشور سرمایه پذیری تا زمان باز پرداخت محصولات ناشی از آن در دست آنها اجاره است و بهای این اجاره به صورت اقساط و به شکل اجاره به شرط تملیک بر طبق برنامه زمان بندی شده، به سرمایه گذاری پرداخت می‌گردد و در پایان با پرداخت آخرین اجاره بها، تجهیزات و وسایل، همگی به ملکیت خریدار در می‌آید. اما بین قراردادهای بیع متقابل با اجاره به شرط تملیک تفاوتی‌های به شرح ذیل وجود دارد که ماهیت آنها را از هم دیگر متمایز می‌سازد:

۱- مهم‌ترین ویژگی قرارداد بیع متقابل ارتباط مستقیم میان ماشین آلات و تجهیزات صنعتی و تکنولوژی وارد شده و کالای تولید شده ناشی از همین تجهیزات می‌باشد طوری که مقداری از محصولات تولیدی به وسیله همین امکانات سرمایه گذاری شده به عنوان بهای این سرمایه گذاری پرداخت می‌گردد اما در اجاره به شرط تملیک این ارتباط بین محصولات تولیدی و اجاره بها وجود ندارد و به هر شکلی که توافق صورت گیرد، قرار داد اجاره به شرط تملیک محقق می‌باشد.

۲- در برخی ازموارد در بیع متقابل، فروشنده ماشین آلات به جای فروش، آنها را اجاره می‌دهد، در این حالت تعهد متقابل همچنان خرید محصولات حاصل از ماشین آلات خواهد بود که به این طریق اجاره بها پرداخت می‌شود. (اصغرزاده، ۱۳۷۶: ۲)

اما در همین حالت نیز با پرداخت آخرین قسط، تکنولوژی، دانش فنی به مالکیت مستأجر در نمی‌آید بلکه با پایان مدت اجاره می‌یابد تکنولوژی و تجهیزات و سایر وسایل سرمایه

گذاری مدنی به مالکت اصلی (فروشنده) برگردد. بنابراین با این اوصاف بیع متقابل اجاره به شرط تملیک نیست و ماهیت جداگانه‌ای دارد.

گفتارششم: مقایسه بیع متقابل با قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی

به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

قبل از تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی، مشروع دانستن قراردادهای خارج از چارچوب عقود معین، محل اشکال بود. هدف از وضع این ماده این بود که در مورد اجمال و سکوت قانون، اراده متعاملین (حاکمیت اراده) محترم شمرده شود و از این لحاظ، بین عقود معین و سایر قراردادها هیچ تفاوتی نباشد. بنابراین، عقیده برخی از نویسندگان، که ماده ۱۰ قانون مدنی را ناظر بر قراردادهایی می‌دانند که شرایط و آثار آن در قانون معین نشده است و نتیجه گرفته اند که در عقود معین، مانند بیع و اجاره و صلح، به ماده ۱۰ قانون مدنی واصل حاکمیت اراده نمی‌توان استناد کرد، محل تأمل است. حاکمیت اراده، قالب خاص نمی‌شناسد و هدف از اصلی که در ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده این بوده است که مفاد تراضی، جز در مواردی که در قانون به صراحت منع شده است، حاکم بر روابط دو طرف آن باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۶-۱)

اصل آزادی قراردادی در مرحله نخست بیان می‌دارد که اراده برای انشای عقد و ایجاد عقد، شروط و اوصاف و نوع تعهد آزاد هستند و مجرد تراضی آنان برای ایجاد التزام کافی است. (حائری، ۱۳۹۸: ۳۹)

همان گونه که می‌دانیم قرارداد بیع متقابل یکی از انواع قراردادهای نامعین (بی نام) می باشد با توجه به گستره اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها در حقوق فقه ایران نباید تردید جدی رواداشت که قراردادهایی که در قالب و مدل قرارداد بیع متقابل در صنعت نفت و گاز منعقد می‌گردند، با لحاظ عرفی 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- بر اساس فقه و قانون برای ایجاد تعهد و التزام، لازم نیست که تراضی و توافق افراد در قالب عقد ویژه‌ای از عقود معین در آید بلکه قراردادهای خصوصی به هر شکل و شیوه‌ای که

منعقد شود تابع قواعد عمومی قراردادها و نافذ و معتبر است. بنابراین شاید بتوان گفت قرارداد بیع متقابل نیز مورد شمول حکم ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گیرد.

۲- قرارداد در هر قالبی که بوجود آید، لازم الوفا می‌باشد و دو طرف می‌بایست به تعهدات ناشی از قرارداد احترام بگذارند و آن تعهدات را ایفاء نمایند. قرارداد بیع متقابل نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد و طرفین باید تعهداتی که از این قرارداد ناشی می‌شود را به موقع اجرا نمایند. ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طریق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع 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 و گرنه قرارداد مخالف روح قانون نیز باطل است. ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را تنها در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ و معتبر می‌شناسد، به قوانین امری نظری داشته و خواسته است از توافق اراده افراد برخلاف این گونه قوانین جلوگیری کند. (صفایی، ۱۳۸۲: ۵۰). ممکن است به این نظر اشکال شود که یکی از شروط قراردادی در بیع متقابل شرط پرداخت سود و بهره وجوه سرمایه گذاری شده به شرکت‌های نفتی خارجی و بیگانه است و این پرداخت سود و بهره مخالف صریح شرع و قانون است بنابراین نمی‌تواند در شمول ماده ۱۰ قرار گیرد. اما به سه دلیل می‌توان به این اشکال ایراد و پاسخ داد: اول: با فرض حرمت پرداخت سود و بهره به شرکت خارجی، چنین شرطی باطل است اما موجب بطلان قرارداد نیست و با بقاء صحت قرارداد می‌توان آن را همچنان مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. دوم: 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. سوم: پرداخت سود سرمایه گذاری بنا به مصلحت و منافع اقتصادی جامعه و اقتضائات جهانی توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، شرعی و قانونی شناخته شده است. برای نمونه لایحه قانونی استفاده از منافع مالی خارجی در قالب فاینانس که از سوی شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شد ولی سرانجام در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید. از این رو پرداخت سود سرمایه به بیگانگان در قراردادهای بیع متقابل علاوه بر اینکه مخالفتی با قانون ندارد که موافق مقررات جاری قانونی نیز می‌باشد. لذا به نظر می‌رسد اگر قراردادهای بیع متقابل را یکی از مصادیق اصل آزادی قراردادها بدانیم با ماده ۱۰ قانون مدنی سازگار و هماهنگ 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 شاید با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها نیز مطابق و هماهنگ باشد.

ماهیت حقوقی ویژه‌ای که این قرارداد دارد آن را به صورت قالبی ویژه درآورده است. همچنین به دلیل تصویب قوانین و مقررات مختلف در خصوص بیع متقابل اعم از نفتی و غیر نفتی و بیان شرایط و اوصاف و تعریف آن به موجب این مقررات بنظر می‌رسد که عقدی معین می‌باشد که تعریف، اوصاف و ویژگی‌های آن توسط قانونگذار بیان شده است.

مبحث سوم: ماهیت خاص بیع متقابل

پس از بررسی و مقایسه قراردادهای بیع متقابل با برخی از تالیسات حقوقی داخلی، دانستیم که بیع متقابل را نمی‌توان در هیچ کدام از قالب‌های حقوقی سنتی داخلی جای داد. با توجه به برداشتهای متفاوتی که از اصطلاح^۱ در نوشته‌ها و تعابیر نویسندگان وجود دارد، اصطلاح مذکور در مقابل واژه خارجی^۲ وضع شده است، این واژه کاملاً گمراه کننده که با ماهیت این قرارداد به هیچ وجه 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 (back Buy) را در فارسی قانونگذاران به «بیع متقابل» و برخی از حقوقدانان به «توافق باز خرید محصول» و عده‌ای از ایشان به «تهاتر تولیدی» ترجمه کرده‌اند. عده‌ای دیگر بی آنکه یک معادل فارسی برای این لفظ پیدا کنند آن را «بای بک» و برخی «خرید باز یافتی» نامیده‌اند. بکار بردن لفظ «بیع» در ترجمه «بای بک» کاملاً اشتباه و گمراه کننده به نظر 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، درحالی که اصلاً مشابهتی بین این قرار داد با بیع‌های داخلی و بین‌المللی وجود ندارد، شاید به نظر برسد که واژه «توافق باز خرید محصول» که در ترجمه کتاب تجارت بین‌الملل نوشته کلایوم، اشمیتوف آمده، از همه اصطلاحات فارسی موجود، مناسب‌تر و با ماهیت خاص بیع متقابل نیز سازگارتر

^۱ - Buy-back

^۲ - Buy-back contracts

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 با خرید شده می‌باشد، به خوبی نشان می‌دهد.

بنابراین باید به دلایل ذیل این قرارداد بیع متقابل را نهادی نوین دانست:

۱- همان گونه که بحث و مطرح گردید، قرارداد مذکور با هیچ یک از نهادهای داخلی مشابهت ندارد و خود قرارداد پیچیده‌ای است که مرکب از دو یا چند قرارداد فرعی دیگر می‌باشد.

۲- در قراردادهای بیع متقابل ایران، شرکت سرمایه‌گذاری 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، به صورت اقساطی در مدت معین مثلاً هفت سال و به صورت تحویل محصولات تولید شده ناشی از همین سرمایه‌گذاری و امکانات می‌باشد و این ویژگی اصلی قراردادهای بیع متقابل می‌باشد که در هیچ کدام از قراردادهای دیگر تجارت متقابل وجود ندارد.

۳- نکته دیگری که ما را به این نتیجه می‌رساند که «بیع متقابل» نهاد و قراردادی نوین است، این است که طرفین قصد می‌کند قراردادی جدید با شرایط کاملاً متفاوت با سایر قرار- دادهای منعقد نمایند و هیچ گونه قصدی مبنی بر انعقاد قرارداد در قالب حقوقی مانند بیع و... که اصلاً با این گونه قراردادها سازگار نیست، نداشته و ندارد.

نتیجه‌گیری

هر چند قراردادهای بیع متقابل نفتی قراردادهای پیچیده‌ای هستند ولی این مسأله باعث نمی‌شود آن را قراردادی بدانیم که با حقوق ایران بیگانه است و برای تعیین ماهیت آن به سادگی بگوییم که با هیچ یک از تاسیسات حقوقی همخوانی ندارد و باید آن را در زمره عقود منظور نظر ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. این قرارداد یک ساختمان اصلی دارد که متشکل از چند تعهد است و به همراه آن چندین شرط را نیز به همراه دارد که باعث می‌شود در نگاه نخست به نظر قرارداد بسیار پیچیده‌ای برسد. با این وجود، شکافتن عناصر و تعهدات مختلف این قرارداد نهایتاً ما را به این نتیجه می‌رساند که شاکله اصلی این قرارداد از دو بیع عهدی و یک تعهد به اکتشاف، احیاء و توسعه میدان نفتی تشکیل شده است که گرداگرد آن را انواعی شروط قرار گرفته‌اند و شامل شرط تعلیق بیع اولیه و متعاقب آن بیع ثانویه و انواعی از ضمانت اجراهاست که برای آن در نظر گرفته شده است. همانطور که گفته شد جایز بودن جعاله را نیز می‌توان با گنجاندن

یک شرط صریح یا ضمنی مرتفع نمود. لذا می‌توان گفت این قرارداد ترکیبی از یک جعاله و یک بیع با انواعی از شروط متنوعی است که هر دوی این عقود درج آن را در خود مجاز می‌دانند. این پاسخ نهایتاً ما را به همان نقطه رهنمون می‌سازد که در فصل اول بیان داشتیم و آن ماهیت مختلط این عقد است. اما نهایتاً باز به این سؤال برمی‌گردیم که آیا می‌توان این قرارداد با عقد مختلط را یک عقد یکپارچه در نظر گرفت یا قابل تجزیه به عقود مختلف مندرج در آن برای تعیین آثار آن می‌باشد؟

هر چند که می‌توان آن را بصورتی که مشاهده شد تفکیک نمود و باید هم نظر با برخی از اساتید حقوق اینگونه بیان داشت که برای پاسخ به این پرسش باید به قصد طرفین نگاه کرد. در حال حاضر به نظر می‌رسد که این نوع از قراردادها ماهیتی مستقل از اجزای خود یافته و بصورت عقد مجزایی پا به عرضه وجود گذارده‌اند. بنابراین همگام یا تعریف عقود معین که آنها را قراردادهایی دانسته که در قانون نام خاص دارند و قانونگذار شرایط ویژه و آثار آنها را معین کرده و برعکس عقود تأمین که در قانون عنوان و صورت ویژه ندارند و یا توجه به اینکه اکنون قراردادهای بیع متقابل هم در قانون شناخته شده‌اند و هم چهارچوب شرایط و آثار آن در گوشه گوشه دنیا مشخص است باید آن را یک عقد معین دانست که محصول تحولات مختلف در جامعه بین‌المللی و توسعه مبادلات تجاری جهانی است. نتیجتاً هر چند شاید زمانی می‌گفتیم قرار- دادهای بیع متقابل جز عقود مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است، امروزه باید گفت این عقد نیز یکی از عقود معین مدرن است که برای خود نام و اصول و ویژگیهای خاص خود را دارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع فارسی کتب

- اصغر زاده، عبدالله (۱۳۷۴)، آشنایی با تجارت متقابل، بی جا، موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، چاپ ۱
- صابر، محمدرضا (۱۳۸۹)، بیع متقابل در بخش بالا دستی نفت و گاز، تهران، نشر دادگستر
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، عقود معین، چاپ چهاردهم، تهران، مجد
- علی حاتمی، اسماعیل کریمیان (۱۳۹۳)، حقوق سرمایه گذاری خارجی در پرتو قانون و قرار- دادهای سرمایه گذاری، بی جا
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، دوره عقود معین، چاپ دهم، تهران شرکت سهامی انتشار
- (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، مشارکت‌ها- صلح، چاپ هفتم، تهران گنج دانش

مقالات

- حائری، مسعود (۱۳۷۳)، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشارات کیهان
- صادقی، جوانمرد (۱۳۸۳)، جنبه‌های حقوقی قراردادهای سرمایه گذاری بیع متقابل، پژوهش های حقوقی، شماره ۵
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، نشر میزان
- مقدم، محمدرضا (۱۳۸۵)، مدل سازی و تحلیل قراردادهای بیع متقابل و ارائه مدل بهینه سازی قرارداد در ایران، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۷۶
- معینی، امیر (۱۳۸۵)، کاربرد ابزارهای مالی در قراردادهای نفت و گاز الگویی برای ایران، فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی، شماره ۸
- محمدرضا مقدم، محمد مزرعتی (۱۳۸۵)، مدل سازی و تحلیل قراردادهای بیع متقابل و ارائه مدل بهینه سازی قرارداد در ایران، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۷۶
- منتظر، مهدی (۱۳۹۲)، دلایل استفاده از قراردادهای بیع متقابل در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۴۷

English Resources

- Mommer, Bernard (2003), **Global Oil and the Nation State**, Oxford: Oxford University Press
- Smith Ernest E and others, (2000), **International Petroleum Transitions**, second edition, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Denver