

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۵

هزار و سیصد و هشتاد و سه - نیمسال اول

مقالات

- چالش‌های ورود کشورهای اسلامی به نظام حقوقی - اقتصادی بین‌المللی با تأکید بر ایران
- علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی
- تفسیر قضائی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری
- ساخت دیوار حائل در سرزمین اشغالی فلسطین: دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان حافظ صلح و امنیت بین‌المللی
- قطعنامه سپتامبر ۲۰۰۴ و عملکرد شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در آزمون اجرای حقوق بین‌الملل
- جنبه‌های حقوقی قراردادهای سرمایه‌گذاری بیع متقابل (Buy Back)
- حمایت از حق ثبت اختراعات در سازمان جهانی تجارت
- شیوه‌های جبران خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا
- تعقیب کیفری کارگزاران عالی رتبه دولت‌ها در دادگاه‌های داخلی به اتهام ارتکاب جرائم بین‌المللی (دعوی کنکو علیه بلژیک در دیوان بین‌المللی دادگستری)

موضوع ویژه: نارسایی‌های حقوق شرکت‌های تجاری در ایران

- میزگرد راجع به ابعاد حقوقی سرمایه در شرکت‌های سهامی
- طرح پیشنهادی اصلاح ماده ۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت راجع به سرمایه اسمی شرکت
- حقوق سهامداران اقلیت در ادغام شرکت‌های تجاری
- نظارت بر عملکرد مدیران شرکت‌های سهامی عام توسط نهادهای دولتی در حقوق انگلیس و ایران
- تشریفات قانونی انتقال سهام در شرکت‌های سهامی

نقد و معرفی

- تأملی بر قطعنامه ۱۵۵۹ شورای امنیت در مورد حاکمیت لبنان و خروج نیروهای بیگانه از این کشور





http://jlr.sdil.ac.ir/article_44708.html

جنبه‌های حقوقی قراردادهای سرمایه‌گذاری

بیع متقابل (Buy Back)

مفهوم، ماهیت و تشریفات انعقاد

جوانمرد صادقی*

چکیده: با پذیرش قراردادهای بیع متقابل (بای‌بک) در نظام حقوقی ایران، انعقاد و اجرای این قراردادها با توجه به مکانیسم پیچیده آن، مستلزم بررسی جوانب مختلف حقوقی این قراردادها و آگاهی طرفین از ساختار، نحوه انعقاد و شروط مندرج در این قراردادها می‌باشد. مسائل فوق موضوع مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: سرمایه‌گذاری خارجی، تجارت متقابل، بیع متقابل (بای‌بک)، تجهیزات و تکنولوژی، قرارداد مکمل، موافقتنامه.

مقدمه

در نظام اقتصاد جهانی وجود سیستم پرداخت نقدی و مشکل کمبود نقدینگی ارزی مسائلی هستند که کشورهای در حال توسعه و توسعه نیافته را به سوی انعقاد قراردادهای تجارت متقابل می‌کشاند و از سرمایه‌گذاری خارجی مفهومی متمایز از مفهوم متعارف بین‌المللی آن ارائه می‌دهد. از سوی دیگر در هر کشور با توجه به محدودیت‌های سیاسی، اقتصادی، حقوقی و فرهنگی، شیوه‌های خاصی در جلب سرمایه‌گذاری مورد گزینش قرار می‌گیرد و این کشور میزبان است که مبنای حقوقی این سرمایه‌گذاری را تنظیم می‌کند. گرچه در اصل قوانین سرمایه‌گذاری در مورد

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی

اتباع داخلی و خارجی به طور یکسان قابل اعمال است ولی در عین حال کشور میزبان برای سرمایه‌گذار خارجی هم محدودیت‌هایی قائل است. این محدودیت‌ها عملاً منجر به انتخاب «بیع متقابل» به عنوان مصداقی از سرمایه‌گذاری خارجی در ایران شد. مقنن از سال ۱۳۶۸ به بعد برای اولین بار بعد از انقلاب جهت حفظ حاکمیت ملی بر منابع حیاتی اقتصادی و باز شدن فضای بین‌المللی سرمایه‌گذاری خارجی و تشویق به آن، سرمایه‌گذاری خارجی را در دایره بسیار محدود «بیع متقابل» مورد توجه قرار داد و انگیزه‌هایی که در به کارگیری شیوه بیع متقابل در اهداف کلی مجموعه قانونگذاری راجع به این شیوه دیده می‌شود آن را به نوعی سرمایه‌گذاری خارجی مبدل ساخته است که مشمول انواع حمایت‌ها و تضمینات قانونی سرمایه‌گذاری خارجی قرار داده است.

لذا با توجه به اهمیت قراردادهای سرمایه‌گذاری بیع متقابل در جذب سرمایه‌گذاری خارجی لازم است که به مفهوم، ماهیت حقوقی و تشریفات انعقاد آنها پرداخته شود.

مبحث اول: شناخت معاملات بای‌بک و مقایسه آن با معاملات مشابه

بای‌بک یکی از شیوه‌های «تجارت متقابل»^۱ است و تجارت متقابل به معنای بازگشت به مبادلات پایاپای اولیه نیست، بلکه با کمی تعدیل می‌توان گفت در تجارت بین‌المللی، به عنوان چرخشی جدید از یک شیوه باستانی و سنتی ولی عملی و قابل اجراء تلقی می‌شود؛ به علاوه می‌تواند به عنوان الگوی سرمایه‌گذاری خارجی و وسیله کنترل مالکیت و دارایی‌های ملی مطرح شود. توسل به تجارت متقابل پاسخی به حالت تجارت یک طرفه از سوی کشورهای کمتر توسعه‌یافته، و در حال توسعه و تغییر آن به تجارت دو طرفه و تعدیل قوای چانه‌زنی و مذاکرات طرفین در انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی است.

اما تجارت متقابل «معاملاتی هستند که در آن یکی از طرفین قرارداد، کالا، خدمات، تکنولوژی و یا دیگر کالا و خدمات دارای ارزش اقتصاد به طرف دیگر

¹ Countertrade

عرضه می‌کند و در عوض طرف اول قرارداد از طرف دوم مقدار توافقی از کالاها، خدمات، تکنولوژی و دیگر کالاها و خدمات دارای ارزش اقتصادی را می‌خرد.^۲ ویژگی اختصاصی این معاملات وجود ارتباط و پیوستگی میان عرضه کالا و خدمات از دو طرف است. به این معنا که انعقاد قراردادهای عرضه کالا و خدمات از یک طرف، مشروط به انعقاد قراردادهای عرضه صادراتی کالا و خدمات از یک طرف دیگر است. این پیوستگی میان قراردادهای تجارت متقابل در معاملات بای‌بک به اوج خود می‌رسد. با توجه به این تعریف نقش ارز در این معاملات به حداقل می‌رسد. این‌گونه تجارت روش مهمی برای کشورهای است که در پرداخت‌های نقدی خود مشکل دارند.

نویسندگان، تجارت متقابل را متعدد معرفی کرده‌اند که وجه مشترک همه آنها عمل متقابل از دو طرف است.^۳ ولی راهنمای حقوقی آنسیترا ل برای معاملات تجارت متقابل، این معاملات را تحت عنوان چهار معامله «تهاتر»،^۴ «خرید متقابل»،^۵ «بای‌بک (بیع متقابل)»،^۶ «افست»^۷ تقسیم‌بندی کرده است.

Buy Back از لحاظ لغوی به معنای باز خرید، خرید باز یافتی و تهاتر تولیدی^۸ می‌باشد و در ایران این معامله به «بیع متقابل» و «معامله متقابل» و «خرید متقابل» مشهور گشته است. ولی اطلاق عنوان معامله متقابل به بای‌بک قلمرو این معامله را وسیع می‌کند زیرا در این صورت معاملات مربوط به Counter purchase را هم دربرمی‌گیرد. عنوان دیگری که برای معاملات بای‌بک رایج است «تجارت جبرانی» است که در شوروی، چین، آمریکا و اروپای شرقی رایج بود. آنکتاد در گزارش سالیانه خود در سال ۱۹۸۴ درباره تجارت متقابل، بای‌بک را به روشی که محصول

² *Uncitral, Legal Guide on International Countertrade Transaction*, New York, United Nations, 1993, p. 69. No. 19.

³ Disk Francis, *The Countertrade Hand Book*, Cambridge Woodhud, Faulkner, 1987, p. 14. این نویسنده ۱۲ نوع از معاملات تجارت متقابل را احصاء می‌کند.

⁴ Barter

⁵ Counter Purchase

⁶ Buy Back

⁷ Offset

^۸ ترجمه بای‌بک به «تهاتر تولیدی» را دکتر مرتضی نصیری، در *حقوق چند ملیتی*، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰، صفحه ۲۱۴ آورده است.

تولید کارخانه و تجهیزات عرضه شده، صادرات متقابل ناشی از واردات کالاهای سرمایه‌ای و کارخانه‌ای راه‌اندازی شده بر اساس این عملیات را تشکیل می‌دهد، تعریف کرده است.^۹

تعاریف زیادی از بای‌بک ارائه شده است ولی به نظر می‌رسد که تعریف آنسیترال و کمیسیون اقتصادی اروپا جامع‌تر و بیشتر دارای جنبه حقوقی باشد. بنا به تعریف آنسیترال «بای‌بک معامله‌ای است که در آن یکی از طرفین تسهیلات تولیدی (ماشین‌آلات، کارخانجات و تکنولوژی) را عرضه می‌کند و طرفین توافق می‌کنند که عرضه‌کننده این تسهیلات یا فرد دیگری که توسط عرضه‌کننده معرفی می‌شود محصولات و تولیدات ناشی از این تسهیلات تولیدی را بخرد.^{۱۰} کمیسیون اقتصادی سازمان ملل برای اروپا در مجموعه‌ای منسجم و هماهنگ با راهنمای حقوقی آنسیترال، ارکان تشکیل‌دهنده معامله بای‌بک را به صورت حقوقی تعریف کرده است: «در این شکل موضوع معامله اولیه ماشین‌آلات، تجهیزات، حق اختراع، دانش فنی و کمک‌های فنی است که جهت برپایی تسهیلات تولیدی برای خریدار به کار می‌رود. طرف‌های معامله توافق می‌کنند که فروشنده متعاقباً از دیاد محصولاتی که به وسیله این تسهیلات تولید شده، را خریداری نماید.»^{۱۱}

پس می‌توان گفت که معامله بای‌بک عبارت است از «فروش تجهیزات و تکنولوژی و کارخانه^{۱۲} در مقابل تعهد قراردادی فروشنده مبنی بر خرید محصولات حاصله و تولید شده از تجهیزات و تکنولوژی، به عبارتی دیگر توافق طرفین به تعهد

⁹ *Unctad countertrade-experiences of some latin American countries*, UNCTAD/SI/ECDC/24. 11 September 1989, p. 1.

¹⁰ UNCTAD. *op. cit.*, p. 9.; also: *The new Palgrave dictionary of money and finance*, Vol. 1, p. 503; UNCTAD, *op. cit.*, pp. 2-3.

آشنایی با تعاریف و اصطلاحات بازرگانی - اقتصادی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۰، ص ۷۱۴.

¹¹ Economic commission for Europe, Geneva, *International Buy Back Contracts*, New York, United Nations, 1991, (ECE/TRADE/176), p. 1.

همچنین: کلابو ام. اشمیتوف، *حقوق تجارت بین‌الملل*، ج ۱، ترجمه گروه مترجمان، زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی، تهران، سمت، ج ۱، ۱۳۷۸، صص ۲۵۰ و ۲۵۳؛ لئو جی. بی. ولت، *تجارت بدون پول*، ترجمه سید محمد حسین عادل، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۵، صص ۴۲-۵۶.

^{۱۲} از این پس در این مقاله واژه «تجهیزات و تکنولوژی» به معنی ماشین‌آلات، تجهیزات، حق اختراع، دانش فنی و کمک‌های فنی است که تولید محصولات بای‌بک را میسر می‌سازد.

سرمایه‌گذار به باز خرید محصولات حاصله از اجرای معامله بای‌بک». این نوع معامله و سرمایه‌گذاری، ترکیبی است از کارخانه و عملیات تجاری که بهای معامله نه به ارز، بلکه با تحویل محصولات ساخته شده پرداخت می‌شود.^{۱۳} معامله بای‌بک در قالب قراردادهای متعددی قابل اجراء است که بعداً به آنها اشاره می‌شود و این مکانیسم است که بای‌بک نامیده می‌شود. در آئین‌نامه «چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی» در ماده ۲ «بیع متقابل» با «معاملات دوجانبه» یکی دانسته شده است.^{۱۴} در حالی که معاملات دوجانبه خود عنوان کلی است که در قالب آن معاملات تجاری بین‌المللی منعقد می‌شود و در مقابل معاملات سه‌جانبه و چندجانبه است که از لحاظ تعدد طرفین تقسیم‌بندی می‌شود. مگر اینکه بگوئیم، بیع متقابل در چارچوب معاملات دوجانبه شکل می‌گیرد که به احتمال قریب به یقین با توجه به اینکه جز در این آئین‌نامه به این واژه در هیچ جای دیگر اشاره نشده است همین معنا مورد نظر بوده است.

بند ۶ ماده ۱ آئین‌نامه بیع متقابل غیرنفتی «سرمایه‌گذار» را هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌داند که سرمایه یا تسهیلات ارزی مورد نیاز سرمایه‌پذیر را در قالب قرارداد بیع متقابل و به منظور تأمین کالا و خدمات ارائه می‌کند. در حالی که در معاملات متقابل سرمایه‌گذار تسهیلات نقدی را در اختیار سرمایه‌پذیر قرار نمی‌دهند بلکه تسهیلات غیرنقدی (تسهیلات تولیدی یا تجهیزات و تکنولوژی) را در اختیار او قرار می‌دهد. ارائه تسهیلات نقدی ماهیت «فاینانس»^{۱۵} دارد نه بای‌بک. به علاوه در ذیل ماده ۲ آئین‌نامه بیع متقابل غیرنفتی و بند ۳ ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی آمده است که بازپرداخت تسهیلات و سرمایه صرفاً

^{۱۳} ژان شاپیرا، حقوق بین‌الملل بازرگانی، ترجمه ربیعا اسکینی، تهران، انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ج ۱، ۱۳۷۱، صص ۱۴۹-۱۷۰.

^{۱۴} ماده ۲ آئین‌نامه «چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیرنفتی» مقرر می‌دارد: «بیع متقابل یا معاملات دوجانبه به مجموعه‌ای از روش‌های معاملاتی اطلاق می‌شود که به موجب آن سرمایه‌گذار تعهد می‌نماید تمام یا بخشی از تسهیلات مالی (نقدی و غیرنقدی) را برای تأمین کالاها و خدمات مورد نیاز، شامل کالاهای سرمایه‌ای یا واسطه‌ای یا مواد اولیه یا خدمات جهت ایجاد، توسعه، بازاری و اصلاح واحد صدور کالا و خدمات تولیدی سرمایه‌پذیر دریافت کند».

^{۱۵} Finance

موضوع قرارداد فاینانس تهیه وام و اعتبار است و منابع مالی مورد نیاز پروژه به صورت وام از خارج، به ویژه بانک‌های اعتباردهنده خارجی تأمین می‌گردد.

از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری و از محل صدور کالا و خدمات تولیدی که ناشی از تجهیزات و تکنولوژی ارائه شده است صورت می‌گیرد. چنانچه تسهیلات نقدی در اختیار سرمایه‌پذیر قرار گیرد و سرمایه‌پذیر به واسطه آن اقدام به خرید تجهیزات و تکنولوژی نماید، بازپرداخت‌هایی که از طرف سرمایه‌پذیر صورت می‌گیرد در ازای تسهیلات نقدی سرمایه‌گذار است نه در ازای ماشین‌آلات و تجهیزات. در حالی که در معامله بای‌بک سرمایه‌گذار تسهیلات غیرنقدی و تولیدی در اختیار سرمایه‌پذیر قرار می‌دهد و یا اینکه خود مستقیماً با تسهیلات تولیدی عملیات سرمایه‌گذاری را تا پایان دوره سرمایه‌گذاری دنبال می‌کند. چنین تعهدی ناشی از بای‌بک نیست.

از سوی دیگر در قانون برنامه دوم توسعه و قانون بودجه سال ۱۳۷۷، مقنن شرط دیگری را به تعریف بیع متقابل اضافه کرده است بدین صورت که بازپرداخت هزینه‌ها و مخارج پروژه‌های بای‌بک علاوه بر اینکه می‌تواند از طریق صدور محصولات تولیدی صورت گیرد می‌تواند هم از محل درآمدهای حاصل از صادرات کالاهای تولیدی نیز انجام شود به این معنی که سرمایه‌پذیر می‌تواند «قراردادهای مکمل فروش»^{۱۶} یا به اصطلاح «قراردادهای بلندمدت فروش» در راستای اجرای تعهد بای‌بک توسط سرمایه‌گذار منعقد نماید. از آنجا که در این معاملات عامل اصلی که باعث اطلاق عنوان بای‌بک به آن می‌شود تعهد قراردادی سرمایه‌گذار به بازخرید محصولات بای‌بک است و با وجود قید «بازپرداخت از محل درآمدهای حاصل از فروش محصول» در قرارداد سرمایه‌گذاری برای بازپرداخت‌ها، دیگر برای تعهد قرارداد بای‌بک محصول، موضوعی باقی نمی‌ماند و در واقع در چنین صورتی بای‌بک یعنی بازپرداخت هزینه‌ها و مبالغ قرارداد از محل درآمدهای حاصل از فروش کالا و محصولات نه از محل صدور کالاها. البته این رویه برای قراردادهای سرمایه‌گذاری در صنعت نفت می‌تواند صحیح و منطقی باشد. در این قراردادها اهداف بای‌بک از جمله بازاریابی (و این در حالی است که نفت همیشه دارای بازار است) و ارائه قیمت قابل رقابت (و از این حیث هم قیمت نفت تابع عوامل خارج از اراده طرفین و تابع سطح قیمت بازار جهانی است) کمتر مطرح است به علاوه در

¹⁶ Implementing contract

نفت هدف کسب درآمد ارزی، انتقال تکنولوژی و مدیریت مدرن و توسعه صنایع نفتی است.

حاصل بحث اینکه مفهوم بای‌بک در قوانین ایران وسیع‌تر از مفهوم آن در حقوق تجارت بین‌الملل است و باید مفهوم آن را در راستای انگیزه‌های توسل به معاملات بای‌بک و با مفهوم متعارف آن هماهنگ ساخت و باید در سطح صنایع غیرنفتی تعهد بای‌بک صرفاً از محل صدور کالاهای تولیدی صورت گیرد نه از محل درآمدهای حاصله، زیرا در غیر این صورت نقض غرض شده و اهداف معامله بای‌بک منتفی می‌شود.

مبحث دوم: ماهیت حقوقی معاملات بای‌بک

گاه‌گفت و گوه‌ای مقدماتی درباره بستن پیمانی به توافق می‌انجامد ولی مشکلی در میان است که مانع از انعقاد قرارداد نهایی می‌شود. در معاملات بای‌بک پیش‌قراردادی درباره انعقاد قرارداد نهایی بسته می‌شود و بر مبنای آن طرفین ملزم به عقد قراردادهای عرضه کالا و خدمات می‌شوند. در چنین مواردی مقصود از قرارداد مقدماتی تنها ایجاد التزام بر انعقاد عقد اصلی است. در چنین فرضی عقد اصلی در خارج محقق نمی‌شود بلکه طرفین ملزم به انجام آن هستند و انشای نهایی عقد مورد نظر را موقوف به تراضی دیگر می‌سازند. در تحلیل نهایی تراضی دو طرف می‌توان گفت که آنان دو عقد جداگانه‌ای بسته‌اند که هرکدام تابع قواعد عمومی قراردادهاست با این تفاوت که عقد نخست که مقدمه عقد نهایی و به منظور تمهید وسایل آن انجام می‌شود از نظر ماهیت نوعی قرارداد است و از نظر آثار هم الزام‌آور است. زیرا نیروی خود را از توافق و پیمان دو طرف می‌گیرد و شرایط وقوع و اثبات آن تابع قواعد عمومی قراردادهاست.

در باب ماهیت حقوقی این معاملات می‌توان از دو جنبه به آن نگاه کرد: یکی از این لحاظ که عقد معین است دیگر اینکه دارای ماهیت حقوقی ویژه است.

الف: عقد معین

ممکن است معامله بای‌بک ماهیت یکی از دو عقد معاوضه و بیع را داشته باشد.

طبق ماده ۴۶۴ قانون مدنی: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد.» نمی‌توان تعهد بای‌بک را عقد معاوضه تلقی کرد؛ زیرا در معامله بای‌بک چند گروه قراردادی مرتبط نیستند ولی در بای‌بک ضرورتاً تحویل محصولات باید ناشی از اجرای قرارداد اولیه باشد. اما از سوی دیگر ترجمه بای‌بک به «بیع متقابل» این توهم را به وجود می‌آورد که ماهیت بای‌بک همان ماهیت عقد بیع را دارد در حالی که در ترجمه بای‌بک اشتباه صورت گرفته است. بای‌بک را اصولاً نباید از مفهوم لغوی آن دور کرد. از لحاظ لغوی به معنای «باز خرید» است و معنی حقوقی آن هم از معنی لغوی آن دور نیفتاده است. بدین مفهوم که کالاها (توسط تجهیزات و تکنولوژی تولید شده) باز خرید شوند که ترجمه‌ای رساتر و گویا تراز بیع متقابل است. چنانکه قبلاً دیدیم بیع متقابل مفهومی وسیع است که معاملات خرید متقابل را هم در بر می‌گیرد.

مهمترین مسأله در معاملات بای‌بک، توصیف حقوقی قراردادی است که در این زمینه بسته می‌شود و باید به این پرسش پاسخ داد که آیا قرارداد بای‌بک یک قرارداد فروش و عقد بیع است یا قراردادی درباره فروش محصولات ناشی از تجهیزات و تکنولوژی طبق قرارداد اولیه. قانون مدنی در ماده ۳۳۸ عقد بیع را این‌گونه تعریف می‌کند: «عقد بیع عبارت است از تملیک بیع به عوض معلوم» و برای صحت این امر باید مبیع هنگام عقد موجود باشد. لزوم وجود مبیع در موارد عادی است که دو طرف درباره مبادله آن با ثمن تراضی می‌کنند.^{۱۷}

عده‌ای از حقوقدانان در این رابطه می‌گویند که معاملات بای‌بک به صورت بیع مشروط تنظیم می‌شود ولی معین نمی‌کنند که چه ارتباطی بین معامله بای‌بک و بیع مشروط وجود دارد.^{۱۸}

بعد از آنکه طرفین توافق کردند که خریدار محصولات بای‌بک، محصولات را خریداری نماید ممکن است برای این خریدار بسیار مهم باشد که بدانند آیا واقعاً محصولات را دریافت خواهد داشت یا خیر. بنابراین ممکن است طرفین مایل باشند در قرارداد بای‌بک تعهد فروشنده محصولات بای‌بک را بگنجانند که بدین وسیله

^{۱۷} ناصر کاتوزیان، حقوقی مدنی: دوره عقود معین ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۷، ص ۱۰۶.

^{۱۸} مرتضی نصیری، پیشین، ص ۲۱۴.

تضمین می‌کند میزان مورد توافق محصولات در زمان اجرای قرارداد موجود خواهد بود.^{۱۹}

این امر معمولاً در بندهای قرارداد به صورت زیر می‌آید:
«ماده ...» - محصولات:

۱- ...، ۲- بدین وسیله «ب» (سرمایه‌پذیر) تضمین می‌کند که محصولات از نوع مورد توافق در زمان تعیین شده در ماده «ا» (ماده‌ای از قرارداد که دربردارنده جدول زمان‌بندی برای اجرای قراردادهاست) این قرارداد موجود باشد.^{۲۰}

بر اساس بند فوق که معمولاً به صورت تیپ و نمونه در اکثر قراردادهای بای‌بک گنجانده می‌شود موجود بودن محصول هنگام انعقاد معامله بای‌بک ضروری نیست بلکه باید بعد از انعقاد معامله و هنگام ایفای تعهد موجود باشد. در اینجا طرفین تعهد می‌کنند که کالاهای حاصل از عملکرد اقتصادی پروژه توسط سرمایه‌گذار خریداری شود. به همین جهت برای سرمایه‌گذار حقی نسبت به کالاهایی که در آینده ساخته می‌شود به وجود نیامده است و این کالاها هنگام انعقاد پروژه‌های بای‌بک معدوم است و به اعتبار معدومیت آنها حق مالکیتی برای سرمایه‌گذار نسبت به آنها به وجود نمی‌آید چون حق قائم به معدوم نمی‌شود. بر اساس ماده ۳۶۱ قانون مدنی «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته باشد بیع باطل است.» بنابراین تا مال موضوع قرارداد موجود نباشد عقد بیعی محقق نمی‌شود. در معاملات بای‌بک باید مال موضوع قرارداد هنگام اجرای قرارداد موجود باشد نه هنگام انعقاد عقد، و ماده ۳۶۱ هم ناظر به فرض موجود بودن محصولات هنگام انعقاد قرارداد است نه اجرای قرارداد. به علاوه وجود افتتاح اعتبار اسنادی برگشت‌ناپذیر به نفع سرمایه‌گذار برای آن است که چنانچه سرمایه‌پذیر از تعهد فروش محصول بای‌بک سرباز زند قیمت ماشین‌آلات و تجهیزات از طریق اعتبار اسنادی وصول گردد.^{۲۱} این امر نشان می‌دهد که کالاهای بای‌بک در مالکیت سرمایه‌پذیر است در غیر این صورت نیازی به افتتاح اعتبار اسنادی نبود زیرا وقتی که سرمایه‌گذار حقی عینی (مالکیت) بر کالاهای بای‌بک

¹⁹ ECE/TRADE/176, p. 7.

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

²¹ آشنایی با قراردادهای بیع متقابل، بانک توسعه صادرات، تابستان ۱۳۷۸.

داشته باشد و سرمایه‌پذیر از تعهد خود مبنی بر تحویل کالاها خودداری ورزد، سرمایه‌گذار می‌تواند مستقیماً الزام او به تحویل را بنخواهد و یا اینکه در صورت مؤثر نبودن الزام مبادرت به فسخ قرارداد و تقاضای جبران خسارت بنماید. از سوی دیگر اگر معامله بای‌بک را عقد بیع بدانیم، در بیع متقابل نفتی، کالاهای بای‌بک (نفت یا گاز) پس از استخراج به سرمایه‌پذیر تعلق می‌یابد و این امر به سرمایه‌گذار حق عینی اصلی یعنی حق مالکیت بر روی نفت استحصالی بر سر چاه می‌دهد و در نتیجه تسلط و تملک خارجی بر منابع اولیه اقتصادی محقق می‌شود امری که مخالف قانون اساسی و اصل حاکمیت و مالکیت کشور میزبان بر منابع اولیه اقتصادی است و مخالف روح قوانین نفت سال‌های ۱۳۵۳ و ۱۳۶۶ می‌باشد.

ب: معاملات بای‌بک دارای ماهیت حقوقی ویژه‌ای هستند

با توجه به مکانیسم پیچیده انعقاد معاملات بای‌بک و وجود گروه‌های قراردادی متعدد مرتبط و غیرمرتبط با پروژه‌های بای‌بک و با توجه به اینکه طرف‌های پروژه قصد مشترک خود را به متعهد نمودن در قالب‌های عقود معین در حقوق داخلی ندارند این معاملات با هیچ یک از قالب‌های حقوقی کشور هماهنگی کامل ندارد. اما این امر در پرتو اصل حاکمیت اراده را نباید موجب بطلان معامله دانست بلکه باید آن را تعهد قراردادی مستقل و دارای ماهیت حقوقی ویژه با آثار و احکام خود دانست و مانند سایر قراردادهای نامعین، قواعد عمومی قراردادها را در صورتی که قانون حاکم قانون ایران تشخیص داده شود بر آن بار کرد. واقعیت این است که بای‌بک با مقررات ناظر بر عقود معین در حقوق داخلی تطبیق نمی‌کند. بنیان و ذات این قراردادها بر اساس اصل آزادی قراردادها در حقوق داخلی (ماده ۱۰ قانون مدنی) و حقوق تجارت بین‌المللی تعیین و تشکیل می‌گردد که بر اساس این اصل حق تجار برای تصمیم‌گیری آزادانه در این مورد که کالاها و خدماتشان را از چه کسانی تهیه کنند یا به چه کسانی عرضه کنند و نیز امکان توافق آزادانه درباره شرایط معاملات انفرادیشان، به رسمیت شناخته شده است.^{۲۲}

^{۲۲} مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه و تحقیق بهروز اخلاقی و فرهاد امام، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ج ۱، ۱۳۷۹، ص ۹.

این معاملات از لحاظ قانونی برای صحیح تلقی شدن باید شرایطی که از سوی قانونگذار تعیین شده را واجد باشند مانند لزوم برگزاری مناقصه و تشریفات تصویب آن که در فصل بعدی مورد بررسی قرار می‌گیرد. از این حیث این معاملات را باید در دسته عقود تشریفاتی قرار داد و عدم رعایت این تشریفات موجب بطلان معامله می‌شود. از سوی دیگر از آنجا که این قراردادها ارتباط فنی خاصی با هم دارد و این ارتباط از طریق موافقتنامه تعیین‌کننده چارچوب بای‌بک یا پروتکل حاصل می‌شود باید هنگام تفسیر این معاملات در صورت بروز اختلاف در تعیین حدود حقوق و تکالیف طرفین مد نظر قرار گیرد و از موافقتنامه یا پروتکل برای تفسیر آن بهره جست. از آنجا که انجام تعهدات مندرج در قرارداد بای‌بک منوط به صحت و نفوذ قرارداد عرضه تجهیزات و تکنولوژی یا تأمین مالی پروژه (قرارداد اولیه) است با بطلان آن، قراردادهای بعدی (بای‌بک و مکمل) هم محکوم به بطلان است.

هرگونه تغییر یا تبدیل قرارداد منوط به تراضی طرفین است. فسخ یا لغو یکجانبه قرارداد در مواردی که سرمایه‌پذیر دولت است در موارد استثنائی با استناد به «حق حاکمیت دائمی دولت بر منابع طبیعی خود» و اثبات مصلحت ملی شدن، سلب مالکیت، مصادره، ضبط و پرداخت‌های خسارت و غرامت عادلانه میسر است که در صورت اخیر شرط خلاف در قرارداد تأثیری ندارد و موجب بطلان شرط می‌گردد.^{۲۳}

مبحث سوم: تشریفات انعقاد قرارداد بای‌بک

مقررات حاکم بر معاملات بای‌بک در بخش خصوصی مشمول قواعد عمومی قراردادهاست. ولی در مواردی که یک طرف آن دولت به عنوان سرمایه‌پذیر دخالت دارد تحت شمول قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ و آئین‌نامه معاملات دولتی و قوانین و مقررات مربوط به بیع متقابل است و رعایت این مقررات در طرح‌های سرمایه‌گذاری لازم‌الرعایه است.

^{۲۳} اسدالله صحرانورد، «تأملی بر بیع متقابل در قراردادهای نفتی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، پانیز و زمستان ۱۳۸۱، سال اول، شماره ۲، صص ۱۰۶ و ۱۰۷؛ محمدعلی موحد، درس‌هایی از داوری‌های نفتی، ج ۱، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، چ ۱، ۱۳۷۴، ص ۷۱.

الف: انتخاب طرف معامله از طریق برگزاری مناقصه

ماده ۳۰ آئین‌نامه معاملات دولتی کتبی بودن معاملات دولتی را از شرایط عمومی پیمان ذکر می‌کند. نحوه انتخاب طرف هم باید از طریق برگزاری مناقصه صورت بگیرد. (ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی و بند ح تبصره ۲۰ قانون بودجه سال ۱۳۸۰)^{۲۴}

حال چنانچه دستگاه دولتی تشریفات مربوط به انعقاد معامله را رعایت نکند سرنوشت معامله چه می‌شود؟ آیا رعایت این تشریفات جزء ارکان تشکیل‌دهنده عقد است و عدم رعایت آنها موجب بطلان می‌شود؟

عده‌ای از نویسندگان معتقدند که دولت و دستگاه‌های دولتی در انعقاد این معاملات صلاحیت تکلیفی دارند نه اختیاری.^{۲۵} چون این مقررات جزء قواعد آمره‌اند لذا رعایت آنها از شرایط صحت معامله است و نمی‌توان آنها را نادیده گرفت و عدم رعایت آنها موجب بطلان معامله است. به عبارتی علاوه بر ماده ۱۹۰ قانون مدنی^{۲۶} باید شرایط مقرر در قانون محاسبات عمومی و آئین‌نامه معاملات دولتی و مقررات مربوط به بیع متقابل را رعایت کرد تا معامله بای‌یک صحیح تلقی شود. در مقابل عده‌ای دیگر معتقدند که شرایط صحت معامله در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که ام‌القوانین است آمده است و از این حیث قرارداد بای‌یک هیچ تفاوتی با بقیه قراردادها ندارد و عدم رعایت منافع دولت هیچ ملازمه‌ای با بطلان معامله ندارد بلکه تخلف اداری و انضباطی برای مسئولین ذی‌ربط است.^{۲۷} این استدلال صحیح نیست؛ زیرا درست است که قانون مدنی ام‌القوانین است اما این امر مانع از این نیست که مقنن علاوه بر ماده ۱۹۰ قانون مدنی بنا به ملاحظاتی شرایط دیگری را برای صحت معامله مقرر بدارد. توضیح مطلب آنکه در حقوق

^{۲۴} بند ح تبصره ۲۹ بودجه کل کشور سال ۱۳۸۰: «دستگاه‌های اجرائی موضوع ماده ۱۱ قانون برنامه سوم توسعه فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی مکلفند که هرگونه معامله قراردادهای خارجی خود را که بیش از یک میلیون دلار باشد تنها از طریق مناقصه محدود بین‌المللی و با درج آگهی در روزنامه‌های کثیرالانتشار داخلی و خارجی انجام و منعقد نمایند.» دستگاه‌های موضوع ماده ۱۱ قانون برنامه سوم شامل وز ارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت است.

^{۲۵} دکتر منوچهر طباطبائی مؤتمنی، *حقوق اداری ایران*، ج ۱، تهران، سمت، ۱۳۷۳، ص ۲۴.

^{۲۶} ماده ۱۹۰ قانون مدنی: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲- اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴- مشروعیت جهت معامله.»

^{۲۷} زین‌العابدین کیانی، «معاملات دولتی»، *مجله حقوق و مردم*، سال ۴۷، شماره ۱۱-۱۲، ص ۵۹.

قراردادها از یک دیدگاه بر حسب شرایط انعقاد به اعتبار نفوذی که اراده دو طرف در انعقاد قرارداد حائز است قراردادها به قراردادهای رضائی (یا قصدی) و تشریفاتی تقسیم می‌شوند که در قراردادهای رضائی عقد با قصد و رضا منعقد می‌شود و نیاز به شکل خاصی ندارد و آنچه اهمیت دارد شرایط وقوع پیمان است نه اثبات آن،^{۲۸} و ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز صرفاً ناظر به این قراردادهاست. اما در قراردادهای تشریفاتی، در صورتی توافق دو اراده معتبر است که به شکل مخصوص و با تشریفات معین بیان شود، در این عقود صورت عقد شرط وقوع آن است و معامله‌ای که این شکل مخصوص را دارا نباشد، باطل است. با توجه به این تفصیل معلوم می‌شود که معامله بای‌بک در زمره عقود تشریفاتی است. به عبارتی علاوه بر وجود شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی باید شرایط قانون محاسبات عمومی (۱۳۶۶) آئین‌نامه معاملات دولتی، قوانین برنامه‌ای و بودجه‌ای و مقررات مربوط به بیع متقابل را دارا باشد تا قرارداد صحیح تلقی شود. به علاوه یکی از ویژگی‌های قراردادهای دولتی این است که شروط قرارداد به طور یکجانبه و توسط قانونگذار تعیین می‌شود که جزء قواعد آمره و نظم عمومی اداری محسوب می‌شود.^{۲۹} و طرف مقابل چاره‌ای جز پذیرش آن ندارد. بنابراین در صورت عدم رعایت تشریفات مربوط به کتبی بودن قرارداد، تشریفات مناقصه و سایر تشریفات و عدول از شرایط قانونی معامله را باید باطل تلقی کرد.

مسئله دیگر در این قراردادها این است که فقدان مجوز بودجه‌ای موجب باطل شدن قرارداد نمی‌گردد زیرا مجوز بودجه‌ای از شرایط صحت معاملات بای‌بک و شروط قانونی که از ارکان معامله محسوب شود نمی‌باشد. مقررات حاکم بر قرارداد مستقل از مقررات بودجه‌ای است این امر علی‌الاصول تأثیری در صحت معامله ندارد.

^{۲۸} ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۴، شماره ۷۶۵۰، ص

۸۸

^{۲۹} محمد امامی و کوروش استوار سنگری، «اصول حاکم بر تنظیم و انعقاد قراردادهای دولتی»، مجله کانون وکلا، دوره جدید، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶، صص ۱۶۷-۱۶۶.

ب: ضرورت و عدم ضرورت تصویب معامله بای‌بک توسط مجلس

با توجه به اصل ۷۷ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادهای و موافقتنامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.» آیا معاملات بای‌بک از مصادیق اصل ۷۷ قانون اساسی می‌باشد و باید به تصویب مجلس برسد؟ به طور خلاصه می‌توان گفت که معیار تشخیص قرارداد تجاری بین‌المللی موضوع قرارداد است نه شخصیت طرفین قرارداد، و فقط به اعتبار اینکه طرفین دارای تابعیت متفاوت بوده و یا محل انجام موضوع قرارداد ارتباط مستقیم با کشور دیگری دارد قرارداد جنبه بین‌المللی دارد.^{۳۰}

لزوم و عدم لزوم تصویب مجلس به چگونگی شخصیت طرفین قرارداد بستگی ندارد بلکه موضوع قرارداد (اعمال تصدی) است که تعیین‌کننده تمایز میان معاهده و قرارداد بین‌المللی است و انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی چون اصولاً از اعمال اجرائی و تجاری با تشکیلات چند ملیتی است لذا مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌گردد. در تأیید این امر به نظر شورای نگهبان در سال ۱۳۶۰ نیز می‌توان استناد جست: «قراردادهایی که یک طرف آن وزارتخانه مؤسسه و شرکت دولتی و طرف دیگر قرارداد شرکت خصوصی (خارجی) می‌باشد قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌باشد.»^{۳۱} البته این امر مانع از این نیست که قوانین عادی از باب نظارت بنا به ملاحظات خاص انعقاد بعضی از این قراردادها را موکول به تصویب مجلس نماید.

از سوی دیگر ماده ۵ قانون نفت ۱۳۶۶ تأکید دارد که قراردادهای منعقد شده فی‌مابین وزارت نفت با دولت‌ها طبق اصل ۷۷ عمل شود و شورای نگهبان در تفسیر این اصل آن را مشمول قراردادهای دولت با شرکت‌های خصوصی (خارجی) نمی‌داند. با اتخاذ وحدت ملاک از این امر می‌توان انعقاد قراردادهای بای‌بک بین ارگان‌های دولتی و دیگر سرمایه‌گذاران خارجی را از شمول اصل ۷۷ خارج دانست، تصویب قرارداد را در مجلس ضروری قلمداد نکرد.

^{۳۰} برای اطلاعات بیشتر نک: سید حسین عنایت، تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران، ج ۱، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، تابستان ۱۳۷۹، همچنین: ربیعا اسکینی، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، نشر دانش امروز، ج ۱، ۱۳۷۱.
^{۳۱} نظریه شورای نگهبان، روزنامه رسمی، مورخ ۱۳۶۰/۹/۱۵ و مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰.

طبق بند ۵ ماده ۸۵ قانون برنامه سوم توسعه،^{۳۲} دولت موظف شده است که طرح‌های بیع متقابل خود را در لوایح بودجه سالیانه برنامه ارائه و پس از تصویب مجلس شورای اسلامی اجراء نماید. آیا منظور این ماده این است که قراردادهای امضاء شده بای‌بک به تصویب مجلس نیز برسد و یا اینکه منظور تصویب طرح‌های پیشنهادی از سوی وزارتخانه‌هاست که دولت باید مجوز بودجه ای آن را از مجلس برای انعقاد بگیرد؟

به نظر می‌رسد، منظور از تصویب، تصویب قرارداد امضاء نشده نمی‌باشد بلکه با توجه به عبارت آخر ماده که مقرر می‌دارد: «دولت موظف است طرح‌ها و لوایح بودجه سالیانه برنامه ارائه نماید» و این امر قبل از انعقاد و امضای معاملات بای‌بک است و مرحله تصویب قرارداد منعقد شده را دربر نمی‌گیرد. البته اگر هم تصویب مجلس را لازم بدانیم تصویب طرح‌های پیشنهادی بای‌بک مندرج در لوایح بودجه سالیانه برنامه را که باید منعقد شوند به منزله تصویب و تنفیذ ضمنی قراردادهای منعقد شده در آینده می‌باشد و لازم نیست دیگر جزئیات را در مجلس ارائه نمود. این امر از لحاظ عملی هم قابل قبول می‌باشد زیرا تصویب جزئیات قرارداد موجب می‌شود تا مجلس وقت بیشتری را صرف تجزیه و تحلیل قرارداد کند و از وظیفه خود باز بماند.

نتیجه

با توجه به محدودیت‌های سیاسی، اقتصادی و حقوقی که بر سر راه سرمایه‌گذاری خارجی در ایران وجود دارد سرمایه‌گذاری خارجی در قالب بیع متقابل شیوه مناسبی برای فعال‌سازی و سرمایه‌گذاری در بخش‌های استراتژیک اکتشاف، استخراج و بهره‌برداری از منابعی چون نفت، گاز و معادن می‌باشد. با اصلاح و تصویب مقررات سرمایه‌گذاری خارجی در بخش‌های نفتی و غیرنفتی و تعیین دقیق چارچوب حقوقی قراردادهای بیع متقابل، گسترش تعهدات

^{۳۲} بند ۵ ماده ۸۵ قانون برنامه سوم توسعه: «دولت موظف است طرح‌های بیع متقابل خود و دستگاه‌های موضوع ماده ۱۱ این قانون و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و بانک‌ها را در لوایح بودجه سالیانه برنامه ارائه، و پس از تصویب مجلس شورای اسلامی اجراء نماید.»

سرمایه‌گذار خارجی در صنایع پائین دستی نفت و گاز، پالایش، حمل و نقل، تبدیل نفت خام به مشتقات نفتی، ابقای مسئولیت مدنی سرمایه‌گذار خارجی بعد از دوره قرارداد در خصوص خسارات ناشی از عدم رعایت ضوابط فنی - مهندسی استخراج و تولید، تأیید انتقال تکنولوژی برتر در حد استانداردهای متعارف و مورد توافق طرفین در پایان پروژه توسط کارشناسان ذی‌ربط، انعقاد پیمان‌های دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری خارجی با کشورهای صاحب تکنولوژی برتر، ایجاد تسهیلات لازم برای ورود تجهیزات و تکنولوژی و صدور کالاهای بای‌بک، تضمین جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذار در قبال سلب مالکیت، ملی شدن، مصادره، تغییر قوانین و مقررات، تصمیمات حکومتی مانع از اجرای پروژه‌های سرمایه‌گذاری و رفع موانعی که موجب کندی کار در بررسی طرح‌های سرمایه‌گذاری می‌شود در مجموع در چارچوب قراردادهای سرمایه‌گذاری بیع متقابل می‌تواند اهداف سرمایه‌گذاری خارجی را محقق سازد.

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. III, NO. 1

2004-1

Articles

- Integration of Islamic Countries and Specially Iran into International Legal-Economic System and its Challenges
- Public Hearing in the Light of International Instruments and National Law
- Judicial Interpretation of the Iranian Constitution and the Practice of the Administrative Court of Justice
- International Court of Justice and Advisory Opinion on Legal Consequences Arising from Construction of the Wall by Israel in the Occupied Palestinian Territory
- The New Resolution of the IAEA Board of Governors on Iran, An Assessment of the Respect for International Law
- Concept, Legal Nature and Formalities of Buy Back Investment Contracts
- The Protection of Patents in the World Trade Organization
- Methods of Restitution of Contractual Obligation Breach in the International Sales of Goods Convention
- The Prosecution of Senior State Officials in National Tribunals for International Crimes (Some Comments on the Congo v. Belgium Case)

Special Issue : Insufficiencies of the Law of Companies in Iran

- Legal Aspects of Capital in Joint-Stock Companies (Round-table)
- The Necessity of Amendment of Iranian Commercial Code Concerning Minimum Capital of Joint-Stock Companies
- The Rights of Minority Shareholders in Merger or Consolidation of Corporations
- Control of the Activities of Directors by Governmental Agencies in English and Iranian Legal Systems
- Legal Formalities for Transfer of Shares in Joint-Stock Companies

Critique and Presentation

- Reflections on UN Security Council Resolution 1559 on Lebanese Sovereignty and Withdrawal of Foreign Forces



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study