

نظریه قراردادهای سرمایه‌گذاری انعطاف‌پذیر در بخش بالادستی نفت

علی محمد حکیمیان^۱

استادیار گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۴/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۴/۰۲

چکیده

داوران بین‌المللی برای تشخیص قانون حاکم بر قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی حتی در مواردی که طرفین قانون حاکم را مشخص هم کرده باشند آراء و نظریاتی برای تبیین ماهیت آنها و دستیابی به قانون حاکم دارند که نشان از متابعت آنها از نظرات صرفاً نظری کلاسیک و یا تجدید نظر شده آکادمیک دارد. به نظر می‌رسد برای قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در بخش بالادستی نفت نمی‌توان قائل به یک نظر ثابت در مورد ماهیت آنها شد. هر قرارداد در شرایط خود و در یک نظام حقوقی خاص و با توجه به نیازهای طرفین و شرایط اقتصادی حاکم ایجاد می‌شود. معمولاً در هنگام مذاکرات پیش از قرارداد، طرفین از میزان نیاز، شرایط و وضعیت اقتصادی طرف مقابل آگاه شده و با توجه به آن، فرایند انعقاد قرارداد را پی می‌گیرند. در تعیین ماهیت باید میزان نقش هر یک از موارد مذکور مشخص شود، لذا در این مقاله، در مقابل دکترینهای مختلف در مورد ماهیت این قراردادها، نظریه «قراردادهای انعطاف‌پذیر» ارائه شده است. بنابر این دیدگاه قراردادهای نفتی در یک طیف ماهیتی و نه یک ماهیت خاص قابل انطباق بر هر گونه قرارداد، قابل تحلیل و تبیین می‌باشد. این انعطاف‌پذیری رها نیست و پای در چارچوب نظم انتظامی دولت میزبان دارد. این نظریه می‌تواند با بررسی عوامل حقوقی و اقتصادی که طرفین را وادار به انعقاد قرارداد نموده است نه تنها مسئله‌ای حقوقی را مبتنی بر واقعیت‌های خارجی بازار سرمایه‌گذاری کند؛ بلکه از اثرگذاری عوامل غیر اقتصادی بکاهد.

کلید واژه‌ها: بخش بالادستی، سرمایه‌گذاری خارجی، قرارداد انعطاف‌پذیر، رژیم حقوقی، دکترینهای

نویسنده مسئول: amhakimyan@yahoo.com

DOI: 10.22067/le.v26i15.65309

حقوقی

مقدمه

نیاز کشورهای نفت خیز به سرمایه، خدمات مدیریتی، فنی و تکنولوژی مدرن شرکت‌های بزرگ نفتی (جهت آشنایی بیشتر با شرکت‌ها ر.ک: Library of Institute for International Studies on Energy, 2001: Vol 3: 645-601) و تمایل شرکت‌های نفتی به منابع عظیم نفتی و مشارکت در آن منابع برای کاستن از ریسک فروشنده مطمئن و استفاده از سود بالای سرمایه گذاری در منابع انرژی، کشورهای صاحب منابع نفتی و شرکت‌های بزرگ بین‌المللی نفتی را وادار به انعقاد قراردادهای عمده در بخش بالادستی نفت نموده است. این قراردادها تحولات و مباحثی جدی را در حقوق بین‌الملل مطرح کرده است که همگی در پی ایفا و استیفای حقوق مالی ناشی از قراردادهای منعقد شده بین آن شرکت‌ها (شرکت‌های فراملی یا چند ملیتی) و مؤسسات دولتی کشورهای میزبان بوده است. در مواردی این روابط منجر به اختلاف طرفین و به تبع آن مراجعه به مراکز داوری رسمی و یا ایجاد داوریه‌های موردی شده است (Mohebbi, 1995: 385-446). داوران برای حل نزاع حقوقی مجبور به تعیین ماهیت این قراردادها شده تا بر اساس آن حکم دعوی را بیابند. این نزاعهای حقوقی در مواردی ناشی از مصادره^۱، ملی شدن^۲ یا فسخ یک جانبه قرارداد بوده است (Mohebbi, 1996: 9-70). دولت‌های طرف قرارداد با استناد به اصولی همچون، «اصل حق تعیین سرنوشت»^۳ که حقوق دانان زیادی آن را از اصول مسلم قاعده آمره^۴ می‌دانند (Tunkin, 1957: 208) و نیز اصل مشهور «حق حاکمیت دائمی کشورها بر کلیه منابع ثروت زیرزمینی و فعالیت‌های اقتصادی»^۵ - اصولی که به طور مکرر در قطعنامه‌های مجمع عمومی و برخی دیگر از ارگان‌های سازمان ملل متحد و خصوصاً در پاراگراف یک ماده ۲ «منشور حقوق و تکالیف اقتصادی کشورها» بیان و تأکید گردیده است - به اعمال خود مشروعیت می‌دادند

1- Confiscation

2- Nationalization

3- I. C. J. Reports, 2004, "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (2003-2004), Advisory Cases, 2003, p. 118, available at: <http://www.cij-icj.org>.

4- Jus Cogens

5- Un General Assembly Res. 3281 (XXIX), 12 December 1962. available at www.coc-runder-tisch.de/coc-runder-tisch/inhalte/.../Resolu-1.htm

(Alidoosti Shahraki, 1990). شرکت‌های بزرگ نفتی نیز ساکت نماندند و در برابر آن نظراتی همچون «نظریه حق مکتسب»^۱ و نیز «اصل وفای به عهد»^۲ را مطرح کردند که کم و بیش مبنای نظری استحقاق شرکت‌های خارجی به دریافت غرامت در ازای سلب مالکیت^۳ است (Sonarajah, 1986: 171). رسیدگی به ادعای طرفین و دلایل حقوقی آنها موجب ایجاد نظریات مختلفی در خصوص ماهیت این قراردادها بین داوران بین‌المللی رسیدگی به اختلافات طرفین قرارداد شد. این اختلاف بین قضات محاکم داخلی کشور میزبان سرمایه در مرحله رسیدگی و یا اجرای آراء داوری نظریات متفاوتی را موجب شد؛ که به محافل آکادمیک حقوقی نیز سرایت کرد. برخی در این نبرد حقوقی سعی کرده‌اند جانب کشورهای صاحب منابع و ذخایر نفت را بگیرند و برخی دیگر که نظریاتشان رواج بیشتری یافته است به نفع شرکت‌های بزرگ سرمایه‌گذاری نفتی استدلال کرده‌اند. نظریات این دو گروه در گفتار اول و دوم از مبحث اول بررسی خواهد شد. برای دستیابی به نظریه مختار سعی شده تا با روشی توصیفی و رویکردی نقدانه نظریات رقیب معرفی شده و در مبحث دوم که بخش معظم مقاله را تشکیل می‌دهد با تحلیل عوامل و شرایطی که طرفین قرارداد را وادار به مذاکره و دستیابی به قرارداد می‌کند؛ ماهیت این قراردادها روشن و جوانب برتری نظریه قراردادهای سرمایه‌گذاری انعطاف‌پذیر در بخش بالادستی روشن گردد. به نظر مؤلف این نظریه می‌تواند از نبرد سنتی طرفداران دو طرف قرارداد پایان داده و بر عوامل واقعی که موجب رشد سرمایه‌گذاری و تعامل سازنده و پایدار طرفین قرارداد می‌شود؛ تاکید نماید. حق بر انرژی و دستیابی همه بشریت به بازار بادوام و پایدار انرژی و رهایی این بازار از نقش سیاسی دولتهای میزبان سرمایه و سرمایه‌فرست و تعامل بر اساس معیارهای صرفاً تجاری از جمله آثار این نظریه خواهد بود. عوامل مختلفی شالوده این نظریه را می‌سازند. گفتارهای فصل دوم به بررسی عوامل سازنده این نظریه اختصاص یافته است.

1- Acquired Right

2- Pacta Sunt Servanda, available at www.britannica.com/EBchecked/topic/930509/pacta-sunt-servanda & legal-dictionary.thefreedictionary.com/Pacta+Sunt+Servanda

3- Expropriation

مبحث اول: نظریات کلاسیک و نئوکلاسیک در ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری بخش - بالادستی نفت

این فصل در دو گفتار سامان یافته است. گفتار اول نظریاتی که قراردادهای سرمایه‌گذاری نفت را تابع حقوق داخلی کشور میزبان سرمایه دانسته‌اند؛ بررسی می‌شود. این نظریات نقش مهم دولت که در یک طرف این قراردادها مستقیماً و یا توسط شرکت دولتی حضور دارد را برجسته کرده‌اند. اما حقیقت این است که شرکتهای سرمایه‌گذار نیز حاضر نیستند، سرنوشت خود را به رقیب بسپارند. به همین دلیل آنها نیز با تاثیری که با سرمایه خود بر داوران گذاشته‌اند و یا با نقشی که کشورهای متبوعشان در کنوانسیونهای مختلف خصوصاً در مورد سرمایه‌گذاری خارجی برایشان به عهده گرفته‌اند از نظرات رقیب جا نمانده‌اند. آنها سعی کرده‌اند با دستاویز قراردادن برخی اصول حقوقی، حداقل ماهیت این قراردادها را طوری تعریف نمایند تا مشمول قوانین فراملی کشور میزبان سرمایه باشد. بررسی این نظریات در گفتار دوم این فصل بررسی خواهد شد.

گفتار اول: قراردادهای تابع حقوق داخلی کشور میزبان

برخی از حقوقدانان، قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی را در زمره قراردادهای خصوصی دانسته و حقوق داخلی را حاکم بر آن می‌دانند. بنا به اظهار آنها هرچند یک طرف قرارداد دولت یا سازمانهای دولتی است، ولی صرف حضور طرف دولتی در عرصه اقتصادی موجب بین‌المللی شدن قرارداد نمی‌شود. رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه وام صربستان مؤید این مطلب است. دیوان مزبور در رأی سال ۱۹۲۹ چنین استدلال کرد:

خلاصه اصلی که دیوان بیان می‌دارد این است که اگر دولتها در شأن غیر دولتی و به عنوان تابع حقوق داخلی، قراردادی با تبعه بیگانه منعقد نمایند، قرارداد موصوف از تابعیت حقوق بین‌الملل خارج است و تابع حقوق داخلی است؛ اما از میان قوانین داخلی کشورهای مختلف قانون کدام کشور بایستی برگزیده شود، حل مسئله از طریق رجوع به قواعد حل تعارض قوانین یا همان حقوق بین‌الملل خصوصی صورت می‌گیرد. (international Permanent Court, 1929: n 2)

بعضی دیگر در این دیدگاه افراط کرده و معتقد شده که قرارداد تابع اصول و قواعد قرارداد اداری آن کشور است. به عنوان مثال، در کشورهایی مانند فرانسه که حقوق اداری در طیفی نسبتاً گسترده اجرا می‌شود، پذیرفته شده است که ماهیت قراردادی در قراردادهای دولتی از نظر ماهیتی

به قراردادهای اداری نزدیکتر است تا سایر قراردادها، زیرا به دلیل قدرتی که در قراردادهای فوق به نفع دولت در نظر گرفته شده است، این امکان وجود دارد تا دولت با تمسک به شرایط قانونی حاکم بر آنها دست به تغییر یک طرفه آن بزند (Cattan, 1967: 73-76). به نظر آنها استقلال شخصیت حقوقی شرکتهای ملی نفت کشور سرمایه‌پذیر موجب انتفای رابطه دولت با قرارداد نمی‌شود. در واقع این شرکت‌ها ابزاری برای تحقق سیاست‌های دولت هستند. بنابراین، این شرکت‌ها در راستای خدمت عمومی اقدام به معامله می‌نمایند و این نوع قراردادها که هدف آن ارائه خدمت عمومی است دارای ماهیتی اداری می‌باشد (Kojanec, 1985: n 14,15,...:8). برخی حقوقدانان ایرانی در ابراز نظری گفته‌اند: تجزیه و تحلیل عینی و بی‌طرفانه موضوع ما را به این نتیجه می‌رساند که قراردادهای نفتی را نمی‌توان در عداد قراردادهای اداری معمولی به شمار آورد، زیرا که قرارداد نفتی را سه خصیصه مهم از قراردادهای معمولی جدا می‌گرداند. نخست یک طرف این قراردادها دولت و یا سازمانی وابسته به دولت است. دوم موضوع قرارداد اکتشاف و بهره‌برداری از منابع نفتی است و سوم طول مدت این قراردادهاست. اجتماع این سه عامل در یک جا موجب می‌شود که قرارداد نفتی طبیعتی ممتاز و اقتضائاتی مختص به خود داشته باشد (Movahhed, 1997: 98-101).

به هر حال، قرارداد نفتی، قرارداد اداری محسوب نمی‌شود و از قصد طرفین و مقررات مندرج در قرارداد نمی‌توان استفاده کرد که نوعی قرارداد اداری است.

گفتار دوم: قراردادهای فراملی

برخی از حقوقدانان که در حمایت از سرمایه‌گذاران غربی به دنبال رفع حاکمیت قانون داخلی کشور سرمایه‌پذیر هستند، در عین حالی که بر لزوم تابعیت هر قراردادی از سیستم حقوقی معینی تأکید می‌ورزند، قراردادهای توسعه اقتصادی مانند قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در بخش بالادستی نفت را از حاکمیت قانون داخلی خارج دانسته و آن را تابع حقوق فراملی می‌دانند که خود به دو گروه تقسیم می‌شود.

گروه اول که قرارداد را تابع حقوق بین‌الملل عمومی می‌دانند. این گروه در توجیه عقیده خود به خصیصه بین‌المللی بودن قراردادهای توسعه اقتصادی استناد می‌کنند (Mohebbi, 1999: 67-69). به نظر آنها هر چند حقوق بین‌الملل تنظیم‌کننده روابط دولتها و سازمانهای بین‌المللی

است؛ اما مرکز ثقل قراردادهای اقتصادی که یک طرف آن دولت است، روابط بین المللی است. دولتی که وارد قرارداد امتیاز و سرمایه‌گذاری می‌شود، قرارداد خود را تا سطح معاهده بین المللی ارتقاء می‌دهد و خواهان اجرای قواعد حقوق بین الملل است (Askari, 2000).^۱

گروه دوم به دلیل ایرادات وارد بر نظریه‌های پیشین، پیشنهاد بینابینی را مطرح نموده‌اند. به نظر آنها حقوق فراملی نه حقوق بین الملل است و نه حقوق داخلی؛ بلکه مجموعه قواعد و عرف‌های بازرگانی است که در روابط تجاری بین المللی شکل گرفته و تجار به آن عمل کرده‌اند. این قواعد ممکن است در نظام‌های حقوقی مختلف و یا در قوانین داخلی بسیاری از کشورها موجود باشد؛ اما اعتبار آنها به نظام حقوقی یا قوانین داخلی بستگی ندارد، بلکه اعتبار خود را از اصول مشترک و عرف تجاری بین المللی اخذ می‌کند (Movahhed, 1997: 69-72). این دیدگاه نیز از هر دو جهت قابل مناقشه است؛ زیرا قرارداد نفتی، یک معاهده بین المللی نیست تا تابع قواعد حاکم بر معاهدات بین المللی محسوب شود و دولت قصد انعقاد معاهده ندارد که در اکثر کشورها انعقاد و یا الحاق به آن تابع تشریفات خاصی است. تابع حقوق تجارت بین الملل نیست چون حقوق تجارت بین الملل یک مجموعه قوانین کامل و جامع یک نواختی نیست که تمام جوانب قرارداد را تحت پوشش دهد. علاوه بر این قصد مشترک طرفین نیز بر آن تعلق نگرفته است.

مبحث دوم: نظریه قراردادهای انعطاف‌پذیر (نظر مختار)

به نظر می‌رسد از سه رکن قراردادهای نفتی (دولت یا شرکت ملی دولتی، شرکت‌های نفتی سرمایه‌گذار بین المللی و موضوع قرارداد) در دکتربینهای قبلی سهم موضوع قرارداد در تعیین ماهیت بیشتر بود. شاید این نقش برتر نتیجه مکتب اقتصادگرایی حقوق (Kater, 2000). باشد که کم‌کم سیطره خود را بر مکاتب دیگر حقوق به رخ می‌کشد و نفوذ آن به ایجاد رشته حقوق بین الملل اقتصادی رسیده است (ghanbari jahromi, 1999: 231-260). برای روشن شدن نقش سه رکن قرارداد و تأثیر آنها در ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی در بخش بالادستی جهت دستیابی به نظریه قراردادهای انعطاف‌پذیر؛ ارکان این قراردادها بررسی می‌گردد.

1- yagari.blogfa.com/post-21.aspx.

گفتار اول: موضوع قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی

موضوع قراردادهای نفتی انتقال سرمایه، تکنولوژی، بهره‌مندی از خدمات فنی و مدیریتی، بازاریابی و... شرکت‌های بین‌المللی نفتی می‌باشد و به نظر اقتصاددانان، سرمایه‌گذاری بین‌المللی اقدامی است که، از نقطه نظر آماری، با هدف افزایش ثروت یک کشور و از نظر پویایی و دینامیک، با سعی در ایجاد سرمایه یعنی اموالی پردوام که موجب آسودگی خاطر می‌شود، صورت می‌گیرد. بنابراین سرمایه‌گذاری، تأثیری مستقیم بر ترازنامه پرداخت‌های دولت متبوع شرکت سرمایه‌گذار در خارج (واردات ارز) و هم‌چنین بر شرکت دولت دریافت‌کننده سرمایه (خروج ارز، افزایش ثروت) دارد. دولت از طریق کنترل مبادلات ارزی و تنظیم سرمایه‌گذاری‌های خارجی، در این زمینه نظارت و دخالت می‌کند. پیچیدگی سرمایه‌گذاری خارجی که دارای ابعاد اساساً اقتصادی است؛ باعث طرح مسائل مالی، پولی و اجتماعی می‌شود (Leboulangeh, 2008: 31-32). به تبع آن مسائل، دولت خود را ذی‌حق در دخالت آن قراردادها برای تنظیم موضوعات پیش‌گفته که به حاکمیت گره می‌خورد، می‌داند. این برداشت از موضوع، قراردادهای نفتی را به قراردادهای اداری نزدیک می‌کند؛ در حالی که در دکترینهای مذکور که بیشتر نظر حقوقدانان تابع کشورهای سرمایه‌فرست است؛ سعی شده بود تا موضوع را یکی از موضوعات مهم در صحنه اقتصاد بین‌المللی مطرح سازد و بعد بین‌المللی و خارج بودن از نظام حقوقی داخلی را پررنگ سازد. تفاوت دو دیدگاه نقش بسزایی در منافع کشورهای سرمایه‌پذیر و سرمایه‌فرست دارد. به نظر می‌رسد این برداشت از موضوع که اینگونه قراردادها را مرتبط با حاکمیت کشور سرمایه‌پذیر می‌داند، با قطعنامه‌های سازمان ملل مبنی بر حاکمیت کشورها بر منابع طبیعی سرزمین خود نیز هماهنگ است (Heyrani, 1989: 234-221)؛ اما آنچه موجب تعدیل این نگاه خواهد شد دو موضوع ذیل است.

نقش شرکت‌های بزرگ نفتی در بنیان‌های اقتصادی کشور سرمایه‌پذیر

نقشی که شرکت‌های سرمایه‌گذار در توسعه اقتصادی و تقویت بنیان‌های اقتصادی کشور سرمایه‌پذیر دارند، می‌تواند در ماهیت آن قراردادها مؤثر باشد. به بیان دیگر نیاز به سرمایه، تکنولوژی و خدمات فنی و مدیریتی آن شرکت‌ها غالباً باعث می‌شود که کشور سرمایه‌پذیر از بخشی از حاکمیت خود عدول نماید. درحقیقت موضوعاتی که در قلمرو دولت حاکم قرار

می‌گیرد، بر دو قسم می‌باشد، بخشی از این امور حاکمیتی مثل پذیرش شرط عدم قانونگذاری و یا ملی کردن و سلب مالکیت قانونی و بدون تبعیض، قابل عدول و اعراض نیست و با ماهیت و ذات دولت حاکم ناسازگار است؛ اما مثل پذیرش مراجعه شرکت و یا سازمان دولتی به داوری و در مواردی پذیرش قانون ملی کشور دیگر بر اجزایی از قراردادهای سرمایه‌گذاری مغایر با ذات و ماهیت حاکمیت نیست. لذا با توجه به این موضوع بسیار دیده می‌شود که دولتی برای جذب سرمایه خارجی و یا فناوری‌های مدرن و حتی خدمات مدیریتی حاضر به پذیرش برخی حمایت‌ها و تشویق‌ها و تعهداتی می‌شود که بعضی از آنها در حقیقت عدول از آن بخش از حقوق ملی است که امکان اعراض آن وجود دارد و به صورت عرف بین‌المللی نیز درآمده است. مثال بومی آن تعهدات و یا امتیازاتی است که دولت ایران در «قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی» مصوب ۱۳۸۱ پذیرفته است (State Official Gazette, n 16709: dated 13 July 2002).

روش سرمایه‌گذاری

نگاهی واقع‌بینانه به روش سرمایه‌گذاری و ویژگی‌های آن، تأثیر آن را در ماهیت سرمایه‌گذاری روشن می‌سازد. از دید حقوق‌دانان، سرمایه‌گذاری در بخش‌های بالادستی و پایین دستی نفت و گاز به سه روش تقسیم شده است.

۱-۲ روش‌های امتیازی که خود به دو قسم امتیازات کلاسیک^۱ و مدرن^۲ قابل تقسیم است (Gao, 1994: 23-30). در امتیازات کلاسیک ویژگی‌های مالکیت و بلکه حاکمیت در منطقه واگذاری برای شرکت خارجی صاحب امتیاز، طول مدت قرارداد فوق که معمولاً به مدت طول دوام منبع یا حداقل بیش از ۴۰ سال بوده است، مالکیت نسبت به کل تأسیسات علاوه بر مخزن، اختیار تام و تمام بر چگونگی فروش نسبت به محصول و تأمین همه سرمایه مورد نیاز توسط شرکت امتیاز گیرنده از مهمترین ویژگی‌های این نوع از قراردادهای امتیاز است (Movahhed, 1990: 241-244). در قراردادهای امتیاز جدید تفکیک حاکمیت از مالکیت و امکان تجدید نظر کشور امتیاز دهنده در شرایط قرارداد، کم کردن طول مدت قرارداد تا حداکثر بیست و پنج سال، تغییر رژیم

1- Traditional oil concessions agreement

2- Modern concession contracts

مالی پرداخت و میزان آن، از ویژگی‌های مهم امتیازات مدرن است (Ariankia, 2009: 192-191). معمولاً قراردادهای نوع کلاسیک در کشورهای جهان سوم در دهه اول قرن گذشته میلادی رواج داشت. کشورهای فوق به دلیل نداشتن سرمایه، فناوری و حتی شناخت نقش نفت در اقتصاد با واگذاری این امتیازات حتی علاوه بر مالکیت منابع، بخشی از حاکمیت خود را هم نسبت به مخازن واگذار می‌کردند. به نظر می‌رسد رأی‌های داوری‌های دهه‌های پنجاه و شصت قرن گذشته میلادی بی‌تأثیر در نوع قرارداد نبوده است (برای اطلاع از آراء داوری ر.ک: Movahhed, 1997: 69-72)؛ اما نوع دوم قراردادهای امتیاز که هم اکنون نیز از جایگاه قابل توجهی در دنیای معاصر برخوردار است؛ بیشتر مورد رغبت کشورهای است که مالکیت خصوصی در سیستم اقتصادی آنها از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و معمولاً شرکت‌های قدر سرمایه‌گذار نفتی، تابع آنها بوده و بخش صنعت کشور نیز از فناوری و تکنیک لازم برخوردار است. بعلاوه دموکراسی در آن کشورها به حدی حاکمیت دارد که امکان تأثیر این شرکت‌ها در امور سیاسی کشور چندان قابل توجه نیست. استفاده کشورهای صنعتی مانند انگلستان و نروژ مصداق خوبی برای مطالب پیش گفته است (Amirmoeini & Hajimirzayi, 2004: 37-38).

۲-۲ روش‌های مشارکتی: این نوع از سرمایه‌گذاری نفتی حداقل به سه روش مشارکت در تولید، مشارکت در سرمایه‌گذاری و مشارکت در سود تقسیم شده است.^۱ برخی دو نوع اخیر را در گروه جوینت ونچرها جای داده‌اند (Ariankia, 2009: 194-192). این نوع سرمایه‌گذاری مطلوب کشورهایی است که برای دستیابی به علوم مدیریتی و تکنولوژیکی حاضرند مشارکت شرکتها را در مدتی نسبتاً طولانی در صنعت نفت خود بپذیرند. بدیهی است کشور طرف قرارداد برای گذر از این مرحله تا حدودی از بخشی امور حاکمیتی خود حاضر به عدول می‌باشد. (۳) قراردادهای خدمت: این نوع قراردادها خود به دو نوع خدمت صرف یا بدون ریسک و قراردادهای خدمت با ریسک تقسیم و مطلوب کشوری با منابع نفتی ملی شده است که توان وامکان اداره تولید نفت خود را دارد. معمولاً مشکل این کشورها که تا حدودی مقتدر در صنعت نفت هستند، بیشتر تأمین مالی پروژه و عدم برخورداری از فناوری پیشرفته در صنعت نفت است.

1- www.assaluyeh.com/articles.php?103-fa

ضمناً انتقال بخشی از ریسک قرارداد نیز جزئی از هدف مطلوب کشور میزبان سرمایه است (Movahhed, 1978: 252-255). این کشورها نیز برای دستیابی به اهداف خود ناچار باید امتیازاتی را بدهند؛ اما نه به میزانی که در قراردادهای دیگر مرسوم است.

گفتار دوم: شرکت‌های بزرگ نفتی طرف قرارداد

طرف قرارداد بودن شرکت‌های بزرگ نفتی که گاهی با عناوین «شرکت‌های نفتی بین‌المللی» و یا «شرکت‌های چند ملیتی» نام برده می‌شود؛ دخالتی مؤثر در ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری بین آنها و کشور سرمایه‌پذیر دارای منابع نفتی ندارد و صرفاً در موارد سکوت یا اجمال در تعیین حقوق حاکم می‌تواند تا حدودی اثرگذار باشد. آن شرکتها به هر حال دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و تابعیت یکی از کشورها را دارد. حتی استدلال دولت انگلستان که در پی ملی کردن صنعت نفت در دیوان بین‌المللی بر علیه ایران مبنی بر اینکه دولتی بودن شرکت نفت ایران و انگلیس موجب اختلاف و دعوا بین دو دولت ایران و انگلستان شده است، مورد پذیرش قرار نگرفت و شخصیت شرکت با شخصیت دولت دو مقوله جداگانه قلمداد شد و شرکت یکی از تابعین مشمول حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی شد؛ اما نباید از نقش غیر مستقیم آنها که توسط داوران بین‌المللی و کشورهای متبوع آنها انجام می‌گیرد غافل شد. وجود منابع سرشار نفت در خاور میانه و اهمیت حیاتی آن برای دولت‌های سرمایه‌فرست که کشور متبوع شرکت‌های عظیم نفتی هستند، از یک سو و نیاز کشورهای نفت‌خیز به سرمایه و تکنولوژی‌هایی که همگی در اختیار شرکت‌های بزرگ نفتی قرار دارد، از سوی دیگر، منتهی به ایجاد روابط حقوقی و انعقاد قراردادهای عمده سرمایه‌گذاری میان آنها شده است و تحولات و مباحثی جدی در حقوق بین‌الملل ایجاد نموده که همگی در پی ایفا و استیفای حقوق مالی ناشی از قراردادهای منعقد شده بین آن شرکت‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی کشورهای میزبان سرمایه است. در پی اختلاف حاصل از این روابط حقوقی در کشورهای مختلفی مانند ایران، لیبی، کویت، امارات و... اموال

1- Anglo-Iranian Oil Co... Case, International Court of Justice: Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 1952 (Leyden, Holland: A.W. Sijthoffs Publishing Co. 1952)

این شرکت‌ها مصادره^۱ یا ملی شده^۲ یا طرف‌های دولتی قراردادهایشان را فسخ کردند (Movahhed, 1995: 118-140). در پی این اختلافات و آثاری که داشت این شرکتها به دنبال راهکارهای حقوقی بودند تا منافع آنها را تأمین نماید. از یک سو شرکتها خواهان ثبات قراردادی در روابط قراردادی خود شدند و با تفسیری که از شرط ثبات توسط داوران ارائه شد، بخشی از مطلوب خود را باز یافتند (Asante, 1979: 404-401). از طرف دیگر دعوایی نرم و حقوقی در محافل داوری و دانشگاهها که سهمی در خلق دکترینهای مورد نیاز کشورشان دارند به جریان افتاد که ادامه دارد. کشورهای صاحب مخازن نفت با استناد به اصولی همچون، «اصل حق تعیین سرنوشت»^۳ که حقوق دانان زیادی آن را از اصول مسلم قاعده آمره^۴ می‌دانند (Tunkin, 1957: 208) و نیز اصل مشهور «حق حاکمیت دائمی کشورها بر کلیه منابع ثروت زیرزمینی و فعالیت‌های اقتصادی»^۵ به ملی کردن و فسخ یک جانبه قراردادهای امتیازی خود با شرکت‌های نفتی مشروعیت می‌بخشیدند.

در مقابله با رفتار کشورهای صاحب منابع نفت، کشورهای سرمایه‌فرست و شرکت‌های بزرگ نفتی وابسته به آنها نیز ساکت نماندند و در برابر آن نظراتی همچون «نظریه حق مکتسب»^۶ و نیز «اصل وفای به عهد»^۷ (ر.ک: Asante, 1979: 405) را مطرح کردند که کم و بیش مبنای نظری استحقاق شرکت‌های خارجی به دریافت غرامت در ازای سلب مالکیت^۸ بود (Sonarajah, 1986: 171 & 360-335). این مباحث در عرصه داوری بین‌المللی موجب تحول و شفافیت بیشتر مباحث مربوط به جایگاه حقوقی شرکت‌های چند ملیتی در حقوق بین‌المللی و

1- Confiscation

2- Nationalization

3- I. C. J. Reports, 2004, "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (2003-2004), Advisory Cases, 2003, p. 118, available at: <http://www. cij-icj.org>.

4- Jus Cogens.

5- Un General Assembly Res.3281 (XXIX), 12 December 1962; THE RELATIONSHIP BETWEEN "PERMANENT SOVEREIGNTY" AND THE OBLIGATION NOT TO CAUSE TRANSBOUNDARY ENVIRONMENTAL DAMAGE, Franz Xaver Perrez. Available at www.iew.unibe.ch/.../sel-topic_3-perrez-permsovereign_ger.pdf

6- Acquired Right

7- Pacta Sunt Servanda

8- Expropriation

ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی و در نتیجه قانون حاکم بر روابط قراردادی و حقوقی آن‌ها با دولت‌های سرمایه‌پذیر شد. برنده این جنگ نرم تا امروز شرکتهای عظیم نفتی بوده‌اند که با تمسک به دکترینهای حقوقدانان کشورهای خود و داورانی که نوعاً با آن ادبیات حقوقی ساخته دکترینهای مذکور آشنايند، اهداف سودجویانه خود را تعقیب کرده‌اند. کشورهای متبوع آنها نیز با انعقاد توافقنامه‌های دو یا چندجانبه و حتی طراحی معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری بر حجم پشتیبانی از جنگ نرم حقوقی بر علیه کشورهای سرمایه‌پذیر افزوده‌اند. بنابراین دخالت طرف معامله بودن شرکتهای بزرگ نفتی در حدود تابعیت از کشور بیگانه و محدود به وضعیتی که در توصیف مسئله اختلافی مبتنی بر حقوق بین‌الملل خصوصی دارند؛ نیست.

گفتار سوم: نقش دولت طرف معامله یا نماینده او

کشورهای نفت خیز در طول تاریخ گذشته صنعت نفت خود با شرکتهای بزرگ نفتی خارجی طرف قرارداد بوده‌اند. با توجه به نوع قراردادها که از امتیازهای سنتی شروع و در دوره موج ملی شدن منابع و صنایع نفتی آن کشورها تبدیل به قراردادهای مشارکت و بالاخره قراردادهای خدمت یا مشارکتهای نوع جدید و یا امتیاز مدرن شده است، سمت دولت طرف قرارداد نیز تغییر کرده است. گاهی همه حاکمیت طرف قرارداد با آنها بوده و زمانی دولت در نقش دولت نماینده حافظ منافع عامه طرف قرارداد قرار گرفته است و گاهی دولت در نقش متصدی امور بازرگانی و یا خرید یک خدمت با آنها وارد معامله شده است. برای روشنتر شدن اینکه امضاء کننده قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی نفتی چه اشخاص حقیقی و یا حقوقی ممکن است، باشد و با امضاء آنها چه وضعیت حقوقی ممکن است، ایجاد گردد، روند عملی قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در بخش بالادستی نفت و گاز ایران را در تاریخ صنعت نفت بررسی می‌نماییم.

قبل از مشروطیت و تشکیل مجلس شورای ملی، امتیازات واگذاری به خارجیان روند خاصی نداشت. مثلاً در امتیاز اول «بارون جولی یوس دو رویتز» ذیل قرارداد توسط شخص شاه، صدر اعظم و همه وزیران امضاء شده است (Legal Affairs, National Iranian Oil Company, 2002: vol 1: 8-1). به نظر می‌رسد شاه صرفاً امتیازنامه را تصویب نکرده بلکه حقوقی که در امتیاز نامه موجود است را تنفیذ نموده است و باید ماهیت آن را با «اقطاع» که نهادی فقهی است (Sadr,

(Najafi, 1991: vol 38: 103-104 & ShaideSani, 1896: vol 13: 440-444 & 1987: 482
مقایسه کرد. امتیاز نامه دوم رویتر که در حقیقت یک صلحنامه راجع به اختلاف ناشی از فسخ
امتیاز نامه اول است؛ فقط توسط شاه و نماینده قانونی بارون جولی یوس دو رویتر در حضور وزیر
مختار پادشاهی انگلیس بعنوان شاهد امضاء و توسط سفارت انگلیس مهور شده است (Legal
Affairs, National Iranian Oil Company, 2002: vol 1: 9-15).

در امتیاز نامه داریسی تصریح شده که طرفین امتیاز نامه دولت شاهنشاهی و شخص «ویلیام
ناکس داریسی» می‌باشند (Same: 19-16). پس از مشروطیت و تشکیل مجلس شورای ملی تمام
امتیازات واگذاری ابتدا توسط طرف خارجی و دولت منعقد و در ذیل آنها ماده‌ای گنجانده می‌شد
که این قرارداد پس از تصویب مجلس و توشیح شاه قابل اجرا می‌گردد (Same: 24, 41-49, 50,
70). در قرارداد کنسرسیوم (Legal Affairs, National Iranian Oil Company, 2002: 243-
174)؛ و قراردادهای الحاقی اول مصوب ۱۳۴۳/۱۰/۳۰ (Same: 516-449)، الحاقی دوم مصوب
۱۳۴۶/۴/۱۹ (Same: 1055-1042) و قرارداد الحاقی سوم مصوب ۱۳۵۰/۲/۶ (Same: 1250-
1242) که تغییراتی را طرفین در مفاد قرارداد کنسرسیوم داده بودند؛ دولت ایران و شرکت ملی
نفت بعنوان طرف اول قید شده بود که پس از امضاء طرفین قرارداد در مجالس شورای ملی و سنا
نیز مورد تصویب قرار می‌گرفت. اولین قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی بر اساس قانون موسوم به
قانون نفت ۱۳۳۶ با شرکت ایتالیایی آجیب میناریا منعقد شد (Legal Affairs, National
Iranian Oil Company, 2002: 342-298)؛ و از آن تاریخ به بعد برابر ماده دو «قانون مربوط به
تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره» مصوب ۲۰ تیر ماه ۱۳۳۶ عمل
می‌شد؛ در آن ماده آمده بود «شرکت ملی نفت ایران می‌تواند به منظور اجرای مقررات این قانون
با هر شخصی اعم از ایرانی و خارجی که صلاحیت فنی و مالی او محرز باشد مذاکره و هرگونه
توافقی را که مقتضی بداند بر اساس مقررات و مصرحات این قانون و سایر شرائطی که مخالف با
قوانین کشور نباشد به عمل آورده و موافقتنامه مربوطه را تنظیم و امضاء و به هیأت وزیران تقدیم
نماید که در صورت تأیید برای تصویب به مجلسین تقدیم گردد. موافقتنامه‌هایی که به این طرز
امضاء شود پس از تصویب مجلسین و از تاریخ تصویب مزبور قابل اجرا خواهد بود». در این ماده
سه مرحله تا اجرایی شدن قرارداد پیش بینی شده بود. (۱) تنظیم موافقتنامه بین شرکت ملی نفت
ایران و شرکت نفتی سرمایه‌گذار خارجی و امضاء آن توسط طرفین (۲) تأیید هیئت وزیران (۳)

تصویب مجلسین سنا و شورای ملی. این قراردادها که بصورت ماده واحده بصورت قانون تصویب می‌شد، در آنها عباراتی وجود داشت که در ماهیت آنها می‌توانست مؤثر باشد؛ زیرا در آنها اینطور ذکر می‌شد که مجلسین موافقت نامه پیوست را مشتمل بر... ماده و... ضمیمه راجع به تفحص و اکتشاف و بهره‌برداری نفت که بین شرکت ملی نفت ایران از یک طرف و شرکت... از طرف دیگر به امضاء رسیده و مفاد آن بر طبق مقررات ماده دوم قانون نفت مصوب هفتم مرداد ماه یکهزار و سیصد و سی و شش مورد تأیید دولت واقع گردیده است، تصویب نموده و اجازه مبادله و اجرای موافقت نامه مزبور را می‌دهد. سؤال این است که آیا قرارداد بین دو شرکت منعقد شده و در هیئت دولت تأیید و سپس در مجلس تصویب می‌گردید؟ یا اینکه پس از تصویب مجلس قرارداد منعقد شده تلقی می‌شد؟ آیا با تصویب مجلس، قرارداد یک قانون خاص تلقی شده و حاکم بر مقررات قوانین عام بود؟ در فرضهای مختلف چه وضعیت حقوقی جدید بوجود می‌آمد؟ این رویه تا تصویب قانون نفت ۱۳۵۳ ادامه داشت. در انواع قرارداد در بخش بالادستی که در قانون ۱۳۵۳ پیش‌بینی شده بود در فرایند انعقاد قراردادها تغییری روی داده بود. در بند دوم ماده سه آن قانون آمده بود «شرکت ملی نفت ایران می‌تواند به منظور اجرای عملیات اکتشاف و توسعه نفت در بخشهای آزاد نفتی با هر شخص اعم از ایرانی و خارجی وارد مذاکره شود و قراردادهایی را که مقتضی بداند بر مبنای پیمانکاری و با رعایت مقررات و مصرحات این قانون تنظیم و امضاء نماید. قراردادهای مزبور بعد از تأیید هیأت وزیران به موقع اجراء گذارده خواهد شد.» (State Official Gazette, n 8626: dated 19 August 1974). بنابراین مجالس ایران از فرایند انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی خارج شده بودند؛ اما در ماده دو آن قانون آمده بود. «... شرکت ملی نفت ایران مسئول انجام وظایف و اعمال حقوق و اختیارات مصرح در این قانون و نظارت بر اجرای آن می‌باشد. شرکت مزبور در انجام این مسئولیت به ترتیب مقرر در اساسنامه قانونی خود عمل خواهد کرد.» (Same) و در اساسنامه شرکت ملی نفت مصوب ۱۳۵۵/۵/۲۰ آمده بود که موضوع شرکت ملی نفت ایران اعمال حق مالکیت ملت ایران نسبت به منابع نفتی و گازی سرتاسر کشور و فلات قاره و... می‌باشد.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در ۱۳۵۸/۱/۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب و بر اساس اصل ۴۴، نظام اقتصادی در ایران بر سه پایه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی استوار شد و معادن از جمله معادن نفت و گاز و صنایع بزرگ از جمله صنعت نفت در بخش

دولتی قرار گرفت؛ اما در اصل ۴۵، معادن از جمله معادن نفت جزء انفال و ثروتهای عمومی و در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفت تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل شود. در همین جا جای این پرسش وجود دارد که آیا تفاوتی بین مالکیت عمومی و دولتی وجود دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد در اصل ۴۴ فعالیت اقتصادی بر سه پایه است، ولی مالکیت می‌تواند انواع دیگری خارج از این سه قسم باشد. با توجه به دو اصل مذکور و اینکه منابع طبیعی در قطعنامه‌های سازمان ملل تحت حاکمیت کشور صاحب منبع تعریف و توسط جامعه بین‌المللی به رسمیت شناخته شده، این دیدگاه چه وضعیت حقوقی را در ماهیت قراردادهای نفتی می‌تواند ایجاد کند؟ در ۱۳۵۸/۷/۸ «لایحه قانونی تأسیس وزارت نفت» به تصویب شورای انقلاب رسید. بر اساس ماده اول آن، شرکت ملی نفت و شرکت ملی صنایع پتروشیمی و شرکت ملی گاز ایران و شرکتهای تابعه ابواب جمعی وزارت نفت و وابسته به آن گردید (Same: 2110). در سال ۱۳۶۶ قانون نفت تصویب شد که در ماده دوم بر اصل ۴۵ قانون اساسی تأکید شد؛ در آن ماده آمده است «منابع نفت کشور جزء انفال و ثروت‌های عمومی است و طبق اصل ۴۵ قانون اساسی در اختیار حکومت اسلامی می‌باشد و کلیه تأسیسات و تجهیزات و دارایی‌ها و سرمایه‌گذاری‌هایی که در داخل و خارج کشور توسط وزارت نفت و شرکتهای تابعه به عمل آمده و یا خواهد آمد، متعلق به ملت ایران و در اختیار حکومت اسلامی خواهد بود. اعمال حق حاکمیت و مالکیت نسبت به منابع و تأسیسات نفتی متعلق به حکومت اسلامی است که بر اساس مقررات و اختیارات مصرح این قانون به عهده وزارت نفت می‌باشد که بر طبق اصول و برنامه‌های کلی کشور عمل نماید.» در این ماده دو نکته قابل تأمل است. ۱) گویی قانونگذار شخصیت حقوقی شرکتهای و اینکه آنها صاحب دارایی بوده و مالکیت سهام آنها مربوط به ملت است را بر نمی‌تابد. ۲) حاکمیت و مالکیت، هر دو در اختیار وزارت نفت قرار می‌گیرد. این یک عقب‌گرد تاریخی است؛ زیرا قانونگذار قانون نفت ۱۳۵۳ با حذف مجالس در فرایند انعقاد قراردادهای نفتی سعی کرده بود، مجامع داوری بین‌الملل را قانع سازد که عدم امضاء توسط مجلس اشعار دارد که ایران از حقوق حاکمیتی خود عدول نکرده و گرایش به محلی کردن قراردادهای فوق دارد نه بین‌المللی شدن آنها. به همین دلیل موضوع حاکم بودن قانون ایران بر ماهیت و تفسیر قرارداد و حاکم بودن قانون ایران بر داوری نیز در قانون فوق به عنوان الزام قانونی قلمداد شد (Same: 1861-1681)؛ اما قانونگذار نفت ۱۳۶۶ که به نظر می‌رسد از رویه‌های داوری بین‌المللی و دکرینهای غالب حقوقی در مورد قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی نا آشنا بود

با دادن حاکمیت به وزارت نفت در مورد معادن نفت، حقوق حاکمیتی ایران را در معرض سوء برداشت از طرف داوران بین‌المللی قراردادده و آن را متزلزل ساخت. بنابر مطالب مذکور اینکه شرکت ملی در سمت متصدی، حاکم و یا نمایندگی قرارداد منعقد می‌کند در ماهیت قرارداد مؤثر خواهد بود.

نقش نظام حقوقی کشور میزبان سرمایه

معمولاً محل انعقاد قراردادهای نفتی، کشور میزبان سرمایه است. در حال حاضر نیز اکثر کشورهای صاحب منابع طبیعی سعی دارند در چانه‌زنی با شرکتهای سرمایه‌گذار خارجی حاکمیت قانون ملی خود بر قرارداد را به طرف مقابل بقبولانند. در طرف دیگر نیز شرکتهای سرمایه‌گذار نفتی سعی دارند با گنجاندن شروطی مثل شرط ثبات قراردادی (Elsan & Rezaei, 1989: 191-169) و شرط مراجعه به داوریهی بین‌المللی در قرارداد تا حدودی آن را از سیطره کامل قوانین داخلی کشور میزبان سرمایه رهایی بخشند. کشورهای سرمایه فرست که شرکتهای بزرگ نفتی غالباً تابع آنها هستند نیز سعی دارند با انعقاد تفاهنامه و موافقتنامه‌های دو یا چند جانبه سرمایه‌گذاری با کشور میزبان سرمایه امکان برخورداری شرکت متبوع خود از برخی مشوقات و حمایت‌های دولت طرف قرارداد را مهیا سازند. حجم گسترده این موافقتنامه‌ها در ایران بعد از انقلاب مؤید این گفته است (Administration for Publication and Arrangement of Laws and Regulations, Vive-presidency for Legal and Parliamentary Affairs, 2006: 77-425). رویه‌های داوری و دکتربینهای حقوقی غالب نیز مانند موارد پیش‌گفته سهم بسزایی در تعدیل نظام حقوقی حاکم بر قرارداد دارند. برای روشن شدن سهم هر یک از موارد فوق علاوه بر سه رکن قرارداد یعنی طرفین قرارداد و موضوع آن که مورد بحث قرار گرفت با تفکیک نظام حقوقی حاکم بر قرارداد به دو بخش قوانین پایه و قانون حاکم بحث را پی می‌گیریم.

قانون پایه

به گفته برخی حقوقدانان، توافق طرفین قرارداد در خصوص اینکه کدام قانون بر روابط آنان حکومت خواهد کرد، خود محتاج تکیه‌گاهی حقوقی است. یعنی در انجام قراردادهای فوق با دو قانون سروکار داریم: قانونی که بر قرارداد حکومت دارد و قانونی که اراده طرفین در گزینش

قانون حاکم به آن استناد می‌کند و نفاذ و اعتبار خود را از آن می‌جوید. از این قانون دوم به عنوان نظام حقوقی پایه^۱ یا قانون ریشه^۲ یاد می‌کنند (Movahhed, 1997: 84-83).

به عبارت دیگر باید آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم در قوانین داخلی کشورهای متبوع مورد شناسایی قرار گرفته باشد. یعنی قانون کشور متبوع طرفین چنین اجازه‌ای را داده باشد. بنابراین قانون حاکم بر قرارداد به توافق طرفین و توافق طرفین به قانونی بستگی دارد که از آن به عنوان نظام حقوقی پایه یاد می‌کنند. به عنوان مثال در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران آمده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند» (State Official Gazette, n 1877: dated 9 April 1936). بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب مورخ بیست و ششم شهریور ماه یکهزار و سیصد و هفتاد و شش مجلس شورای اسلامی نیز برای طرفین، آزادی اراده برای تعیین قانون ماهوی را تجویز کرده است (State Official Gazette, n 15335: dated 20 October 1997).

مکاتب حقوقی در این مورد اتفاق نظر ندارند. مکتب حقوقی لیبرالیسم کلاسیک، معتقد به آزادی مطلق اراده افراد است و به عبارت دیگر می‌پذیرد که طرفین قرارداد می‌توانند خود را آزاد از هر قید و بند قانون ملی نمایند؛ اما مکتب تحقیقی حقوق معتقد به حاکمیت قانون ملی است و می‌گوید: اراده افراد در چارچوب قانون ملی، آزادی دارد (Movahhed, 1997: 52). بررسی قوانین جدید کشورها و همچنین قواعد حاکم بر اسناد و سازمانهای بین‌المللی مربوط، آشکار می‌سازد، هیچ سیستم حقوقی این اصل را بدون قید و شرط نپذیرفته است و در کشورهای مختلف محدودیت‌های مختلفی بر آن وارد شده است (Ashtari, 1988: 209-167).

قانون پایه ممکن است با قانون حاکم بر ماهیت دعوا یکی باشد، یا جدا از آن؛ اما قانون پایه بیش از یکی نمی‌تواند باشد (Movahhed, 1997: 84). از باب نمونه، ماده ۴۶ قرارداد معروف به کنسرسیوم دو رشته از اصول را حاکم بر تفسیر و تعبیر و اجرای قرارداد دانسته بود. اول، اصول مشترک بین ایران و کشورهای عضو کنسرسیوم. دوم، اصول مورد قبول کشورهای متمدن و نیز

1- basic legal order

2- Loi d, enrancement

اصولی که دادگاههای بین‌المللی بر طبق آن عمل کرده‌اند (State Official Gazette, n 2843: (dated 12 July 1954).

لازم به ذکر است اگرچه طرفین قرارداد می‌توانند قانون ماهوی حاکم را برگزینند، ولی انتخاب قانون پایه در اختیار آنها نیست. با توجه به تعریف قانون پایه، معیار تشخیص قانون پایه از قانون ماهوی که طرفین قرارداد می‌توانند آن را انتخاب نمایند؛ چیست؟ مثلاً آیا شرط ثبات، جزئی از قانون پایه است یا به اراده طرفین انتخاب می‌شود؟ امروز این نکته که آزادی و استقلال اراده طرفین قرارداد مطلق و بی‌قید و شرط نیست امری پذیرفته شده است. محدودیت‌های مربوط به اهلیت طرفین، نظم عمومی و شکل قرارداد از جمله قیودی است که بر اصل آزادی اراده متعاقدین تحمیل می‌شود (Movahhed, 1997: 53). لذا می‌توان گفت محدودیتهای اهلیت طرفین از جمله قانون پایه است. به عبارت دیگر هر قیدی که شرط صحت قرارداد است، در قلمرو قانون پایه قرار می‌گیرد، همچنین است قیود مربوط به نظم عمومی و رعایت شرایط شکلی قرارداد؛ اما سؤال این است که نوع قراردادها مانند قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در حوزه نفت و گاز دخالتی در قلمرو قوانین پایه دارد یا خیر؟ مثلاً اگر نماینده دولت در انعقاد قرارداد شرطی را بپذیرد که احتیاج به اخذ مجوز از مجلس داشته باشد مانند شرط مراجعه به داوری و مجلس ایران این مجوز را ندهد؛ آیا امکان مراجعه به داوری برای طرف خارجی قرارداد وجود دارد؟ جهت پاسخ به این مسئله که قلمرو قانون پایه در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی تا کیجاست، لازم است به این موضوع توجه کنیم که معیار این امر در رابطه با قراردادهای نفتی یا دولتی به این موضوع برمی‌گردد که مسئله مورد بحث در حوزه کدام نظم عمومی است.

نواع نظم عمومی و مفهوم آن

در یک تقسیم‌بندی کلی نظم عمومی را به دو قسم ۱) (نظم عمومی ملی و ۲) نظم عمومی فرا ملی تقسیم کرده‌اند (Sadeghi, 2005: 114-89). در تعریف نظم عمومی ملی گفته‌اند: این قسم نظم عمومی از آن جهت که با قید «ملی» همراه است برای درک مفهوم و مصادیق آن ضرورتاً باید به قانون و نظام حقوقی ملی یک کشور مراجعه کنیم. نظم عمومی ملی، خود به سه دسته تقسیم می‌شود: ۱) نظم عمومی داخلی به مفهوم مجموعه قواعد آمره موجود در یک نظام حقوقی که

نمی‌توان با قرارداد خصوصی از آن عدول کرده و برخلاف آن، تراضی کرد. برای مثال در کشور ما، قواعد ناظر به اهلیت، شرایط اساسی صحت عقد، اکثر مسائل خانوادگی و مانند آن، آمره بوده و در زمره نظم عمومی ایران محسوب می‌شوند؛ چرا که طرفین عقد نمی‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند. (۲) نظم عمومی بین‌المللی، به مفهوم «مجموعه سازمان‌ها و قواعد حقوقی که چنان با مبانی و اصول تمدنی یک کشور مرتبط هستند که ناگزیر بر قوانین خارجی، مقدم می‌شوند» (Same). از این روست که از نظم عمومی در روابط بین‌الملل، به «استثنای نظم عمومی» تعبیر شده است. بدین معنا که قانون خارجی علی‌الاصول در کشور دیگر قابل اعمال است مگر آنکه استثناً با نظم عمومی کشور مزبور تعارض داشته باشد. (۳) سومین نوع نظم عمومی ملی، قواعد انتظامی است که جلوه‌ای نوین از نظم عمومی محسوب می‌گردد. منظور از قواعد انتظامی یا قواعد اجباری حقوق عمومی، «قواعد یا قوانینی است که رعایت آنها برای نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور لازم است» (Same). این قواعد حقوق عمومی که می‌توان مقررات ارزی، قوانین مالیاتی و محدودیت‌های گمرکی را در شمار آنها آورد، صرف نظر از قانون حاکم بر قرارداد تجاری بین‌المللی باید از جانب قاضی و داور مورد لحاظ قرار گیرد.

با توجه به انواع نظم عمومی و مفهوم آنها می‌توان گفت: حداقل بخشی از نظم عمومی داخلی و تمام آنچه در برگیرنده نظم عمومی انتظامی است، از جمله قانون پایه محسوب می‌گردد که قابل عدول در انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی نیست؛ اما مطلب در دکترینهای بین‌المللی و رویه‌های داوری با قیدی مورد پذیرش قرار گرفته است. به نظر آنها آن بخش از قوانین پایه می‌تواند اراده متعاقدين را مقید سازد که در قلمرو نظم عمومی فراملی قرار گیرد. این مطلب در دعوی شرکت گات اوپل علیه شرکت ملی نفت ایران مورد تأکید قرار گرفته و بر اساس آن رأی داده شده است (Akhlaghi, 2004 & Movahhed, 1997: 236-235). با توجه به مباحث مطروحه نظر مختار را در خصوص ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی با عنوان نتیجه مطرح می‌کنیم.

نتیجه (نظریه قراردادهای با ماهیت انعطاف‌پذیر)

برخورداری شرکتهای بزرگ نفتی از خدمات مدیریتی و فنی پیشرفته و توانایی آنها در انجام

اکتشاف، توسعه، تولید و بهره برداری از نفت همراه با استانداردهای بالا و تولید صیانتی سبب رغبت انعقاد قرارداد توسط دولت میزبان با آنهاست. تأمین هزینه فوق العاده انجام امور فوق نیز معمولاً یا در توان دولت میزبان نیست و یا دولت میزبان ترجیح می‌دهد منابع مالی خود را در امور زیربنایی که موجب رغبت بخش خصوصی نیست، هزینه کند. این استراتژی دولت میزبان و نیاز او به شرکتهای بین‌المللی نفتی با فناوری مدرن و پذیرش تأمین هزینه طرح توسط آنها سبب می‌شود تا دولت میزبان سرمایه که صاحب مخازن نفتی است در هنگام انعقاد قرارداد به طرف مقابل امتیاز دهد.

از سوی دیگر دولتهای میزبان با تدوین یک رژیم حقوقی منطبق با نیازهای کشور سعی می‌کند، سرمایه‌گذار خارجی را به انجام تحقق اهدافی که رژیم حقوقی سرمایه‌گذارش مبتنی بر آن است هدایت نماید. تحقق این هدف نیز عامل دیگری است که کشورهای سرمایه‌پذیر را وادار به امتیاز دهی به شرکت بین‌المللی طرف قرارداد می‌کند.

این موضوع که انجام این قراردادها جهت تأمین منافع عامه کشور میزبان است و ممکن است دولت در تغییر شرایط و یا فسخ آن اقدام نماید، مورد قبول شرکتهای سرمایه‌گذار است. امری که در آراء داوری بین‌المللی نیز مورد قبول است؛ اما امضاء قرارداد توسط مدیر عامل شرکت دولتی و تصویب در مجلس و یا هیئت وزیران و یا بدون دخالت نمایندگان حاکمیت، در تفسیر قرارداد مؤثر است و ممکن است عدم توجه به آثار حقوقی آن خسارتهای جبران‌ناپذیری را به دنبال داشته باشد.

به نظر می‌رسد با توجه به میزان امتیاز دهی کشور میزبان و یا شرکت طرف قرارداد که از تحلیل مفاد قرارداد خصوصاً شروط لحاظ شده در آن و نوع قرارداد منعقد شده که ممکن است از نوع امتیاز، مشارکت و یا خدمت باشد بتوان ماهیت قرارداد را روشن نمود.

بنابر این با توجه به اینکه هر قرارداد در شرایط خاصی بوجود می‌آید؛ می‌توان گفت برای قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در بخش بالادستی نفت نمی‌توان قائل به یک نظر ثابت در مورد ماهیت آنها شد. هر قرارداد در شرایط خود و در یک نظام حقوقی خاص ایجاد می‌شود و باید میزان نقش هریک از اصول پیش‌گفته در تعیین ماهیت آن بررسی شود، لذا مؤلف نام این دیدگاه را «نظریه قراردادهای انعطاف‌پذیر» انتخاب نمود تا در بستر خود و با توجه به اصول فوق ماهیت آن بررسی شود. این ماهیت می‌تواند از طیف گسترده ماهیت قراردادهای خصوصی داخلی

و یا قراردادهای از نوع حقوق عمومی تا بین‌المللی بهره‌مند گردد.

References

- [1] Administration for Publication and Arrangement of Laws and Regulations, Vive-presidency for Legal and Parliamentary Affairs (2006), "Investment Laws and Regulations", 1st edition, Vive-presidency for Research, Publication and Arrangement of Laws and Regulations, July 2006. (in Persian)
- [2] Ariankia, Reza (2009), Arbitration conditions under changes applied to the laws governing international oil and gas contracts, International Magazine of Law, a publication of the President's Center for International Legal Affairs, vol. 1, pp 191-192. (in Persian)
- [3] Ashtari, Mohammad (1988), Public discipline and laws enforceable on the concept of lawsuit in international arbitration, Magazine of Law, a publication of the President's Center for International Legal Affairs, vol. 9, 1988-1989 fall and winter, pp 167-209. (in Persian)
- [4] Emam, Farhad (1994), Law for foreign investment in Iran, vol. 1, Tehran, Yalda publications. (in Persian)
- [5] Legal Affairs, National Iranian Oil Company (2002), Laws and regulation on oil, gas and petrochemical industry, vols. 1 and 2, Tehran Ministry of Petroleum Public Relations Department. (in Persian)
- [6] Amirmoeini, Mehran and Hajimirzayi, Seyyed Mohammadali (2004), Financial regimes in oil industry; financial structure of the Iranian Government and National Iranian Oil Company, 1th edition, Institution for international studies on energy. (in Persian)
- [7] International economic law and developing countries, translated by Mohamma Jafar Ghanbari Jahromi, Law Research Magazine, vol. 25-26, spring and summer 1989, pp 231 – 260. (in Persian)
- [8] Heyrani, Ali (1989), Governance in natural resources, Magazine of Law, Presidential Services Office, vol. 11 and 12, winter issue, pp 221-234. (in Persian)
- [9] Elsan, Mostafa and Rezaei, Ali (1989), Conditions for stability in international oil contracts, Magazine of Law, Presidential Services Office, vol. 37, fall and winter issue 1989. (in Persian)
- [10] ShaideSani (1896), Masalekol Afham, vol. 13, Ghom, Institute for Islamic Sciences. (in Persian)
- [11] Sadeghi, Mohsen (2005), Concept and enforcement of public order in judicial and quasi-judicial authorities and its modern indications, Law Magazine of Law Faculty, Tehran University, vol. 68. (in Persian)
- [12] Sadr, Mohammadbagher (1987), اقتصادنا، الطبعة العشرون، سوريا: دارالتعارف، المطبوعات، p 482. (in Persian)
- [13] Alidoosti Shahraki, Naser (1990), Foreign investment law, vol. 1, Tehran,

- Khorsandi. (in Persian)
- [14] Law on permitting the exchange of the second supplementary contract to oil and gas sales contract of October 1954, State Official Gazette vol. 6550, dated 14 August 1967. (in Persian)
- [15] Law on encouragement and protection of foreign investment, State Official Gazette vol. 16709, dated 13 July 2002. (in Persian)
- [16] Law on arbitration in international trade of August 1997, State Official Gazette vol. 15335, dated 17 April 1997. (in Persian)
- [17] Law on permitting the exchange of oil and gas sales contracts and the manner of its administration, State Official Gazette vol. 2843, dated 12 July 1954. (in Persian)
- [18] Law on exploration, discovery and exploitation of oil inside the country and in continental shelf State Official Gazette vol. 3642, dated 12 July 1954. (in Persian)
- [19] Leboulangeh, Philippe (2008), State contracts with foreign companies, translated by Taghizade Ansari, Mostafa; vol. 1, Tehran, Oil Development and Engineering Co.. (in Persian)
- [20] Mohebbi, Mohsen (1995), Legal character of Iran – USA arbitration court from the international law point of view, International Law Magazine, President's Center for International Legal Affairs, vols. 18 and 19, 1994 – 1995 pp 385-446. (in Persian)
- [21] Mohebbi, Mohsen (1999), Governing law regime in Iran – USA arbitration court in oil-related lawsuits and its impact on international arbitration trend, Law Research Magazine, vol. 27-28, fall and winter 1999 - 2000, p 51 and pp 67 – 69. (in Persian)
- [22] Mohebbi, Mohsen (1996), International arbitration practice on damages (oil lawsuits), International Law Magazine, President's Center for Legal Affairs, fall and winter 1996 - 1997 vol. 35 and 19, pp 70 – 79. (in Persian)
- [23] Parliament Research Center (2010), Tablet of right, Law on permitting the enforcement of regulations of Planning Commission of National Parliament, ratified on 15 February 1949. (in Persian)
- [24] Movahhed Mohammadali (1978), Our oil and its legal issues, vol. 3, Tehran Kharazmi. (in Persian)
- [25] Movahhed Mohammadali (1990), consortium lawsuits against Iran - USA arbitration court, Bar Association Magazine, vol. 152 - 153, fall and winter 1990, pp 61 – 82. (in Persian)
- [26] Movahhed Mohammadali (1995), Lessons from oil arbitrations, nationalization and damages, Tehran, Karnameh Publications. (in Persian)
- [27] Movahhed Mohammadali (1997), Lessons from oil arbitrations, governing law, vol. 1, Tehran, Karnameh Publications. (in Persian)
- [28] Institute for International Studies on Energy (2001), A research project: "Potential facilities and solutions for the attraction of foreign investment in oil and gas sectors", vol. 3, Tehran, Library of Institute for International Studies on Energy. (in Persian)

- [29] Najafi, Mohammadhassan (1991), *JavaherolKalam*, vol 38, Tehran, دارالکتب الاسلامیه. (in Persian)
- [30] Verdross, "Protection of Private Property under Quasi International Agreements" *Ned. Tijdschreft Voor Intern Rech* vol.6 (1958). P 358.
- [31] *Anglo-Iranian Oil Co... Case*, International Court of Justice: Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 1952 (Leyden, Holland: A.W. Sijthoffs Publishing Co. 1952)
- [32] Asante, S. K. B. "Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", *ICLQ*, vol. 28, 1979, pp.401-404.
- [33] Cooter, Robert & Ulen, Thomas: "Law and Economics, 3rd ed. Addison Wesley Longman, Inc. 2000.
- [34] Gao, Zhiguo, *International Petroleum Contracts; current trends and new directions*, Graham & Trotman Ltd, 1994, p.23-30.
- [35] *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)* 21 ILM 679 (1982)
- [36] Henry Cattán, *The Law of oil Concessions in The Middel East and North Africa*, Oceana Publication, Dobbs Ferry, New York, 1967, p.73-76, available at: www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2455
- [37] C. J. Reports, 2004, "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (2003-2004)", Advisory Cases, 2003, p. 118, available at: <http://www.cij-icj.org>.
- [38] Kojanec, *Legal Nature of Agreement Concluded by Private Entities With Foreign States*, Acad. La Haye, 1985. Paris, p.8, n.14, 15 et 16
- [39] *Libyan American Oil Co. v. Government of the Libyan Arab Republic (Liamco) Award* issued on 1977. 20 ILM (1981) ILM 139 (1982)
- [40] M. Sonarajah, *The Pursuit of Nationalized Property*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 171.
- [41] *Pacta Sunt Servanda*, available at www.britannica.com/EBchecked/topic/930509/pacta-sunt-servanda & legal-dictionary.thefreedictionary.com/Pacta+Sunt+Servanda
- [42] *Texaco Overseas Petroleum Co. California v. Government of the Libyan Arab Republic (Topco)* 53 ILR 389 (1977) 17 ILM (1978)
- [43] *The Serbian Loans*, Permanent Court of International Justice (1929), series A. No. 20 available at sydney.edu.au/.../international/Summer%202010
- [44] Tunkin, Grigory, "International Law in the International System", *R. C. A. D. I.* 1957, vol. 147, p.208.
- [45] *Un General Assembly Res.3281 (XXIX)*, 12 December 1962; THE RELATIONSHIP BETWEEN "PERMANENT SOVEREIGNTY" AND THE OBLIGATION NOT TO CAUSE TRANSBOUNDARY ENVIRONMENTAL DAMAGE, Franz Xaver Perrez. Available at www.iew.unibe.ch/.../sel-topic_3-perrez-permsovereign_ger.pdf
- [46] www.assaluyeh.com/articles.php?103-fa