

چالش‌های انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز در نظام حقوقی ایران

جعفر نوری یوشانلوئی*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

امیر اسلامیة همدانی

دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۴/۲۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۹/۳)

چکیده

انتقال قرارداد به وضعیتی گفته می‌شود که در آن، موقعیت قراردادی یکی از طرفین به شخص ثالثی که نسبت به قرارداد موضوع انتقال، بیگانه تلقی می‌شود، انتقال می‌یابد. انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز با توجه به شرایط خاص این قراردادها و پیروی آنها از اصول حقوق عمومی در کنار قواعد حقوق خصوصی می‌بایست با در نظر گرفتن چالش‌های این انتقال انجام گیرد. پژوهش پیش‌رو با تأمل در مقررات جاری و مطالعه جامع متون علمی تاکنون چالش‌های مهمی، همچون تعهد به رعایت قوانین خاص دولت میزبان، تأثیر شخصیت طرف قرارداد در عملیات بالادستی نفت و گاز، مشکلات ناشی از مالکیت عمومی منابع نفت و گاز، اقتضانات تولید صیانتی و ازدیاد برداشت، ضرورت انتقال دانش و فناوری، رعایت الزامات زیست‌محیطی و محدودیت‌های مربوط به نظم عمومی در انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز را شناسایی و مورد بحث قرار داده تا پیشاپیش در تنظیم این‌گونه قراردادها در نظر گرفته شود.

واژگان کلیدی

اصول حقوق عمومی، چالش‌های انتقال قرارداد، دولت میزبان، سرمایه‌گذار یا پیمانکار خارجی، قراردادهای نفت و گاز.

مقدمه

واژه چالش از لغت انگلیسی «challenge» به معنای دعوت به مبارزه گرفته شده است. در تعریف این واژه گفته شده: «وضعیت و پدیده‌ای جدید و دشوار که مواجهه با آن تلاشی سخت و تعیین‌کننده را ایجاب می‌کند و در حالت مصدری، به معنای زیر سؤال کشیدن و ایجاد تردید در امری است از جنبه حقیقت، ارزش یا قدرت و توان آن» (ذولم، ۱۳۸۴: ۳۴). همچنین معانی تعارض، جدال، تهافت، مانع و مشکل برای واژه چالش احصا شده است.

در این پژوهش مراد از چالش‌های انتقال قرارداد، بررسی موضوعاتی است که ممکن است حقوق و منافع طرفین قرارداد را تحت‌الشعاع قرار دهد که طرفین بایستی آن‌ها را مورد توجه جدی قرار دهند و آثار این چالش‌ها و ضمانت اجرای آن را در انتقال قرارداد پیش‌بینی کنند.

انتقال قرارداد نقش سازنده و فزاینده‌ای در عرصه فعالیت‌های اقتصادی و چرخه مبادلات و معاملات تجاری دارد و باعث تسهیل در گردش سرمایه و تضمین حفظ و تداوم موضوع قرارداد است. انتقال‌پذیری قرارداد در چارچوب یک رابطه مالی بین ناقل و منتقل‌الیه معنا و مفهوم می‌یابد. در واقع، قرارداد از مواد سرمایه و در شمار دارایی ناقل است که با انتقال آن به منتقل‌الیه، جزء دارایی وی خوانده می‌شود.

در جهان امروز حقوق و تعهدات و قرارداد بخشی از دارایی انسان است و باید به سهولت قابل نقل و انتقال باشد. در انتقال ارادی قرارداد، انتقال حق و تعهد به صورت هم‌زمان و داخل در یک مجموعه اصیل (قرارداد) واقع می‌شود. انتقال‌گیرنده عقد، مشمول حقوق و تعهدات قراردادی قرار می‌گیرد که پیش‌تر توسط دیگری منعقد گردیده و زمام امر در نیمه راه به او سپرده شده است.

انتقال ارادی قرارداد در تجارت بین‌الملل از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در بسیاری از قراردادهای بین‌المللی، مانند بای‌بک و خرید متقابل، شرایط انتقال ارادی قرارداد و آثار آن مورد توافق قرار می‌گیرد و نشانه اهمیت موضوع در عرصه تجارت بین‌الملل است؛ حتی در حقوق معاهدات بین‌المللی نیز انتقال معاهدات در تجزیه یا اتحاد دولت‌ها موضوعیت دارد و مسئله جانشینی آنان نسبت به معاهدات قبلی را مطرح می‌سازد.

با این اوصاف، وقتی تغییر در مفاد قرارداد، شرایط آن، مدت اجرا و حتی مبلغ آن ضرورتی انکارناپذیر است، پس تغییر در طرف قرارداد نیز می‌تواند بخشی از نیازهای کنونی تلقی شود. مهم‌ترین مزیت شناسایی چنین نهادی، بقای رابطه حقوقی (قرارداد) است و تغییر و جانشینی طرف قرارداد، لطمه‌ای به حیات آن وارد نمی‌سازد.

موضوع واگذاری حقوق و تعهدات در قراردادهای نفت و گاز به این دلیل مهم است که در این قراردادهای سبب ریسک‌های متعدد عملیات نفتی و نیاز به منابع مالی سرشار، به منظور اجرایی کردن این عملیات معمولاً کنسرسیومی از شرکت‌های نفتی با عنوان پیمانکار طرف قرارداد با دولت میزبان قرار

می‌گیرند. بنابراین، مشارکت گروهی و تشکیل کنسرسیوم و در نتیجه، ورود و یا خروج و یا واگذاری حقوق و تعهدات در شرکت‌های کنسرسیوم در پروژه‌های نفتی امری رایج است. تشکیل کنسرسیوم ممکن است قبل از انعقاد قرارداد اصلی و به هنگام برگزاری مناقصه اتفاق افتاده باشد و یا پس از انعقاد قرارداد، شرکت نفتی برنده در مناقصه، بخشی از سهم‌الشرکه خود در عملیات نفتی را به شرکت و شرکت‌های دیگر واگذار کند (Dobbs & Basham, 1994: 21).

تأمل در قراردادهای نفتی مؤید آن است که کشورهای در حال توسعه، سعی در تدوین قواعد و شروط قراردادی دارند تا بتوانند کنترل خود را بر این قراردادها به بالاترین حد برسانند. تلاشی که خود نمایانگر اعمال حاکمیت ملی بر این قراردادهاست و امروزه نیز یادگار آن در قراردادهای نفتی وجود دارد. تمامی کشورها در قراردادهای نفتی خود با بیگانگان در حفظ کنترل و حاکمیت خود بر این منابع می‌کوشند تا حقوق خود را به این وسیله حفظ کنند (امین‌زاده و نیک‌بخش، ۱۳۹۴: ۲).

در قراردادهای نفتی، به دنبال استقلال بسیاری از کشورهای نفت‌خیز و با استناد به حاکمیت ملی نسبت به منابع زیرزمینی، دولت‌ها به نحو مؤثری نسبت به کنترل نحوه اکتشاف، استخراج، تولید و انتقال منابع زیرزمینی نفت و گاز در سرزمین خود اقدام نموده و بر این اساس مقررات آمره‌ای را نسبت به آن وضع می‌کنند تا بتوانند نسبت به حفظ منافع ملی در مقابل منافع اشخاص حقوق خصوصی خارجی اقدام نمایند (امین‌زاده و نیک‌بخش، ۱۳۹۴: ۱۱).

در واقع، سرمایه‌گذار و پیمانکار خارجی، افزون بر الزام به رعایت قانون و قواعد حاکم بر قرارداد، در صورت تحقق انتقال، ملزم به رعایت قوانین امری دولت میزبان در زمینه انتقال قرارداد خواهند بود که ممکن است به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نشده باشد. در واقع، دولت میزبان می‌تواند براساس اصل قدرت عمومی که یکی از اصول حقوق عمومی است و به دلیل ماهیت خاص نفت و گاز که برابر قانون اساسی کشور ما در شمار انفال قرار دارد، خارج از قانون حاکم بر قرارداد، قواعد خاصی را بر شرکت منتقل‌الیه اعمال کند که این مورد چالشی بزرگ برای شرکت منتقل‌الیه خواهد بود (Buchheit, 1993: 8).

بنابراین، رعایت قوانین امری دولت میزبان، افزون بر رعایت قانون حاکم بر قرارداد، یکی از چالش‌های انتقال قرارداد، به‌ویژه برای سرمایه‌گذار و پیمانکار خارجی خواهد بود.

در نظام حقوقی ایران، با توجه به اینکه نفت جزء اموال عمومی است، انتقال قرارداد را باید با توجه به اصول و قواعد حقوق عمومی مورد تحلیل قرار داد. مالکیت مخازن نفت و گاز برای عموم مردم است و در شمار منافع عمومی قرار گرفته است. بنابراین، با توجه به همین ویژگی، شرکت منتقل‌الیه نیز باید تمامی مجوزها و پروانه‌هایی را که شرکت ناقل موفق به دریافت آن‌ها شده، کسب کند.

همچنین یکی از اهداف دولت‌های میزبان در قراردادهای نفت و گاز، انتقال فناوری و دستیابی به آن است. امروزه فناوری و دسترسی به آن یکی از ضرورت‌ها و معیارهای اصلی رشد و توسعه اقتصادی

کشورها به شمار می‌آید. مسئله انتقال فناوری در قراردادهای نفت و گاز برای دولت‌های میزبان به موضوعی مهم تبدیل شده است که در صورت انتقال قرارداد، این تعهدات باید توسط شرکت انتقال‌گیرنده نیز انجام گیرد و احراز توانایی مالی و فنی شرکت منتقل‌الیه، ممکن است به چالشی اساسی برای دولت میزبان تبدیل گردد (Grismore, 2011: 35).

قراردادهای نفتی با توجه به شخصیت، توانایی، مهارت و تخصص پیمانکار به راحتی قابل انتقال نیست و در واقع، در این قراردادها اصل بر غیرقابل انتقال بودن آنهاست؛ از این رو، فناوری محور بودن این قراردادها نیز یکی از چالش‌های انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز خواهد بود (Buchheit, 1993: 23).

یکی دیگر از چالش‌های بسیار مهم پیش روی طرفین قراردادهای بالادستی نفت و گاز در صورت انتقال قرارداد، رعایت نظم عمومی دولت میزبان خواهد بود. با توجه به سیال بودن مفهوم نظم عمومی، تعیین مصادیق آن که منتقل‌الیه در صورت تحقق انتقال، ملزم به رعایت آنها خواهد بود، از اهمیت اساسی برخوردار است. از جمله مصادیق نظم عمومی در حقوق نفت و گاز، می‌توان به رعایت تولید صیانتی و ارائه برنامه ازدیاد برداشت و همچنین رعایت الزامات داخلی و بین‌المللی زیست‌محیطی اشاره کرد.

در صورت انتقال قرارداد توسط انتقال‌دهنده، انتقال‌گیرنده ملزم به تولید صیانتی و برنامه ازدیاد برداشت و رعایت الزامات زیست‌محیطی قراردادی و غیرقراردادی خواهد بود و رعایت این تعهدات توسط انتقال‌گیرنده، چالشی بزرگ برای دولت میزبان خواهد بود.

در این پژوهش، چالش‌های انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز با توجه به اصول حقوق عمومی و اصول حقوق نفت و گاز مورد بررسی قرار گرفته است، اما نخست به تعریف انتقال قرارداد و مفهوم آن در حقوق نفت و گاز خواهیم پرداخت.

۱. گفتمان انتقال قرارداد

در حقوق ایران قوانین متعددی، از جمله قانون مدنی (مواد ۵۴۱: انتقال مزارعه، ۵۴۵: انتقال مساقات، ۵۵۴: انتقال مضاربه)، قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری (ماده ۵۴: انتقال پورتنوی)، قانون کار (ماده ۱۲: انتقال قرارداد کار در اثر انتقال کارگاه)، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ (ماده ۱۹: انتقال اجاره)، به صراحت یا به طور ضمنی، از انتقال قرارداد یا معامله سخن گفته‌اند.

در قراردادهای ترکیبی^۱ (هیبریدی) مانند قراردادهای نفتی چین، انتقال تمامی یا بخشی از حقوق و تعهدات قراردادی مجاز دانسته شده است که ممکن است در دو حالت اتفاق بیفتد: یکی، واگذاری حقوق و تعهدات به شرکت‌های تابعه که مستلزم رضایت قبلی شرکت ملی نفت فلات قاره چین است و

1. Hybrid contract

پیمانکار باید اجرای تعهدات واگذار شده را تضمین کند؛ و دیگر، واگذاری حقوق و تعهدات به اشخاص ثالث که نخست باید به تصویب شرکت ملی نفت فلات قاره چین برسد و این شرکت تا زمانی که شروط مورد نظرش محقق نشده، مجاز به رد آن است (کاظمی نجف‌آبادی و شیرانی، ۱۳۹۶: ۳۰۸).

در قراردادهای مشارکت در تولید، تحت شرایط خاص به پیمانکار اجازه داده می‌شود حقوق و تعهدات قراردادی خود را به شرکت نفتی دیگری واگذار کند. در این موارد بایستی میان انتقال داخلی و خارجی فرق گذاشت؛ به این صورت که اگر پیمانکار متشکل از چند شرکت نفتی با عنوان کنسرسیوم باشد و سهام یکی از آن‌ها به شرکت نفتی دیگری داخل همین کنسرسیوم منتقل شود، این انتقال سهام و حقوق و تعهدات را انتقال داخلی به‌شمار می‌آورند، اما اگر پیمانکار سهامش را به یکی از شرکت‌های نفتی وابسته خود یا ثالثی منتقل کند، انتقال خارجی شمرده می‌شود.

انتقال سهام یا حقوق و تعهدات بایستی با موافقت بخش دولتی انجام شود، اما در قراردادهایی که انعقاد آن با امضای حکومت یا تصویب قوانین انجام شده است، موافقت کتبی حکومت نیز از شرایط لازم این‌گونه انتقال است (Taverne, 1996: 215).

درباره انتقال قراردادهای نفتی در قراردادهای بیع متقابل سابق ایران، انتقال به شرکت‌های دیگر، با دو شرط اجازه داده شده است:

۱. رضایت کارفرما مبنی بر انتقال کسب شود؛ ۲. انتقال‌دهنده با انتقال‌گیرنده در برابر کارفرما مسئولیت تضامنی داشته باشند.^۱

در قراردادهای جدید نفتی ایران^۲، واگذاری و انتقال کل یا جزء قرارداد توسط پیمانکار به ثالث، چه انتقال به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم باشد، بایستی به شرکت‌های وابسته پیمانکار انجام شود که تأیید شرکت ملی نفت ایران ضروری است و ظرف مدت سی روز شرکت ملی نفت فرصت دارد تا درخواست واگذاری را تأیید کند. اگر ظرف مهلت یادشده، تأیید شرکت ملی نفت واصل نشد، قرارداد واگذاری تأییدشده تلقی می‌گردد.^۳ واگذارکننده و واگذارشونده هر دو متضامناً و مشترکاً دارای مسئولیت هستند.

۱. ماده ۲۷ یکی از قراردادهای بیع متقابل چنین مقرر کرده بود: «۱. هرگونه انتقال و واگذاری توسط هر کدام از شرکت‌هایی که پیمانکار را تشکیل می‌دهند، نیاز به تأیید کتبی قبلی شرکت نفت دارد که این امر ممکن است در ظرف سی روز از زمان دریافت ابلاغیه پیمانکار مبنی بر قصد انتقال از طرف شرکت نفت مورد قبول واقع یا رد شود. اگر تأیید یا رد شرکت نفت در ظرف سی روز مقرر صادر نشود، این بدین معناست که موضوع تأیید شده است. هرگونه انتقال به شرکت‌های تابعه نیز نیازمند رضایت کتبی قبلی شرکت نفت، به شرح مندرج در این ماده خواهد بود؛ ۲. هر شرکتی که در پرتو این ماده طرف قرارداد شود، کلیه تعهدات مربوط به پیمانکار را به عهده می‌گیرد و هم شرکت انتقال‌دهنده و هم شرکت انتقال‌گیرنده منفرداً و مشترکاً مسئول تعهدات پیمانکار مندرج در این قرارداد می‌باشند».

2. IPC Contract (Iranian Petroleum Contract)

3. Any assignment of the Contract by Contractor to any third party, including Contractor's Affiliates, (including assignment through direct or indirect transfer of its shares that may assign the and voting rights of the Contractor to such assignee), shall require the prior written

در قرارداد نمونه مشارکت در تولید کشور لیبی نیز در ماده ۲۴ به انتقال قرارداد پرداخته شده است.^۱
 در قرارداد نمونه خدماتی عراق در ماده ۲۸ به انتقال حقوق و تعهدات اشاره شده است.^۲
 در قرارداد نمونه مشارکت در تولید کردستان عراق نیز در ماده ۳۹ در دو بخش انتقال به شرکت وابسته و انتقال به شرکت ثالث (با اجازه دولت)، انتقال ارادی قرارداد پیش‌بینی شده است.^۳
 در قرارداد مشارکت در تولید اندونزی که میان شرکت ملی نفت اندونزی (پرتامینا)^۴ و شرکت Saba Jatiluhur Limited منعقد گردید، انتقال قرارداد در ماده ۱۳ پیش‌بینی گردیده است.^۵

۲. چالش‌های انتقال قرارداد

اصول بنیادی حاکم بر انعقاد و اجرای قراردادهای بالادستی نفت‌وگاز همانند دیگر قراردادها ایجاب می‌نماید تا تعهدات طرفین بدون گسستگی به تحقق اهداف مشترک آن‌ها بینجامد، اما دلایل متعدد ارادی و غیرارادی در مواقعی یکی از طرفین قرارداد را در وضعیت انتقال موقعیت قراردادی خود قرار می‌دهد که برای انجام آن ممکن است با چالش‌های بی‌شماری روبه‌رو شود. از این‌رو، ویژگی‌های خاص قراردادهای بالادستی نفت‌وگاز و تأثیر انتقال این قرارداد بر اهداف مشترک و انگیزه‌های خصوصی طرفین قرارداد از یک‌سو، و آثار انتقال آن‌ها بر منافع عمومی و بخش‌های مختلف جامعه از سوی دیگر، اقتضا دارد تا چالش‌های اساسی انتقال قراردادهای بالادستی نفت‌وگاز از قوانین و مقررات داخلی استخراج و به طور علمی مورد مطالعه قرار گیرد تا از موانع و آثار زیان‌بار آن‌ها جلوگیری شود.

۲.۱. رعایت الزامات قانونی دولت میزبان

گرایش دولت‌های میزبان در قراردادهای بالادستی نفت‌وگاز به اعمال قواعد حقوق داخلی به عنوان قانون حاکم و اعتقاد به حاکمیت ملی کشور میزبان به عنوان اصول اولیه در قراردادهای نفتی است؛ حاکمیتی که

approval of N.I.O.C, which may be granted or refused within (30) Calendar Days of receipt of the written request from Contractor that it intends to make such assignment. If N.I.O.C's approval is not issued within the said the (30) day period, the assignment shall be deemed to have been disapproved. Contractor, requesting for such assignment, shall submit to N.I.O.C, the detailed evidence of the technical and financial competence of the recommended assignee.

1. 24.1 First Party may freely assign this Agreement or any of its rights or obligations hereunder upon written notice to second Party.

2. 28.2 By providing ROC one (1) month prior notice of its intent, any Company shall have the right to assign any of its Participating Interest, shares, rights, privileges, duties or obligations under this contract to a wholly- owned and controlled Affiliate.

3. Each entity constituting the CONTRACTOR shall have the right to sell, assign, transfer or otherwise dispose of all or part of its rights and interest under this contract to any third party with the prior consent of GOVERMEMNT.

4. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negera (PERTAMINA).

5. Assignment of participating interest shall have the effect of making the assignee a party to the contract. No assignment shall be valid unless the assignee has agreed in writing to be bond by the provisions of the contract.

به واقع، تبلور آن در قراردادهای نفتی، توجیه‌کننده تمایل دولت میزبان به اعمال قواعد حقوق ملی در زمینه قراردادهای ناظر به اکتشاف، توسعه و استخراج منابع زیرزمینی است (ایران‌پور، ۱۳۸۶: ۱۰). در قراردادهای نفتی، به دنبال استقلال بسیاری از کشورهای نفت‌خیز و با استناد به حاکمیت ملی نسبت به منابع زیرزمینی، دولت‌ها به نحو مؤثری نسبت به کنترل نحوه اکتشاف، استخراج، تولید و انتقال منابع زیرزمینی نفت و گاز در سرزمین خود اقدام نموده و بر این اساس مقررات آمره‌ای را نسبت به آن وضع می‌کنند تا بتوانند نسبت به حفظ منافع ملی در مقابل منافع اشخاص حقوق خصوصی خارجی اقدام نمایند (ایران‌پور، ۱۳۸۶: ۱۱).

برای مثال، اگر مالکیت یا حق مالکیت را رابطه‌ای اعتباری میان اشخاص و اشیا بدانیم که براساس آن، مالک حق هرگونه تصرفی را در آنچه در مالکیت خود دارد، دولت میزبان طبق قوانین داخلی خود چگونگی حق مالکیت و ویژگی‌های آن را در قراردادهای بالادستی تعریف و معلوم می‌کند. بی‌تردید، ممکن است قوانین هر کشوری در تعریف مالکیت، با کشور دیگر متفاوت باشد. اما در عرصه بین‌المللی برای مالکیت از حاکمیت سخن گفته می‌شود. اصل این بحث آن است که در عرصه بین‌المللی فضا و اشیای موجود یا در حاکمیت سرزمینی دولت‌ها قرار دارند یا خارج از حاکمیت ملی آن‌ها هستند. درباره تطابق نداشتن قوانین دولت میزبان با قانون حاکم بر انتقال قرارداد، مسئله اصلی این است که در فرضی که قانون دولت میزبان به عنوان قانون حاکم تعیین نشده باشد، این مورد چالشی اساسی برای طرفین قرارداد، به‌ویژه برای سرمایه‌گذار یا پیمانکار خارجی خواهد بود.

یکی از استدلال‌هایی که ممکن است در این مورد مطرح شود، رعایت قانون حاکم بر قرارداد انتقال خواهد بود. در واقع، طرفین ملزم به رعایت قانون منتخب خود خواهند بود. اما استدلال دیگر، برتری قوانین دولت میزبان بر قانون منتخب طرفین در صورت تعارض آن‌ها خواهد بود. قوانین دولت میزبان جنبه آمره و الزامی دارند و بر توافقات دو طرف قرارداد برتری و حکومت خواهند داشت. در صنعت نفت و گاز به دلیل ماهیت راهبردی این کالا، دولت‌های میزبان در اعمال قوانین داخلی خود، بسیار سختگیر هستند و در این مورد قوانین دولت میزبان بر قانون حاکم برتری خواهد داشت.

حاکمیت (دولت میزبان) به عنوان صاحب قدرت فرادست یا قدرت عالی، هر تصمیمی را که مربوط به اداره امور عمومی باشد، می‌تواند بگیرد. از این رو، انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز باید براساس اصول حقوق عمومی واکاوی گردد. اصل اقتدار به عنوان یکی از اصول حقوق عمومی سبب می‌شود در روابط میان اشخاص عمومی و خصوصی یا در حوزه حقوق عمومی، مانند قراردادهای بالادستی نفت و گاز، اشخاص عمومی، به‌ویژه دولت، از امتیازات خاصی بهره‌مند گردند. ازجمله این امتیازات، وضع مالیات، سلب مالکیت و ملی کردن است (عباسی، ۱۳۹۳: ۱۹۲). در قراردادهای نفتی نیز، با توجه به ماهیت خاص این قراردادها، وزارت نفت و شرکت ملی نفت ایران به عنوان کارفرما از این قدرت استفاده نموده

و برای انتقال قرارداد، شرکت ملی نفت می‌تواند قرارداد را به یکی از شرکت‌های وابسته خود منتقل و از این قدرت عمومی استفاده کند.

یکی دیگر از مظاهر این قدرت عمومی، حق تقدم برای دولت میزبان در خرید سهم مشارکت هر یک از اعضای کنسرسیوم است که قصد انتقال آن را به اشخاص ثالث داشته باشند؛ برای مثال، مطابق قرارداد مشارکت در تولید کشور لیبی (نمونه ۲۰۰۶)، چنانچه پس از تحقق نخستین کشف تجاری، یکی از اعضای کنسرسیوم قصد انتقال سهم مشارکت خود به اشخاص ثالث را داشته باشد، شرکت ملی نفت لیبی، حق تقدم در خرید سهم مشارکت شریک مزبور را خواهد داشت (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۲: ۱۰۱).

در قرارداد خدمت فنی عراق (نمونه ۲۰۰۹)، حق تقدم در خرید سهم مشارکت یکی از اعضای کنسرسیوم، به طور مطلق و بدون هیچ‌گونه قیدی شرط شده است؛ بر این اساس، چنانچه یکی از اعضای کنسرسیوم قصد واگذاری سهم خود از مشارکت را داشته باشد، شرکت عملیاتی منطقه‌ای عراق (ROC) می‌تواند سهم وی را در شرایط برابر با پیشنهادی که به اشخاص ثالث برای فروش اعلام شده است، خریداری و به یکی از شرکت‌های عراقی واگذار کند.^۱

همچنین شرط مسئولیت تضامنی انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده، در قراردادهای بالادستی نفت و گاز، یکی دیگر از چالش‌های انتقال این قراردادها و جلوه‌ای از قدرت عمومی و اعمال قوانین کشور میزبان است. بدین توضیح که برخلاف انتقال قرارداد براساس اصول حقوق خصوصی که انتقال‌دهنده از رابطه قراردادی کنار می‌رود و انتقال‌گیرنده جانشین او در حقوق و تعهدات قراردادی می‌گردد، معمولاً کشورهای صاحب نفت در قراردادهای بالادستی نفت و گاز، شرطی را در قرارداد می‌گنجانند که براساس آن، انتقال‌دهنده با محقق شدن انتقال، همچنان به عنوان طرف قرارداد در رابطه طرفین باقی می‌ماند و انتقال‌گیرنده منضم به او می‌گردد. در این شرایط، انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده، هر دو در مقابل دولت میزبان متضامناً مسئولیت دارند.

البته در برخی از قراردادهای نفتی جدید ایران، مانند قرارداد اکتشاف و توسعه بلوک دیر که میان شرکت مدیریت اکتشاف ایران (به عنوان کارفرما) و شرکت ایتالیایی ادیسون (به عنوان پیمانکار) منعقد گردید، شرکت ادیسون بنا به دلایلی قادر به انجام تعهدات خود نبود و قرارداد انتقال در ۲۰ دسامبر ۲۰۱۱ میان شرکت ادیسون (به عنوان انتقال‌دهنده) و شرکت صنعتی ایران (به عنوان انتقال‌گیرنده) توافق گردید. در بند ۲ از ماده ۱ این قرارداد مقرر شده است به محض انتقال قرارداد از شرکت ادیسون به شرکت صنعتی ایران، انتقال‌دهنده از مسئولیت مبرا می‌شود و صرفاً شرکت انتقال‌گیرنده در برابر کارفرما مسئول خواهد بود.^۲

1. 28.4: "If any company wishes to assign part of its participating Interest in this contract to a third party pursuant to Article 28.3, ROC shall have the option to take such part and assign it to a nominated Iraqi entity at the same terms and conditions offered to a third party".

2. As of the Effective Date, Edison shall have no further rights, obligations, and liabilities of any kind whatsoever under this Contract, and the Contract, including the terms, conditions,

همچنان که پیداست، دولت میزبان با استفاده از اصل قدرت عمومی که یکی از اصول مسلم حقوق عمومی و قوانین کشور میزبان است و کمتر در حقوق خصوصی دیده می‌شود، در قالب شرط قراردادی و حتی بدون درج این شرط، می‌تواند از این اختیار استفاده کند و این موضوع برای سرمایه‌گذار یا پیمانکار خارجی چالشی بزرگ شمرده می‌شود.

۲.۲. توانایی‌های شخصی طرفین در قراردادهای بالادستی نفت و گاز

قرارداد از نظر توجه به شخصیت، توانایی، مهارت و اوصاف طرف عقد، به دو نوع شخصی و غیرشخصی تقسیم می‌شود. در قراردادهای شخصی، طرف عقد به مهارت، توانایی مالی و اجرایی و دانش طرف مقابل خود امید بسته است و اجرای مستقیم عقد را از شخص معین طلب می‌کند (شعاریان، ۱۳۸۸: ۲۰۵). قراردادهای نفت و گاز از این دسته هستند.

در قراردادهای نفتی از نقطه نظر دولت میزبان، شخصیت پیمانکار از حیث مالی، فنی و فناوریانه از اهمیت اساسی برخوردار است و اعم از این که یک شرکت نفتی به عنوان شخصیت حقوقی واحد طرف قرارداد با دولت میزبان قرار گرفته باشد یا کنسرسیومی از شرکت‌های نفتی، حسب مورد مقررات مفصلی در راستای محدودیت واگذاری مستقیم و غیرمستقیم قرارداد از سوی اعضای پیمانکاری پیش‌بینی می‌شود (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۲: ۱۰۰۲).

از آنجا که قراردادهای نفتی با شرکت‌ها به اعتبار سابقه، سطح دانش، صلاحیت فنی، مدیریت و توانایی مالی پیمانکار منعقد می‌شود، کارفرما راضی نیست که طرف قرارداد نسبت به واگذاری قرارداد اقدام کند. بنابراین، یکی از چالش‌های موجود در انتقال قراردادهای بالادستی، وابسته به شخص بودن این قراردادهاست.

با توجه به مطالب بالا، اصل، عدم انتقال قراردادهای نفتی بدون رضایت کارفرماست. البته استثنائاً واگذاری قراردادها به شرکت‌های تابعه یا وابسته^۱ نیازی به توافق با کارفرما ندارد (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۹۲). در این شرایط، انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده، هر دو در برابر کارفرما متضامناً مسئولیت دارند؛ برای مثال، در جزء سوم ماده ۳۱ قرارداد پیمانکاری اکتشاف و تولید نفت میان شرکت ملی نفت ایران و کشورهای اروپایی، انتقال تمام یا قسمتی از تعهدات و مزایای پیمانکار به شرکت‌های تحت کنترل خود بدون رضایت طرف مقابل، مجاز شناخته شده است. در ماده ۲۸ قرارداد رومیلای عراق نیز درباره واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد به شرکت‌های تابعه، شرکت‌های جانشین یا شرکتی که تمام یا بخش عمده کسب و کار و دارایی‌های طرف قرارداد را خریداری کرده است، اخذ رضایت کارفرما ضروری

covenants and agreements contained therein, shall be binding only on IIC and NIOC and no claim shall be raised against Edison or its Affiliates in connection with the breach, default or non-performance of the contract by IIC after the date of execution of this agreement.

1. Affiliate, means any company or legal entity which 1: controls a party, 2: is controlled by a party, 3: is controlled by a company or legal entity which controls a party.

نیست. مطابق با ماده ۲۲ قرارداد آذربایجان، اگرچه انتقال قرارداد به شرکت‌های تابعه نیازمند رضایت کارفرما نیست، اگر کارفرما به این موضوع رضایت دهد، پیمانکار اصلی از مسئولیت مبرا می‌شود. در قرارداد نمونه مشارکت در تولید هند (نمونه ۲۰۰۷) با وجود این‌که انتقال به شرکت‌های تابعه نیازمند رضایت دولت میزبان نیست، باید به موافقت کمیته مدیریت مشترک^۱ برسد.

بنابراین، دولت میزبان در هنگام موافقت با انتقال قرارداد باید به این چالش بسیار مهم توجه داشته باشد و تمامی توانایی‌های فنی و مالی منتقل‌آلیه را مورد راستی‌آزمایی قرار دهد. در این باره پیشنهاد می‌شود دولت میزبان تضمین‌های لازم را در اجرای تعهدات شرکت منتقل‌آلیه دریافت کند. البته یادآوری این نکته نیز ضروری است که در صورت مسئولیت تضامنی ناقل و منتقل‌آلیه، دولت میزبان نگرانی کمتری در این زمینه خواهد داشت.

۳.۲. مشکلات ناشی از مالکیت عمومی منابع نفت و گاز

نفت و گاز به دلیل ماهیت راهبردی خود از مسائل نوپدید است که نمی‌توان آن را تابع رژیم حقوقی سنتی حاکم بر اموال دانست. نفت ماده‌ای سیال است که در طول هزاران سال مهاجرت کرده و سرانجام در جایی حبس شده است. از این‌رو، جز در کشورهای آمریکا و کانادا که گاهی مالکیت خصوصی بر منابع نفتی به رسمیت شناخته شده است، در دیگر کشورها منابع نفتی جزء اموال و ثروت‌های عمومی است و به طور کلی از حیطه مالکیت خصوصی خارج است.

مالکیت عمومی را می‌توان «به سلطه‌ای قانونی بر اموال و اشیا به نمایندگی قانونی از طرف جامعه» تعریف کرد (خلیل‌پور گرگانی و ونوش بندچی، ۱۳۹۳: ۷۸). در مالکیت عمومی، دولت که شخصیتی حقوقی است، قدرت و امتیازاتش که به نمایندگی از مردم نسبت به اموال عمومی اعمال می‌کند، بسیار محدود است. البته شماری از حقوق‌دانان مالکیت عمومی را مالکیت نمی‌دانند و ماهیت آن را حاکمیت یا کنترل و یا حتی حق ارتفاق می‌دانند (عدل، ۱۳۷۳: ۵۵).

یکی از وجوه افتراق اموال عمومی از اموال خصوصی، دخالت موسع دولت در اموال عمومی است؛ زیرا به عنوان متولی آن را اداره می‌کند و لازمه اداره آن اموال، داشتن اختیارات بیشتر است (عدل، ۱۳۷۳: ۱۰۸).

مستنبط از مواد ۲۴ تا ۲۶ قانون مدنی، دو سنخ از اموال به عنوان «اموال عمومی» شناخته می‌شوند:

۱. اموالی که مستقیماً مورد استفاده عموم هستند، مانند شوارع و پارک‌ها؛

۲. اموالی که به حکم قانون برای خدمات عمومی اختصاص یافته‌اند.

در نوع اول، چون عین آن‌ها مستقیماً موضوع استفاده عموم هستند و کمتر منبع درآمدزایی برای مردم می‌باشند، بحث محل مصرف عایدات معمولاً منتفی است. اما در دسته دوم این اموال می‌تواند منشأ

درآمد برای حکومت باشند. درآمد ناشی از عایدات این اموال در محل قانونی که خدمت عمومی بدان اختصاص یافته و حسب مظاهر مصلحت عامه مورد استفاده قرار می‌گیرد (طباطبایی بافقی، ۱۳۹۲: ۵۲).

در قوانین بسیاری از کشورها مالکیت عمومی بر منابع نفت و گاز بازتاب یافته است. از جمله اصل ۲۱ قانون اساسی ۱۹۶۲ کویت مقرر می‌دارد: «منابع طبیعی و کلیه درآمدهای حاصل از آن در مالکیت دولت (کشور) است. دولت باید با در نظر گرفتن شرایط امنیت کشور و اقتصاد ملی از حفظ و استخراج بهینه منابع مزبور اطمینان حاصل نماید».

در بند سوم اصل ۴۴ قانون اساسی ۱۹۹۹ نیجریه آمده است: «تمامیت مالکیت و کنترل کلیه معادن، منابع نفت و گاز طبیعی زیر یا روی مناطق خشکی نیجریه و یا زیر یا روی آب‌های منطقه‌ای یا در منطقه انحصاری اقتصادی نیجریه متعلق به دولت فدرال بوده و باید به نحوی که توسط مجلس شورای ملی مقرر می‌شود، اداره گردد».

در ماده ۳ قانون نفت ترکیه ۲۰۱۳ مقرر شده است: «منابع نفت در ترکیه تحت حاکمیت و اختیار دولت قرار دارد».^۱

در ماده ۱ قانون نفت ویتنام اصلاحی سال ۲۰۰۰ مقرر شده است: «مالکیت کلیه نفت موجود در زیرزمین، در خشکی، جزایر، آب‌های داخلی، دریای منطقه‌ای، منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره جمهوری سوسیالیستی ویتنام به مردم ویتنام تعلق دارد که تحت اداره انحصاری دولت ویتنام خواهد بود».^۲

به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها... در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هریک را قانون معین می‌کند». با توجه به اصل یادشده، انفال متعلق به شخص خاصی نیست و مالکیت آن برای عموم مردم است و به نظر می‌رسد در این اصل بر حاکمیت دولت و نه مالکیت آن بر معادن صحه گذاشته شده است (طباطبایی بافقی، ۱۳۹۲: ۱۷۲).

اصل ۴۵ قانون اساسی، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران را به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تقسیم کرده است. «بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانک‌داری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آب‌رسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتی‌رانی، راه و راه‌آهن و مانند این‌هاست که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است».

1. Turkish Petroleum Law, 2013, <http://www.kpmg.com/TR/en>.

2. Vietnam Petroleum Law, 2000, <http://www.mof.gov.vn>.

در این اصل، صنایع و معادن در اختیار دولت قرار گرفته است؛ درحالی که در اصل ۴۵، معادن در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفته است. در اصل ۴۴، صنایع و معادن بزرگ «به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت» خواهد بود. این نشان می‌دهد که دولت مالک آن‌ها نیست و مالکیت آن‌ها عمومی است و بخش دولتی تنها می‌تواند به صورت انحصاری در آن فعالیت کند.

آنچه از جمع اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی برمی‌آید، این است که مالکیت منابع نفت متعلق به کسی نیست، بلکه این منابع به صورت مالکیت عمومی است که در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران قرار دارد که اقدامات مقتضی را نسبت به آن انجام می‌دهد.

ماده ۲ قانون اصلاحی نفت ۱۳۹۰ نیز مقرر می‌دارد: «کلیه منابع نفتی جزء انفال و ثروت‌های عمومی است. اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی بر منابع مذکور به نمایندگی از طرف حکومت اسلامی بر عهده وزارت نفت است».

همچنین در مصوبه هیأت دولت در خصوص شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز که در سیزدهم مرداد ۱۳۹۵ به تصویب رسید، بر اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی بر کلیه منابع و ذخایر نفت و گاز طبیعی کشور از طریق وزارت نفت تأکید شده است.

بنابراین، قدر متیقن این است که دولت مالکیتی در مفهوم حقوق خصوصی با شرایط و آثار ویژه آن در نفت ندارد. اگرچه ولی یا حاکم، مالکیتی از جنس حقوق خصوصی در منابع نفت و گاز ندارد، اما اختیارات ناشی از ولایت، وی را مجاز می‌کند که با شرایطی، از جمله رعایت مصالح عامه و غبطه عموم نسبت به انتقال و واگذاری محصول استحصالی نفت و گاز به غیر اقدام کند (طباطبایی باقی، ۱۳۹۲: ۵۹).

پرسش مهمی که در این زمینه وجود دارد آن است که آیا شرکت منتقل‌الیه نیز در صورت تحقق انتقال قرارداد، نیاز به کسب مجوز و دریافت پروانه از دولت میزبان دارد؟ یا صرف اعلام رضایت کارفرما در این باره کفایت می‌کند؟

به نظر می‌رسد انتقال قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز با انتقال سایر قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق خصوصی متفاوت است و در این زمینه شرکت منتقل‌الیه باید تمامی مجوزهای لازم را که پیش‌تر طرف اصلی قرارداد گرفته بود، از دولت میزبان دریافت کند. در واقع، شرکت منتقل‌الیه نیز همانند شرکت ناقل باید پروانه نفتی پیش‌بینی شده در قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت و قانون برنامه پنجم توسعه را در زمان انعقاد قرارداد انتقال از وزارت نفت دریافت نماید.

بنابراین، همچنان‌که پیداست، مالکیت عمومی بر منابع نفت و گاز به عنوان چالشی دیگر در قراردادهای بالادستی نفت و گاز باید مورد توجه هر دو طرف قرارداد قرار گیرد. دولت میزبان طبعاً با توجه به این محدودیت، همانند شخص خصوصی در انتقال قرارداد نمی‌تواند آزادی کامل داشته باشد و باید براساس اصول حقوق عمومی در این باره اقدام کند. سرمایه‌گذار یا پیمانکار خارجی نیز، چه به

عنوان انتقال‌دهنده و چه به عنوان انتقال‌گیرنده، باید هنگام انتقال قرارداد براساس قوانین دولت میزبان به این نکته توجه کنند.

۴.۲. محدودیت‌های مربوط به نظم عمومی

نظم عمومی یکی دیگر از چالش‌های انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز خواهد بود. تعاریف گوناگونی از نظم عمومی ارائه شده است. در یکی از تعاریف، ادعا شده است که نظم عمومی مجموعه تأسیسات حقوقی و قواعد مربوط به حُسن جریان امور مربوط به اداره یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط آحاد مردم است که اراده فرد در جهت خلاف آن بی‌اثر باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۷۱۷). همچنین در تعریف دیگری از نظم عمومی آمده است: «نظم عمومی شامل قواعد و سازمان‌هایی است که غرض از وضع آن، حفظ منافع عمومی، تأمین حُسن جریان امور اداری، سیاسی، اقتصادی و ... می‌باشد و اراده افراد نمی‌تواند آن را نقض نماید» (عباسی، ۱۳۹۳: ۱۹۳). در تعریف دیگری گفته شده: «نظم عمومی به مجموع شرایط عمومی و کلی گفته می‌شود که برای ایجاد امنیت، آرامش، آسایش و حفظ اخلاق حسنه ضروری باشد» (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۲۴).

به نظر می‌رسد تمام تعاریف ارائه شده در یک نکته وحدت دارند و آن، ارتباط نظم عمومی با منافع و مصالح عالی و بنیادی جامعه است. نباید تصور کرد که نظم عمومی دارای مفاهیم و مبانی گوناگون است؛ زیرا در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌شود، مقصود این است که چون اجرای قاعده‌ای با مصالح عالی دولت و منافع جامعه ملازمه دارد، بر قراردادها حکومت می‌کند (حدادی، ۱۳۸۹: ۱۶۰). بنابراین، در انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز نیز بی‌گمان باید نظم عمومی حاکم بر صنعت نفت مورد توجه قرار گیرد.

در حقوق نفت و گاز (لکس پترولیا)، نیز نظم عمومی خاص این صنعت شکل گرفته و طبیعتاً دارای ضمانت اجرا نیز هست؛ برای مثال، رعایت الزامات محیط زیست و تولید صیانتی از میادین نفتی، از مصادیق نظم عمومی در حقوق نفت و گاز شمرده می‌شود. در حقوق ما در هیچ قانونی، بطلان قرارداد مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد تصریح قرار نگرفته، اما درعین حال هیچ حقوق‌دانی در بطلان چنین قراردادی تردید نکرده است (ابدالی و تفرشی، ۱۳۸۳: ۱۱). ماده ۹۷۵ ق.م. اشعار می‌دارد:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه و یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». همان‌طور که پیداست، این ماده به طور صریح حکم به بطلان قراردادهای مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه نداده، اما محاکم را مکلف کرده که از اجرای این‌گونه قراردادها خودداری کنند.

بنابراین، چنانچه پیمانکار یا سرمایه‌گذار خارجی مصادیق نظم عمومی را در قراردادهای نفت و گاز نادیده بگیرد، یکی از ضمانت اجرای آن، لغو پروانه نفتی و بطلان قرارداد خواهد بود. در بطلان عمل حقوقی از نظر قواعد حقوقی موجود نمی‌گردد و بطلان که نتیجه فساد در ارکان اساسی قرارداد و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی است، قرارداد را از ابتدا بی‌اعتبار می‌کند.

نظم عمومی شکل گرفته در حقوق نفت و گاز از نوع نظم عمومی اقتصادی است. هدف از این نوع نظم اقتصادی، هدایت جامعه به سمت اقتصاد مورد نظر و تنظیم اقتصاد ملی است. دولت‌ها که اغلب هدف آن‌ها تأمین اشتغال کامل، مبارزه با تورم، حفظ ثبات قیمت‌ها، اعتبار پول ملی، بهره‌برداری از منابع ملی و ... است، به دنبال آنند که با هدایت یکی از عوامل مهم ثروت، یعنی قرارداد و نیز با وضع مقررات در این زمینه به اهداف خود برسند. به این صورت که با وضع مقررات، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را محدود نمایند تا به این ترتیب افراد نتوانند برخلاف قوانین اقتصادی مورد نظر دولت توافق کنند (صفایی، ۱۳۸۷: ۵۷).

در نظم عمومی اقتصادی، دولت در پی آن است که اقتصاد را رهبری کند و قراردادهای خصوصی (از جمله قراردادهای نفت و گاز) را نیز به عنوان عامل توزیع ثروت در نظارت خود درآورد؛ پس نه تنها آثار این پیمان‌ها را به طور امری تعیین و بر دو طرف آن تحمیل می‌کند، گاهی آزادی پیمان بستن یا خودداری از آن را از اشخاص می‌ستاند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۶۶).

برای مثال، اصل هفتم قانون اساسی رومانی بیان می‌دارد: «هر نوع ثروت زیرزمینی، معادن، زمین‌های دولتی، جنگل‌ها، آب‌ها، منابع طبیعی نیرو، و ... متعلق به همه مردم، یعنی متعلق به دولت است». همین موضوع در اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز پیش‌بینی شده است.

بنابراین، در انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز نیز ضرورتاً باید نظم عمومی موجود در حقوق نفت و گاز مورد توجه قرار گیرد و در صورت بی‌توجهی به این نظم حقوقی، ضمانت اجرای آن لغو پروانه نفتی سرمایه‌گذار و پیمانکار خارجی و ابطال قرارداد انتقال خواهد بود. در ادامه، پاره‌ای از مصادیق نظم عمومی در حقوق نفت و گاز بررسی می‌شود:

۲.۴.۱. تحمیل شرط تولید صیانتی و ازدیاد برداشت بر منتقل‌الیه

برای دولت‌های میزبان، حفظ و بهره‌برداری صحیح و بهینه از مخازن نفت و گاز که به عنوان شاه‌رگ حیاتی یک کشور می‌باشد، از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ تا جایی که با اُفت تدریجی فشار، میزان تولید از چاه‌های موجود در یک مخزن کاهش یافته، تا حدی که دیگر با استفاده از تولید طبیعی قادر به تولید نیستند. در کشور ما، ناآگاهی از این موضوع بسیار مهم در زمان برداشت از مخازن نفت و گاز، وضعیت تولید از این منابع عظیم را با چالش بزرگی روبه‌رو ساخته است (عظیمی زرین، ۱۳۹۵: ۲۰).

قراردادهای نفتی را نمی‌توان صرفاً به لحاظ تطبیق با اصول حاکمیت و مالکیت بر منابع نفتی و یا رعایت حقوق و منافع ملی و مانند آن ارزیابی کرد.

امروزه مفهوم تولید صیانتی در تمامی رویکردهای فنی و اقتصادی صنعت نفت و گاز وارد شده است. صیانت طیف گسترده‌ای از اقدامات فنی، به‌ویژه گردآوری اطلاعات، توصیف و شناخت مخزن، مدل‌سازی، بررسی روش‌های تولید در دوره‌های مختلف، اقدامات توسعه‌ای، از جمله حفاری و نصب تأسیسات رو زمینی، شناخت ساختارهای زمین‌شناسی و مخزنی، تداوم بلندمدت تولید، رسیدن به بیشترین مقدار تولید و کمترین آسیب‌دیدگی به مخزن و جلوگیری از هدررفت سیالات را دربرمی‌گیرد.^۱ بنابراین، یکی دیگر از چالش‌های انتقال قراردادهای بالادستی، رعایت تولید صیانتی و ازدیاد برداشت توسط شرکت انتقال‌گیرنده است و در صورت انتقال قرارداد توسط انتقال‌دهنده در قراردادهای بالادستی، دولت میزبان می‌بایست این تعهد را از انتقال‌گیرنده مطالبه و بر آن نظارت کند. در این مورد نیز پیشنهاد می‌گردد دولت میزبان با پیش‌بینی تضمین‌های لازم و دریافت آن‌ها از شرکت منتقل‌آلیه و برقراری مسئولیت تضامنی شرکت ناقل و منتقل‌آلیه در راستای حفظ منافع ملت خود اقدام کند.

۲.۴.۲. اقتضائات هم‌سویی با الزامات زیست‌محیطی

عملیات نفتی، همچون اکتشاف، توسعه، بهره‌برداری و حمل‌ونقل، آثار مخربی بر محیط زیست دارد و آن را آلوده می‌کند. قراردادهای نفتی از طریق ارجاع به قوانین ملی و بین‌المللی، موافقت‌نامه‌های بین‌المللی محیط زیست و معیارهای خاص پروژه، مسائل زیست‌محیطی را مورد توجه قرار می‌دهند. در بیشتر قراردادهای نفتی معمولاً بندی در قرارداد گنجانده می‌شود که اشاره به ضوابط و معیارهای صنعت نفت می‌کند.

شرکت نفتی که متعهد به انجام عملیات نفتی به روش خوب صنعت^۲ می‌شود، باید حدی از مهارت‌ها، احتیاط و دوراندیشی را به‌کار گیرد که هر شرکت بین‌المللی نفتی دیگر در چنین اوضاع و احوالی آن‌ها را به‌کار می‌گیرد.

در برخی از قراردادهای نفت و گاز، افزون بر قوانین ملی، به موافقت‌نامه‌های بین‌المللی محیط زیستی نیز اشاره می‌کنند؛ برای مثال، در بند ۵ ماده ۶ قرارداد مشارکت در تولید لیبریا، پیمانکار متعهد می‌شود تمام عملیات نفتی را مطابق با قوانین حفاظت و مدیریت زیست‌محیطی لیبریا و تمامی رویه‌های محیط زیست بین‌المللی انجام دهد (عظیمی زین، ۱۳۹۵: ۴۰).

1. http://ekteshaf.nioc.ir/rowse.php?a_id=170&sid=1&slc_lang=fa.

2. Good Oil Practice

همچنین در قراردادهای نفتی، طرف دوم قرارداد ملزم به ارائه، شناسایی و ارزیابی انواع پیامدهای زیست‌محیطی، اجتماعی، ایمنی، امنیتی و بهداشتی احتمالی ناشی از پروژه خواهد بود که این مورد نیز باید توسط انتقال‌گیرنده تعهد و انجام گردد.

بنابراین، در صورت انتقال قرارداد توسط سرمایه‌گذار یا پیمانکار خارجی، انتقال‌گیرنده باید این الزامات را رعایت کند و این امر چالش بزرگی برای دولت میزبان خواهد بود. در این مورد، دریافت تضمین‌های لازم توسط دولت میزبان برای رعایت این تعهد پیشنهاد می‌شود.

در پایان این پژوهش، پیشنهاد می‌گردد وزارت نفت با پیش‌بینی مجوز انتقال قرارداد در پروانه‌های نفتی مذکور در ماده ۱۲۵ قانون برنامه پنجم توسعه و قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت ۱۳۹۰، شرایط، موانع و ضمانت اجرای اعطای مجوز انتقال قراردادهای نفت و گاز را مشخص کند تا شرکت ملی نفت ایران در چارچوب پروانه و مجوز صادره اقدام به انتقال قرارداد نماید.

۲. ۵. ضرورت انتقال دانش و فناوری

یکی از مهم‌ترین اهداف دولت‌های میزبان از انعقاد قراردادهای بالادستی نفت و گاز، انتقال دانش و فناوری به کشور است. امروزه فناوری و دسترسی به آن، یکی از ضرورت‌ها و معیارهای اصلی رشد و توسعه اقتصادی به‌شمار می‌آید. فناوری عبارت است از مجموعه پویایی از دانش و تجربه و مهارت که برای تولید یا عرضه خدمات به‌کار می‌رود. فن یا فنون به معنای مهارت‌ها و توانمندی‌هایی است که از طریق آموزش و تجربه به دست می‌آید.

تعریف یادشده، بر دو جنبه اساسی مفهوم فناوری تأکید دارد: یک جنبه آن، خود دانش است که در کالاهای سرمایه‌ای و واسطه‌ای مانند تجهیزات و ماشین‌ها نمایان می‌شود؛ جنبه دیگر آن، دانش فنی^۱ است که به مهارت، شیوه، روش و فن به‌کارگیری فناوری بازمی‌گردد.

مدت‌هاست که دولت‌های میزبان تمام تلاش خود را به‌کار می‌گیرند تا در قراردادهای نفت و گاز خود سرمایه‌گذاران و پیمانکاران را مکلف به استفاده، انتقال و توسعه فناوری‌های موجود کنند (ابراهیمی و خوش-چهره، ۱۳۹۴: ۷۳).

انتقال فناوری به معنای جابه‌جایی آن از یک منطقه جغرافیایی به منطقه دیگر است. البته در تعریفی که آنکناد^۲ ارائه کرده، برای انتقال فناوری صرف جابه‌جایی ضرورتی ندارد و ممکن است انتقال در محدوده مرزهای ملی یا حتی از یک سازمان یا نهاد به بخش دیگر اتفاق بیفتد.

با توجه به دغدغه دولت میزبان در استفاده، انتقال و توسعه فناوری در قراردادهای بالادستی نفت و گاز، این موضوع می‌تواند چالش بسیار مهمی برای این دولت‌ها باشد. با انتقال قرارداد، انتقال‌گیرنده

1. Know- how

2. UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development

وارد رابطه حقوقی موجود می‌شود و دولت میزبان باید در تعیین شرایط انتقال‌گیرنده ضرورتاً، بحث توانایی استفاده، انتقال و توسعه فناوری را مورد توجه جدی قرار دهد. در قراردادهای انتقال فناوری، معمولاً مالک آن فناوری، تعهداتی را برعهده دارد که دولت میزبان باید این تعهدات را در فرض انتقال قرارداد توسط انتقال‌دهنده به انتقال‌گیرنده، از این شرکت نیز مطالبه نماید. ازجمله این تعهدات، تضمین عقدی یا وارانتی^۱، ارائه لوازم جانبی، قطعات یدکی و تجهیزات، تعهد به ارائه اسناد، تعهد به مناسب بودن فناوری با هدف طرف قرارداد، تعهد به زبان‌آور نبودن فناوری برای محیط زیست و سلامتی انسان، تعهد به در اختیار گذاشتن عملی و واقعی فناوری، آموزش نحوه استفاده از فناوری و استفاده از منابع داخلی است که انتقال‌گیرنده باید در قراردادهای نفتی آن‌ها را تضمین کند (Koh, Tham & Woan Lee, 2006: 34). همچنین در فرض انتقال قرارداد توسط انتقال‌دهنده، یکی از اصلی‌ترین دغدغه‌های دولت میزبان، مطابق نبودن قرارداد با پیچیدگی‌های امر انتقال می‌باشد که یکی از چالش‌های انتقال قرارداد است.

بنابراین، همچنان‌که پیداست، یکی از چالش‌های اساسی انتقال قراردادهای نفت و گاز، به‌ویژه قراردادهای بالادستی، بحث انتقال فناوری توسط طرف جدید قرارداد - یعنی شرکت انتقال‌گیرنده - است که دولت میزبان می‌بایست توانایی انتقال‌گیرنده در این زمینه را مورد توجه جدی قرار دهد و نیز در این مورد با پیش‌بینی شرایط و ضمانت اجرا و تضمین‌های لازم، اقدام کند.

نتیجه

در انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز، دولت‌های میزبان حساسیت زیادی دارند و شرایط متعددی را براساس اصول حقوق عمومی و حقوق نفت و گاز برای سرمایه‌گذار و پیمانکار خارجی تعیین می‌کنند تا در صورت منتقل شدن قرارداد به شخص ثالث، منافع ملت خویش ملحوظ نظر قرار گیرد؛ ازاین‌رو، در انتقال این قراردادها چالش‌هایی هم برای دولت میزبان و هم برای سرمایه‌گذار و پیمانکار خارجی به وجود می‌آید. ویژگی‌های خاص قراردادهای بالادستی نفت و گاز و تأثیر انتقال این قرارداد بر اهداف مشترک و انگیزه‌های خصوصی طرفین قرارداد از یک‌سو، و آثار انتقال آن‌ها بر منافع عمومی و بخش‌های مختلف جامعه از سوی دیگر، اقتضا دارد تا چالش‌های اساسی انتقال قراردادهای بالادستی نفت و گاز از قوانین و مقررات داخلی استخراج و به طور علمی مورد مطالعه قرار گیرد تا از موانع و آثار زیان‌بار آن‌ها جلوگیری شود.

قراردادهای نفتی به اعتبار سابقه، سطح دانش، صلاحیت فنی، مدیریت و توانایی مالی با سرمایه‌گذار و یا پیمانکار منعقد می‌شود. بنابراین، در این قراردادها شخصیت سرمایه‌گذار و پیمانکار خارجی از اهمیت بسزایی برخوردار بوده و دولت میزبان راضی نیست که طرف قرارداد نسبت به واگذاری قرارداد

اقدام کند. درعین حال، شرایطی پیش می آید که واگذاری قرارداد را ضروری می نماید. بنابراین، وابسته به شخص بودن و تخصصی بودن فعالیت طرف دوم قرارداد، چالشی مهم در این قراردادها خواهد بود. در واقع، شرکت منتقل الیه نیز باید دست کم شرایطی را که شرکت ناقل در زمان انعقاد قرارداد توسط دولت میزبان احراز شده، داشته باشد تا در برنامه های اکتشافی و تولیدی دولت میزبان خللی ایجاد نگردد.

چالش دیگر این قراردادها، رعایت قوانین خاص دولت میزبان با توجه به اصل حاکمیت ملی و دایمی کشورها بر منابع طبیعی و تطابق نداشتن با قانون حاکم بر قرارداد است. در کشور ما قراردادهای نفت و گاز می بایست براساس اصول حقوق عمومی مورد بررسی قرار گیرد؛ برای مثال، یکی از مصادیق این اصول، تضامنی بودن مسئولیت انتقال دهنده و انتقال گیرنده و بری نشدن انتقال دهنده در صورت انتقال قرارداد است. برخلاف انتقال قرارداد براساس اصول حقوق خصوصی که انتقال دهنده از رابطه قراردادی کنار می رود و انتقال گیرنده، جانشین او در حقوق و تعهدات قراردادی می گردد، معمولاً کشورهای صاحب نفت در قراردادهای بالادستی نفت و گاز، شرطی را در قرارداد می گنجانند که براساس آن، انتقال دهنده با محقق شدن انتقال، همچنان به عنوان طرف قرارداد در رابطه طرفین باقی می ماند و انتقال گیرنده منضم به او می گردد. در این شرایط، انتقال دهنده و انتقال گیرنده، هر دو در برابر دولت میزبان متضامناً مسئولیت دارند.

مثال دیگر رعایت قوانین دولت میزبان، حق تقدم کارفرما در خرید سهم مشارکت هریک از اعضای کنسرسیوم است که قصد انتقال آن را به اشخاص ثالث داشته باشند. معمولاً در بیشتر قراردادهای نفت و گاز که طرف دوم قرارداد متشکل از گروهی از شرکتها به صورت کنسرسیوم است، چنانچه یکی از اعضای مشارکت، قصد انتقال سهم خود را داشته باشد، این حق برای دولت میزبان وجود دارد تا با خرید سهم نامبرده، آن را تملک کند. در واقع، دولت میزبان حتی بدون پیش بینی این شرط در قرارداد، می تواند با توجه به اصل قدرت عمومی و حاکمیت اصول حقوق عمومی بر نفت و گاز، از این شرط نانوشته بهره برداری نماید.

یکی دیگر از چالش های انتقال این قراردادها، مالکیت عمومی دولت بر این منابع طبیعی و پیروی این قراردادها از قواعد خاص خارج از قرارداد است؛ بدین توضیح که منابع نفت و گاز در بیشتر کشورهای دنیا، از جمله ایران، دارای مالک خصوصی نیست و دولت صرفاً اجازه بهره برداری و مدیریت منابع را برعهده دارد. بنابراین، شرکت منتقل الیه باید افزون بر پروانه و مجوزهایی که شرکت ناقل موفق به دریافت آنها شده است، پس از تحقق انتقال قرارداد، علاوه بر رضایت دولت میزبان تمامی این مجوزها را نیز کسب کند. بنابراین، در انتقال این قراردادها، این چالش باید مدنظر طرفین قرارداد، قرار گیرد.

چالش دیگر پیش روی هر دو طرف قرارداد، رعایت نظم عمومی دولت میزبان خواهد بود. با توجه به سیال بودن تعریف نظم عمومی در علم حقوق، شناسایی مصادیق آن در انتقال قراردادهای نفت و گاز بسیار مهم است. از جمله این مصادیق، رعایت برنامه تولید صیانتی و ازدیاد برداشت و رعایت الزامات

زیست‌محیطی برای طرفین قرارداد، به‌ویژه دولت میزبان خواهد بود. در قراردادهای نفت و گاز، سرمایه‌گذار یا پیمانکار خارجی ملزم به رعایت قواعد تولید صیانتی و همچنین رعایت الزامات زیست‌محیطی دولت میزبان و ضوابط بین‌المللی خواهد بود و در صورت انتقال قرارداد توسط این شرکت، انتقال‌گیرنده نیز متعهد به رعایت این الزامات قراردادی و غیرقراردادی خواهد بود. بنابراین، دولت میزبان در زمان انتقال قرارداد باید توانایی و صلاحیت شرکت انتقال‌گیرنده را با لحاظ موارد پیش‌گفته و با در نظر گرفتن این چالش‌ها مورد توجه جدی قرار دهد.

همین دغدغه و چالش دربارهٔ انتقال دانش و فناوری نیز توسط شرکت انتقال‌گیرنده وجود دارد. در قراردادهای بالادستی نفت و گاز، یکی از اهداف بسیار مهم دولت‌های میزبان، دستیابی به دانش و فناوری کشورهای سرمایه‌فرست است و یکی از چالش‌های اساسی انتقال قراردادهای نفت و گاز، توانایی شرکت منتقل‌الیه در انجام این تعهد است. در واقع، یکی از چالش‌های دولت میزبان در این مورد، احراز صلاحیت منتقل‌الیه در استفاده، انتقال و توسعهٔ فناوری است. در این زمینه، شایسته است دولت میزبان با پیش‌بینی شرایط و تضمین‌ها و ضمانت اجرای عدم انجام تعهد در پروانه‌های نفتی و مجوزهای اعطایی، این چالش را مدیریت کند.

بنابراین، در صورت تحقق انتقال این قراردادها، چالش‌های متعددی پیش روی هر دو طرف قرارداد وجود دارد که بایستی مورد توجه جدی دولت میزبان و طرف دیگر قرارداد، قرار گیرد.

منابع

الف) فارسی

۱. ابدالی، مهرداد؛ تفرشی، محمدعلی (۱۳۸۳). «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران». *مجلهٔ مدرس علوم انسانی، ویژهٔ حقوق*، شماره ۳۷، ص ۲۲-۱.
۲. ابراهیمی، سید نصرالله؛ خوش‌چهره، فاطمه (۱۳۹۴). «استفاده، انتقال و توسعهٔ تکنولوژی در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران». *فصلنامهٔ حقوق پزشکی*، ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری، ص ۱۰۲-۶۵.
۳. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کوروش (۱۳۸۸). *حقوق اداری*. چاپ پنجم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۴. امین‌زاده، الهام؛ نیک‌بخش شرفشاده، علی (۱۳۹۴). «مطالعهٔ تطبیقی حق دولت‌ها بر مالکیت و حاکمیت منابع نفت و گاز». *فصلنامهٔ حقوق انرژی*، دوره ۱، شماره ۱، ص ۱۶-۱.
۵. ایران‌پور، فرهاد (۱۳۸۶). «مبانی عمومی قراردادهای نفتی». *فصلنامهٔ حقوق، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۳۷، شماره ۳، ص ۲۸-۱.
۶. ایزانلو، محسن؛ عباسی‌حضور، مهدی؛ شعبانی‌کنده‌سری، هادی (۱۳۹۱). «انتقال قراردادی عقد در فقه امامیه». *آموزهٔ فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵، ص ۲۴-۳.
۷. حاتمی، علی؛ کریمیان، اسماعیل (۱۳۹۳). *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*. چاپ دوم، تهران: انتشارات تیسرا.
۸. حدادی، مهدی (۱۳۸۹). «مقایسهٔ مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوقی ملی». *مجلهٔ حقوق خصوصی*، شماره ۱۶، ص ۱۸۴-۱۵۷.

۹. خلیل‌پور گرگانی، مجید؛ ونوش بندچی، محسن (۱۳۹۳). *محدودیت‌های مالکیت در مواجهه با حقوق عمومی*. چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی.
۱۰. ذوعلم، علی (۱۳۸۴). «تأملی در مفهوم چالش». *ماهنامه اندیشه و تاریخ سیاسی ایران معاصر*، سال چهارم، شماره ۳۶، ص ۳۷-۳۴.
۱۱. شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸). *انتقال قرارداد*. چاپ اول، بی‌جا، انتشارات فروزش.
۱۲. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). *حقوق نفت و گاز*. چاپ اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۱۳. صفایی، سید حسین (۱۳۸۷). *دوره مقدماتی حقوق ملنی*. جلد دوم، چاپ ششم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۱۴. طباطبایی بافقی، سید علیرضا (۱۳۹۳). «ماهیت و آثار حقوقی پروانه نفتی در تنظیم روابط بین کشور میزبان، شرکت بین-المللی نفتی و شرکت ملی نفت». *پایان‌نامه کارشناسی ارشد*، دانشگاه تهران.
۱۵. عباسی، بیژن (۱۳۹۳). *مبانی حقوق عمومی*. چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
۱۶. عدل، سید مصطفی (۱۳۷۳). *حقوق ملنی*. تهران، انتشارات خرسندی.
۱۷. عظیمی زرین، حمیرا (۱۳۹۵). «تحلیل حقوقی قرارداد جدید بالادستی نفت ایران (IPC)». *پایان‌نامه کارشناسی ارشد*، دانشگاه علامه طباطبایی.
۱۸. غمامی، مجید (۱۳۷۷). «آزادی گزینش طرف قرارداد». *مطالعات حقوقی و سیاسی*، شماره ۱، ص ۵۵-۲۶.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). *اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع*. تهران، نشر بهمن.
۲۰. کاظمی نجف‌آبادی، عباس؛ شیرانی، ساعد (۱۳۹۶). *قراردادهای نفتی بین‌المللی*. چاپ اول، تهران، انتشارات شهردانش.
۲۱. محمدی، عبدالعلی (۱۳۸۶). «اصل آزادی انتقال قرارداد». *مجله تحقیقات حقوقی آزاد*، پیش‌شماره دوم، ص ۱۴۳-۱۲۹.
۲۲. مقدم، عیسی (۱۳۸۶). «انتقال قرارداد». *فصلنامه حقوق*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، شماره ۴، ص ۲۴۲-۲۲۹.

(ب) خارجی

23. Atiyah P.S (1989). *An Introduction to the Law of Contract*. 4th ed, London, Clarendon Press.
24. Bernard Taverne (1996). *Upstream Oil and Gas Agreement, Production Sharing Contracts*. Sweetand Maxwell, p.215.
25. C. Edward Dobbs; Jack C. Jr. Basham (1994). *Protecting Collateral Assignment of Partnership Interests*. Commercial Lending Review, p21.
26. G. Tolhurst (2008). "The Nature of an Assignee's Right to Damages for Breach of Contract that Occur Prior to Assignment". *Journal of Contrcect Law*, Vol.24, The university of Sydney, see at: <https://ssrn.com/abstract=1121242>
27. Grover C. Grismore (1933). *Effect of a Restriction on Assignment in a Contract*. MICHIGAN LAW REVIEW, VOL. 31, No. 3, p.35.
28. Lee C. Buchheit (1993). *How to Negotiate the Assignment Clause*. Content downloaded/printed from HeinOnlin, p.8.
29. ____ (1993). *How to Negotiate the Assignment Clause*. Content downloaded/printed from Hein Online, p23.
30. Lowe, J.s (1988). *Oil and Gas Law in a Nutshell*. West Publishing Co.
31. Pearlie Koh; Chee Ho Tham; Pey Woan Lee (2006). *Contract Law*. SAL Annual Review, p.34.
32. Susan Kalinka (1996). *Assignment of an Interest in a Limited Liabillity Company and the Assignment of Income*. UNIVERSITY OF CINCINNATI LAW REVIE.