



بررسی حقوقی امکان به کارگیری روش قراردادی ساخت، بهره برداری و واگذاری در صنعت نفت ایران

پدیدآورده (ها) : سالاری، مصطفی؛ مفیدیان، شراره

مدیریت :: بررسی های بازرگانی :: فروردین و اردیبهشت 1393 - شماره 64 (علمی-ترویجی/ISC)
از 29 تا 43

آدرس ثابت : <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1059684>

دانلود شده توسط : مهدی لطیفی

تاریخ دانلود : 07/05/1396

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و برگرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

www.noormags.ir

بررسی حقوقی امکان به‌کارگیری روش قراردادی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در صنعت نفت ایران

مصطفی سالاری

پژوهشگر موسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، کارشناس ارشد حقوق عمومی
msalari100@yahoo.com

شراره مفیدیان

پژوهشگر موسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، دکترای حقوق خصوصی
dr.sharareh.mofidian@gmail.com

موثر خواهد بود.

قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری / حوزه بالادستی

صنعت نفت / بهره‌برداری / مالکیت میدان و محصول / مالکیت
قطعی نفت و گاز تولیدی.

چکیده

استفاده از روش قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) [۱]، به دلیل همراه بودن این روش با جذب سرمایه خارجی و داخلی، در حوزه‌های زیربنایی و توسعه بخش خدمات عمومی طی سنوات اخیر گسترش یافته است، به این روی پرداختن به ماهیت حقوقی و خصایص آن ضروری به‌نظر می‌رسد. از سوی دیگر، شناختن شباهت‌ها و تمایزات این قراردادهای نسبت به سایر انواع قراردادهای در به‌کارگیری صحیح و به‌جای روش مزبور به منظور کارآمدی بیشتر و موفقیت پروژه‌ها،

از آنجا که قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در بخش میان‌دستی و پایین‌دستی حوزه نفت و گاز مورد استفاده قرار گرفته‌اند و با توجه به موانع قانونی موجود در انعقاد برخی از انواع قراردادهای در حوزه بالادستی صنعت نفت و همچنین نقش غیرقابل انکار سازوکارهای حقوقی در جلب مشارکت و سرمایه در این صنعت، موضوع حاضر از این منظر انتخاب گردیده است؛ تا دریابیم این قبیل قراردادهای قابل انعقاد در حوزه بالادستی هستند یا خیر؟ بررسی‌ها نشان می‌دهد ریسک بالا و وجود مرحله بهره‌برداری از طرح در این گونه قراردادهای، که می‌تواند منجر به مالکیت بر نفت و گاز تولیدی حداقل به صورت مقطعی برای سرمایه‌گذار باشد، پذیرش انعقاد این قراردادهای در حوزه بالادستی میادین نفت و گاز کشور را با مانع قانونی یا حداقل تردید جدی،

روبرو می‌نماید. ضمن آنکه این تردیدها ماهیت امتیازی داشتن یا تردید در مشارکت در تولید [۲] بودن را در قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری را نیز تقویت می‌کند.

مقدمه

از اواخر دهه، ۱۹۸۰ قراردادهای یا امتیازهای «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری»، به یک راهکار برای خصوصی‌سازی در حوزه‌های زیرساختی تبدیل گردید. اما تجربه چندین ساله نشان می‌دهد که این نوع قراردادها از طبیعت بیش از حد شکننده و پیچیده‌ای برخوردارند [۳]. از اهداف برجسته قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری؛ استفاده از سرمایه و مدیریت بخش خصوصی، در ساخت و توسعه امور زیربنایی و ارائه خدمات عمومی، به نحو ارزان‌تر و سریع‌تر از روش‌های سنتی توأم با راهبری و مدیریت دولت می‌باشد. از آنجا که تأمین مالی و ساخت بر عهده واحد خصوصی است، در ازای آن، بخش اجراکننده برای یک دوره زمانی خاص می‌تواند از طریق دریافت عوارض از استفاده‌کننده‌ی [۴] تسهیلات و تأسیسات یا درآمد طرح، به بازگشت سرمایه و سود دست پیدا کند. به دلیل همین ویژگی‌ها، دولت‌ها در منطقه جنوب و جنوب شرقی آسیا بر این قراردادها به عنوان یک جایگزین مهم برای افزایش رشد و توسعه اقتصادی می‌نگرند، مع الوصف در عمل اثبات شده است [۵] که تحقق اهداف مبنایی این قبیل قراردادها دشوار می‌باشد. [۶]

در این مقاله می‌خواهیم دریابیم آیا چنین قراردادی که به دلیل موفقیت‌ها و توسعه آن در دوره احیای مجددش، مورد استقبال قرار گرفته، در حوزه بالادستی نفت ایران نیز قابل اجرا و انعقاد است یا خیر؟ در پاسخ به این سوال، اهمیت موضوع به دلیل وجود برخی اعتقادات [۷] در رابطه با امتیاز بودن ماهیت قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، پررنگ‌تر می‌گردد. از سوی دیگر، مناقشاتی دایر بر امکان تقسیم منافع در دوره بهره‌برداری به مانند قراردادهای مشارکت در تولید وجود دارد که محل تأمل است. بنابراین، بعد از تبیین مفاهیم کلیدی و مقایسه قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری با سایر انواع قراردادی مطروحه در صنعت نفت، به تحلیل و تطبیق شرایط این قبیل

قراردادها در رابطه با انتقال مالکیت میادین نفت و گاز کشور، یا انتقال نفت و گاز تولیدی و در پایان، به بررسی میزان محدودیت‌های قانونی در خصوص انعقاد این قراردادها در حوزه بالادستی نفت می‌پردازیم.

۱. جایگاه قراردادهای BOT در میان سایر انواع متداول قراردادی

روش قراردادی «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» دارای انواع فرعی متعددی [۸] است که ورود تفصیلی به یکایک آن‌ها در این مقاله ممکن نیست. ضمن آنکه مشخصه‌های اصلی همه انواع فرعی قراردادهای زیرمجموعه این گروه، به لحاظ ضوابط و قواعد عمومی، نزدیک به یکدیگر می‌باشد، لذا برای شناخت آن‌ها ضرورتی برای بررسی همه فروض عملی تحقق این گونه قراردادها وجود ندارد. یادآور می‌شویم قراردادهای کنونی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری از انواع سنتی‌اش متمایز شده است و بین آن‌ها با قراردادهای کلید در دست [۹] و یا محصول در دست [۱۰] تفاوت وجود دارد. [۱۱] دیگر اینکه، تمرکز این نوشتار بر انتقال مالکیت مخزن یا نفت و گاز تولیدی در قراردادهای مورد بحث می‌باشد، لذا در این راستا، انتقال مالکیت محصول، اعم از دایمی و مقطعی بررسی خواهد شد.

۱-۱. تعریف و تاریخچه قراردادهای ساخت، بهره‌برداری، واگذاری و خصایص اساسی آن

در قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، دولت به یک شرکت غالباً خصوصی یا یک کنسرسیوم متشکل از شرکت‌های خصوصی امتیاز یا اجازه می‌دهد تا یک پروژه را طراحی کرده و آن شرکت یا کنسرسیوم ضمن تأمین مالی طرح مذکور، آن را احداث نموده و برای مدت معینی مورد بهره‌برداری قرار دهد. به عبارت دیگر، دولت به شرکت سرمایه‌گذار - اعم از خارجی یا داخلی - اجازه می‌دهد در ازای تقبل تمام مخارج طراحی، اجرا و ساخت، مدتی از پروژه بهره‌برداری کند و بعد از سپری شدن مدت بهره‌برداری، پروژه و حق استفاده از آن را مجانی به دولت منتقل نماید [۱۲]. عمده‌ترین دلایل استفاده از قراردادهای

ساخت، بهره‌برداری و واگذاری عبارتند از: هدایت سرمایه‌های بخش خصوصی به طرف طرح‌های زیربنایی اقتصادی، جذب سرمایه‌های خارجی، سرازیر کردن تکنولوژی و فناوری‌های نوین به سوی کشور و استفاده از یک مدیریت کارآمد و بهره‌برداری سریع‌تر و بهینه از پروژه‌های زیربنایی با امکان تأمین مالی توسط بخش خصوصی [۱۳].

مشخصه‌های اصلی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، در انواع مختلف می‌تواند حائز هفت مؤلفه باشد: اعطای امتیاز ساخت از سوی دولت به کنسرسیوم یا شرکت سرمایه‌گذار؛ تأمین مالی پروژه توسط کنسرسیوم یا شرکت سرمایه‌گذار؛ امتیاز بهره‌برداری از پروژه برای مدت معین برای کنسرسیوم/شرکت سرمایه‌گذار؛ مسئولیت کنسرسیوم در طراحی، تأمین کالا، ماشین‌آلات جهت ساخت و راه‌اندازی پروژه؛ بازیافت اصل سرمایه، بهره‌های متعلقه و سود از طریق فروش محصول یا خدمات حاصله از بهره‌برداری؛ انتقال رایگان پروژه به دولت و نهایتاً تعهد کنسرسیوم یا شرکت به قابل استفاده نگه داشتن و اصلاح و تعمیرات با هزینه خود تا زمان تحویل به دولت به نحو سالم و قابل بهره‌برداری [۱۴].

اولین قرارداد «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» به منظور احداث کانال سوئز و تلاش‌های کشور مصر برای جذب سرمایه اروپایی و استفاده از نیروی متخصص به کمک این نوع قرارداد در سال ۱۸۳۴ برمی‌گردد [۱۵]. در نیمه دوم قرن نوزدهم، دولت‌ها در گسترش راه‌آهن و جاده‌ها از این نمونه قراردادها استفاده کردند، اما به دلیل شرط نرخ بالای بازگشت سرمایه که در واقع همان نرخ سود مورد انتظار سرمایه‌گذار است، استقبال از این قراردادها کاهش یافت. دهه ۱۹۸۰ سرآغاز تحولی در واگذاری طرح‌ها به بخش خصوصی بود که به مشارکت بخش خصوصی و عمومی [۱۶] در راه‌اندازی و بهره‌برداری طرح‌های زیربنایی در راستای تأمین منافع عمومی تعبیر می‌گردد [۱۷]. اصطلاح قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در دهه ۱۹۸۰ هنگامی که دولت ترکیه اعطای امتیاز چند نیروگاه خود را به مناقصه گذاشت، برای مرتبه دوم رایج شد و اوج گرفت. در ایران، اولین پروژه با این نوع قرارداد جهت احداث نیروگاه پره‌سر در ساحل خزر در سال ۱۳۷۸ از طرف شرکت توانیر مورد استفاده

قرار گرفت.

اصطلاح قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی سال ۱۳۸۱ و قانون برنامه پنجم توسعه کشور به عنوان یکی از روش‌های قانونی سرمایه‌گذاری خارجیان در ایران مطرح گردیده است.

در غالب متون و قراردادهای مربوط به این نوع، از لفظ و مفهوم اعطای امتیاز استفاده شده است. در فرانسه، روش BOT به عنوان یک رویه نهادینه شده برای اعطای امتیاز، تلقی می‌شود. در این راستا، ابتدا قانونی مصوب می‌گردد که اعطای امتیاز را تجویز می‌نماید. سپس وقتی شرکت گیرنده امتیاز [۱۸] به نحو رسمی مورد ثبت و شناسایی قرار گرفت و تعهدات و قیمت‌ها تعیین شد، امتیاز لازم‌الاجرا می‌گردد. کشور انگلیس برای انعقاد این قراردادها، قانون مجزایی را از طریق پارلمان مصوب می‌کند که به طور معمول اجازه می‌دهد سند دوجانبه به مانند یک قانون تلقی گردد و به این طریق از ایجاد تأخیر و توقف در اجرای طرح‌ها جلوگیری می‌کند. [۱۹]

یکی از خصایص اصلی این قراردادها، بهره‌برداری از پروژه توسط شرکت یا کنسرسیوم و جمع‌آوری عوارض و حصول درآمد طرح از ناحیه آن کنسرسیوم یا شرکت جهت بازگشت سرمایه و سود، می‌باشد. تقسیم ریسک بین دولت و شرکت پروژه و تقسیم منافع ناشی از پروژه از موضوعات مناقشه‌برانگیز در پروژه‌هایی از این دست، هستند [۲۰]. به نظر می‌رسد در غالب طرح‌ها، بهره‌برداری اختصاصی شرکت یا کنسرسیوم صاحب امتیاز از ویژگی‌های این قبیل قراردادها است. [۲۱] ولی اینکه، تخصیص بخشی از درآمد یا محصول تولیدی به دولت، نافی شرایط ذاتی این نوع قرارداد باشد، محل بحث است. خصیصه دیگر، امکان انعقاد قرارداد وام با مؤسسات مالی برای تأمین مالی طرح‌ها می‌باشد. بدیهی است مؤسسات مالی نیز در قبال وام‌های اعطایی تضمین‌هایی را برقرار و اخذ می‌نمایند. شیوه‌هایی که به عنوان تضمین به کار می‌رود اقتتاح حساب امانی شرکت در کشور همسایه و واریز درآمدهای حاصل از طرح به آن یا وثیقه قرار دادن کلیه سهم‌الشرکه شرکای شرکت برای بازپرداخت وام می‌باشد. [۲۲]

۱-۲-۱. مقایسه قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری با سایر قراردادها

مقایسه BOT با سایر قراردادهای مشابه به شناخت بیشتر این دسته قراردادها و طبقه‌بندی صحیح آن، کمک بسزایی می‌نماید. از آنجا که در پی بررسی امکان انعقاد این قبیل قراردادها در صنعت نفت هستیم دسته‌بندی آن در هر حوزه قراردادی و ویژگی‌های اساسی آن طبقه قراردادی، می‌تواند از منظر وجود یا فقد ممنوعیت قانونی، آثار عظیمی به دنبال داشته باشد.

۱-۲-۱-۱. مقایسه قراردادهای BOT با طراحی، تأمین و تدارک کالا، ساخت و تأمین مالی (EPC/ EPCF)

در قراردادهای طراحی، تأمین و ساخت (EPC)، پیمانکار طراحی تفصیلی پروژه، تأمین کالا و تجهیزات مورد نیاز و اجرا یا به اصطلاح ساخت پروژه را به انجام می‌رساند. در قرارداد EPCF [۲۳] علاوه بر مراحل قبلی، پیمانکار تأمین مالی پروژه را نیز رأساً یا از طریق یک موسسه مالی یا بانک و غالباً با تضمین بازپرداخت توسط کارفرما، عهده‌دار است. در قبال تأمین مالی پروژه، پیمانکار علاوه بر سود پیمانکاری، چنانچه رأساً تأمین مالی را بر عهده داشته باشد، از بهره بانکی با نرخ مورد توافق نیز بهره‌مند می‌گردد. به عبارت دیگر، در قراردادهای «طراحی، تأمین و تدارک کالا، ساخت و تأمین مالی» [۲۴]، پیمانکار علاوه بر اینکه مراحل طراحی، تأمین و تدارک کالا و ساخت را بر عهده دارد، به کارفرما وام هم می‌دهد یا برای وی شرایط اخذ وام را فراهم می‌نماید. کارفرما مطابق نرخ و شرایط قراردادی و برابر صورت‌وضعیت‌های تأیید شده به پیمانکار بدهکار می‌گردد ولی پرداخت این بدهی در قبال اخذ بهره مورد توافق، با تأخیر انجام می‌شود. برخلاف قراردادهای BOT در قراردادهای اخیرالذکر، پیمانکار مالکیتی بر طرح نداشته و تنها در برابر گرفتن مبلغی، عملیات مهندسی، تأمین کالا و ساخت صورت می‌پذیرد و بعد رابطه پیمانکار با پروژه قطع می‌گردد. [۲۵] بهره‌برداری یکی از ارکان قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری است که در قراردادهای گروه «طراحی، تأمین و تدارک کالا و ساخت» جایی ندارد.

۱-۲-۲. مقایسه قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری با مشارکت در تولید [۲۶]

در قراردادهای مشارکت در تولید، دولت یا شرکت یا سازمان دولتی یا شرکت ملی نفت یک کشور، با یک شرکت غالباً خارجی اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید. سهم شرکت طرف قرارداد، شامل نفت هزینه [۲۷] و درصدی از نفت فایده [۲۸] می‌باشد. در این نوع قرارداد تا زمانی که نفت تولید نشده، نسبت به آن به نسبت سهم قراردادی، مالکیتی برای سرمایه‌گذار ایجاد نمی‌گردد. به طور معمول در قراردادهای مشارکت در تولید، پیمانکار موظف به تأمین مالی عملیات اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری است. در نوع سنتی این قراردادها، شرکت سرمایه‌گذار بر تمامی عملیات اکتشاف، بهره‌برداری، بازاریابی و... حاکمیت یا مدیریت داشته ولی کشورهای دارنده ذخایر، اقداماتی برای تعدیل این موضوع به مرور در قراردادها گنجانده‌اند. [۲۹] اگرچه به نظر می‌رسد تقسیم منافع بین شرکت یا کنسرسیوم و دولت یا شرکت دولتی طرف قرارداد با مقتضای ذات قرارداد معارض نبوده و در عین حال، انحراف از ارکان و اهداف اساسی قرارداد هم نباشد. با این حال، تنها عامل عدم تطبیق روش قراردادی «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» بر مشارکت در تولید، تردیدهای موجود در رابطه با امکان تقسیم محصول در پروژه‌ها می‌باشد [۳۰]. در صورت پذیرش فرض امکان تقسیم محصول در قراردادهای «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» و عدم لزوم انحصار در تقسیم منافع یا بهره‌برداری از تأسیسات و پروژه احداثی، در چنین مواردی این روش قراردادی منطبق بر قراردادهای مشارکت در تولید می‌گردد.

نکته اساسی که در قرارداد «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» نباید فراموش کنیم اینکه، درخصوص شرایط حاکم بر نوع قراردادها در نظام حقوقی ایران، وفق ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، برگشت سرمایه و منافع، تنها از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود و نمی‌تواند متکی به تضمین دولت، بانک‌ها یا شرکت‌های دولتی باشد.

۳-۲-۱. مقایسه قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری با قراردادهای خدماتی [۳۱]

قراردادهای خدماتی که به خرید خدمت نیز مشهور گردیده‌اند؛ در قانون نفت ۱۳۵۳ به نام قراردادهای پیمانکاری مورد اشاره قرار گرفته‌اند. قراردادهای خدماتی مشتمل بر دو دسته هستند: قراردادهای خدماتی صرف، قراردادهای خدماتی توأم با ریسک. بیع متقابل، بسته به نحوه انعقاد قرارداد می‌تواند در قالب یکی از دو نوع مقدم‌الذکر قرار گیرد. قراردادهای خدماتی، در قبال پرداخت حق‌الزحمه برای ارائه خدمات مشخص می‌تواند دربرگیرنده خدمات فنی هم باشد - منعقد می‌گردند. [۳۲] پیمانکار هیچگونه حقی نسبت به مخزن یا محصول تولیدی پیدا نمی‌کند. در قراردادهای خدماتی توأم با ریسک در عملیات اکتشاف، ریسک عدم دستیابی به میدان تجاری بر عهده پیمانکار نهاده می‌شود، بنابراین دستمزد و هزینه‌ای در صورت ناموفق بودن اکتشاف به پیمانکار تعلق نمی‌گیرد [۳۳]. در این روش، تأمین مالی بر عهده پیمانکار قرار می‌گیرد اما باز هم مالکیتی بر مخزن یا محصول برای پیمانکار مطرح نیست. [۳۴] در قراردادهای بیع متقابل [۳۵] با پیمانکار شرط می‌شود عملیات در مدت معین بر اساس شرایط قراردادی انجام پذیرد و به جای پرداخت نقدی، درصدی از فروش محصول را برای استهلاک هزینه، هزینه سرمایه، و دستمزد دریافت نماید. [۳۶] به نظر می‌رسد مالیات در قراردادهای بیع متقابل در کنترل میزان درآمد پیمانکار نقش اساسی ایفاء ننماید؛ زیرا مالیات‌های متعلقه که به وسیله پیمانکار به دولت پرداخت می‌گردد عیناً تحت عنوان هزینه‌های غیرسرمایه‌ای [۳۷] به پیمانکار بازپرداخت می‌شود. [۳۸]

قراردادهای خدماتی متضمن اعطای امتیازی به پیمانکار نمی‌باشند؛ درحالی که قراردادهای BOT حاوی اعطای امتیاز ساخت، بهره‌برداری و واگذاری یک پروژه به شرکت غالباً خصوصی است. در قراردادهای خدماتی، پیمانکار مالکیتی بر تولیدات و پروژه موضوع فعالیت ندارد، اما در روش قراردادی «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری»، بهره‌برداری از طرح متضمن مالکیت عموماً مقطعی شرکت سرمایه‌گذار بر طرح نیز می‌باشد.

چراکه اعطای بهره‌برداری، به عنوان مجوز انجام عملیاتی است که عملاً و در نهایت، محصول برداشت شده طی این دوره تحت مالکیت دارنده حق بهره‌برداری تلقی می‌گردد. درحالی‌که بند ب ماده ۱۲۹ قانون برنامه پنجم، به صراحت انتقال مالکیت نفت و گاز تولیدی را ممنوع نموده است. تأمین مالی در قراردادهای پیمانکاری خدماتی، بنا بر اصل و جز در موارد خاصی، در قراردادهای خدماتی توأم با ریسک، در نهایت امر با دولت می‌باشد، برخلاف قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری که تأمین مالی و تضمینات و ام‌ها همگی برعهده شرکت پروژه است.

۴-۲-۱. مقایسه قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری با امتیازی [۳۹]

در قراردادهای امتیازی، دولت با شرایط خاص و برای مدت معین، بهره‌برداری از یک ثروت ملی و یا منابع زیرزمینی را به شخص یا اشخاص واگذار می‌نماید. [۴۰] در مفهومی عام می‌توان گفت؛ هرگونه ترتیبات اعطایی به شرکت خصوصی از سوی دولت جهت ارائه خدمات و بازگشت هزینه و سود از طریق بهره‌برداری از تأسیسات احداثی به امتیاز تعبیر می‌گردد [۴۱]. بنا به تعاریف ارائه شده، غالب قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، در گروه قراردادهای امتیازی قرار می‌گیرند. برخی تردیدها [۴۲] در رابطه با امتیازی بودن این قرارداد بیان شده که از مبانی محکمی برخوردار نیست. به این استدلال که بخش خصوصی در قراردادهای امتیازی برخلاف قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، تا حدود زیادی از نظارت‌های دولتی فارغ است؛ قراردادهای امتیاز منحصر به معادن هستند و تعداد زیادی قرارداد در اجرای قرارداد نوع اخیر، بسته می‌شود. عدم قابلیت استناد به این دلایل جهت رد ماهیت امتیازی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، با توجه به آنچه تاکنون گفتیم نکته‌ای بدیهی است.

در قراردادهای امتیازی در حوزه بالادستی نفت، دولت میزبان با صدور اجازه، تفحص و استخراج در مناطق وسیعی را برای مدت طولانی به دارنده امتیاز (سرمایه‌گذار) - در واقع مالکیت مخزن و میدان را - واگذار می‌کند. درحالی که مالکیت میدان و

مخزن در قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری به سرمایه‌گذار منتقل نمی‌گردد. بلکه بحث تنها بر سر انتقال بهره‌برداری تأسیسات احداثی و به تبع آن محصول تولیدی می‌باشد.

۲. خصوصیات پروژه‌های صنعت نفت و آثار پیاده‌سازی روش BOT در پروژه‌های بالادستی

درک مفاهیم مربوط به قلمرو بالادستی و پایین‌دستی در صنعت نفت در تصمیم‌گیری برای امکان یا عدم امکان به‌کارگیری روش قراردادی «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» در هر حوزه، نقش مهمی ایفاء می‌نماید. آثار حقوقی‌ای، که اجرای روش قراردادی اخیر، در عملیات بالادستی و یا پایین‌دستی می‌تواند دارا باشد، در اخذ نتیجه، از نقش کلیدی برخوردار است.

۱-۲. پروژه‌های بالادستی و پایین‌دستی صنعت نفت

طبق تعریف بند ۴ ماده یک قانون اصلاح قانون نفت مصوب ۱۳۹۰، فعالیت‌های بالادستی به نحو احصایی در نظام حقوقی ایران شامل کلیه مطالعات، فعالیت‌ها و اقدامات مربوط به اکتشاف، حفاری، استخراج، بهره‌برداری و صیانت از منابع نفتی، انتقال، ذخیره‌سازی و صادرات آن، پی‌جویی، نقشه‌برداری، زمین‌شناسی، ژئوفیزیک، ژئوشیمی، حفر و خدمات فنی چاه‌ها، تزریق گاز، آب، هوا و یا هر فعالیتی که منجر به برداشت بهینه و حداکثری از منابع نفتی گردد و نیز احداث و توسعه تأسیسات و صنایع وابسته، تحدید حدود، حفاظت و حراست آن‌ها برای عملیات تولید و قابل عرضه کردن نفت در حد جداسازی اولیه، صادرات، استفاده و یا عرضه برای عملیات پایین‌دستی؛ می‌باشد. مواردی نظیر مدیریت و نظارت بر تأمین کالاها و مواد صنعتی، آموزش و تأمین نیروی انسانی، ایجاد و حفظ شرایط ایمنی، بهداشت و محیط زیست و انجام کلیه فعالیت‌های لازم جهت ایجاد، ارتقاء و انتقال فن‌آوری برای پشتیبانی، عملیات بالادستی محسوب می‌شود. صدور مجوز برای فعالیت و پروانه اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری برای اشخاص حقوقی واجد صلاحیت برای عملیات بالادستی، توسط وزارت نفت به‌عمل می‌آید. از آنجا که

تمامی عملیات مربوط به حوزه بالادستی به مخزن و میدان ارتباط مستقیم دارد، بحث واگذاری عملیات بهره‌برداری از میادین و مسئولیت این دوره در این عملیات حائز اهمیت است. بنا به تعریف فوق به نظر می‌رسد؛ تمامی مراحل مربوط به میدان از اکتشاف تا انتقال محصول و صادرات عین محصول تولیدی تا نقطه تحویل، در حوزه بالادستی جای دارد.

از سوی دیگر، به کلیه مطالعات، فعالیت‌ها و اقدامات مربوط به عملیات تصفیه و پالایش در تأسیسات پالایشی جهت تولید فرآورده‌های نفتی و استفاده از آن‌ها برای تولید محصولات پتروشیمیایی و انتقال، ذخیره‌سازی، توزیع، فروش داخلی، صادرات و واردات فرآورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمیایی، عملیات پایین‌دستی اطلاق می‌شود. مواردی نظیر تأمین کالاها و مواد صنعتی، آموزش و تأمین نیروی انسانی، ایجاد و حفظ شرایط ایمنی، بهداشت و محیط زیست و انجام کلیه فعالیت‌های لازم جهت ایجاد، ارتقاء و انتقال فن‌آوری برای پشتیبانی عملیات فوق، جزء عملیات پایین‌دستی محسوب می‌گردد. (بند ۶ ماده یک قانون اصلاح قانون نفت مصوب ۱۳۹۰). صدور مجوز برای فعالیت و پروانه بهره‌برداری برای اشخاص واجد شرایط بخش‌های غیردولتی در عملیات پایین‌دستی صنعت نفت، گاز، پتروشیمی و پالایشی، مجاز می‌باشد؛ زیرا عملیات پایین‌دستی ربطی به میدان یا مخزن ندارد، بنابراین مقررات مرتبط از محدودیت‌های کمتری در این خصوص برخوردار است. خلاصه اینکه، حوزه پایین‌دستی همه بخش‌های مرتبط با تصفیه و پالایش محصول و انتقال یا توزیع و فروش آن را در برمی‌گیرد. به همین روی، فعالیت برای بخش غیردولتی در این بخش‌ها تجویز گردیده است.

۲-۲. بررسی وضعیت قراردادهای BOT از منظر انتقال مالکیت میادین نفت و گاز تولیدی

وقتی از این روش قراردادی سخن می‌رانیم، در واقع بحث بر سر یک دوره مالکیت موقت شرکت سرمایه‌گذار بر تأسیسات و منافع طرح می‌باشد. اکثر طرح‌های موضوع این روش قراردادی، در حوزه‌هایی از قبیل جاده‌سازی و تأسیسات زیربنایی مرتبط با

آب و برق مشاهده می‌شود. پیاده‌سازی قراردادهای مزبور در حوزه بالادستی صنعت نفت، ما را با تردید به دلیل بروز بحث بر سر مالکیت مخزن و بهره‌برداری از میداین و مالکیت محصول استخراجی توسط شرکت سرمایه‌گذار (طرف قرارداد) طرح روبرو می‌نماید. در ساخت تأسیساتی نظیر پل یا جاده از طریق روش قراردادی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، در نهایت زمین عمومی یا امکان تملک املاک خصوصی واقع شده در مسیر طرح و مالکیت و عوارض منتج از طرح، به طور موقت به مجری واگذار می‌گردد و این واگذاری‌ها با مانع قانونی مواجه نیستند، اما در صنعت نفت هرگاه بخواهیم این روش قراردادی را به کار ببریم با موضوعاتی همچون انتقال مقطعی تولیدات و بهره‌برداری انحصاری سرمایه‌گذار از میدان و به یقین انتقال مالکیت موقت بر تأسیسات سطح زمین روبرو می‌شویم. محدودیت‌های قانونی انتقال مالکیت میداین یا نفت و گاز تولید، ولو به صورت مقطعی، در مبحث سوم بررسی می‌شود.

چنانچه قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری را دارای خصلت قراردادهای مشارکت در تولید تلقی کنیم نیز، انتقال مالکیت بخشی از نفت و گاز تولیدی، از حیث مقررات حاکم، محدودیت در به‌کارگیری این روش قراردادی را بر صنعت نفت به ذهن متبادر می‌نماید که طی مباحث بعدی بدان می‌پردازیم.

۱-۲-۲. مالکیت بر میدان

در اجرای روش قراردادی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در میداین نفت و گاز در حوزه بالادستی، در وهله اول، تردید در رابطه با مالکیت بر میدان توسط شرکت یا کنسرسیوم سرمایه‌گذار توجه را برمی‌انگیزد. آیا در هنگامی که محدوده و میدان نفتی برای اجرای طرح اکتشاف و توسعه وفق این قراردادها در اختیار سرمایه‌گذار قرار می‌گیرد، این امر به طور ضمنی در حقوق مالکانه دولت در میدان و یا انتقال مالکیت آن، نیز موثر خواهد بود؟ علت پیدایش این پرسش در ذهن، به وجود مرحله بهره‌برداری در این قراردادها و حق بهره‌برداری توأم با مالکیت سرمایه‌گذار بر طرح ساخته شده، برای بازگشت سرمایه هزینه شده و سود، بازمی‌گردد. با توجه به اینکه بهره‌برداری در

درون مفهوم خود، متضمن انتقال مالکیت نیز می‌باشد، تأثیر این امر بر مالکیت میدان باید تعیین شود. به ویژه به دلیل وجود برخی تعابیر در خصوص مالکیت از منظر تجارت بین‌الملل و تکیه بر ارزش اقتصادی به عنوان مبنای حق مالی و حمایت بین‌المللی از آن، باید پذیرفت تردیدهای بروز یافته فاقد پشتوانه علمی نیستند. اگرچه شکی در عدم انتقال مالکیت مخزن و نفت درون آن وجود ندارد اما بحث وجود آثار و حقوق مالکیتی به طور غیرمستقیم - به طور مثال پرداخت ما به ازاء عین در صورت نقض قرارداد به عنوان جبران - مطرح می‌باشد [۴۳].

با توجه به تعریف و خصایص BOT، صرفاً آنچه ساخته و راه‌اندازی می‌گردد موضوع بهره‌برداری و به تبع آن، مالکیت قرار می‌گیرد، پس نتیجه می‌گیریم که استفاده از این روش قراردادی منجر به انتقال مالکیت میدان نمی‌شود. از حیث قوانین و مقرراتی که انتقال مالکیت میداین یا مخازن نفت و گاز را ممنوع اعلام نموده‌اند، انعقاد قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری با مانعی مواجه نیست، لذا بایستی منع یا تجویز این نوع قرارداد از منظر مالکیت تأسیسات سطح زمین یا نفت و گاز تولیدی مورد بحث قرار گیرد که موضوع بندهای دوم و سوم گفتار است.

۲-۲-۲. مالکیت بر تأسیسات سطح زمین

سرمایه‌گذاری خارجی در کشور ایران در چارچوب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ صورت می‌گیرد. یکی از روش‌های سرمایه‌گذاری مجاز، انعقاد قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال می‌باشد که در بند (ب) ماده ۳ همین قانون مورد اشاره قرار گرفته است. در این قانون علاوه بر امکان بهره‌برداری سرمایه‌گذار (بنگاه اقتصادی) از طرح پس از ساخت - بنا بر خصایص ذاتی قرارداد - ضمن تبصره‌ای به حق اعمال مالکیت بنگاه اقتصادی تا بازگشت سرمایه و سود هم تصریح می‌شود. در واقع ضمن این روش، سرمایه‌گذار، مالک طرح راه‌اندازی شده؛ یعنی تأسیسات روی سطح زمین است. این نکته می‌تواند این تأمل را هم پدید آورد که؛ بر اساس مالکیت بر طرح و خصیصه دایمی بودن مالکیت در نظام ایران، آیا سرمایه‌گذار باید برخوردار از حقوق مالکانه از قبیل حق انتقال به

ثالث هم دانسته شود؟ آیا به دلیل مالکیت بر تأسیسات، یک حق انحصاری برای سرمایه‌گذار در بهره‌برداری از میدان یا مخزن تحقق نمی‌یابد؟

حق انحصاری، به صراحت در قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی به زعم قانونگذار ایران امتیاز تلقی شده و منع گردیده است، بنابراین با فرض بهره‌برداری انحصاری از آن تأسیسات، تجویز این روش در صنایع بالادستی محل تردید می‌باشد؛ چون بهره‌برداری انحصاری سرمایه‌گذار بر آن میدان را در پی دارد. بنا بر این تفاسیر، مگر می‌توان فرض کرد که یک شرکت سرمایه‌گذار نسبت به احداث تأسیسات سطح‌الارضی روی یک مخزن یا میدان نفت و گاز اقدام نماید ولی حق انحصاری در بهره‌برداری از آن میدان را برای وی قایل نشویم؟ یا وی را مالک آن تأسیسات بدانیم، اما استخراج نفت یا گاز توسط آن تأسیسات و استهلاک سرمایه و برداشت سود از محل آن را ممنوع نمود؟ پاسخ این دو پرسش ما را با محدودیت استفاده از روش قراردادی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در نظام حقوقی ایران مواجه می‌نماید.

۳-۲-۲. مالکیت بر محصول

بعد از انجام طرح توسعه در میدان و شروع بهره‌برداری از پروژه، محصول از طریق تأسیسات احداثی در میدان نفت و گاز از درون مخازن خارج می‌گردد. حال باید تکلیف مالکیت این محصول که از مخزن تحت مالکیت کشور صاحب مخزن، توسط تأسیسات متعلق به سرمایه‌گذار استخراج می‌گردد، روشن شود. نفت درون مخزن بدون هر شبهه‌ای متعلق به دولت صاحب مخزن می‌باشد، اما مالکیت محصول در سر چاه، چالش‌برانگیز است. بازگشت سرمایه و سود در روش قراردادی BOT از طریق عوارض ناشی از بهره‌برداری سرمایه‌گذار از تأسیسات احداثی صورت می‌پذیرد. حال در پیاده‌سازی این روش در یک پروژه نفتی باید معتقد به مالکیت بر محصول گردیم یا اینکه بپذیریم که محصول، تحت مالکیت دولت صاحب مخزن باقی می‌ماند و در قبال آن، دولت عوارضی را در قبال استفاده از تأسیسات به شرکت سرمایه‌گذار می‌پردازد. چنین فرضی با واژه بهره‌برداری به

عنوان یکی از سه مرحله پیش‌بینی شده در این روش قراردادی همخوانی ندارد. پاسخ این بحث به امکان یا عدم امکان انتقال مالکیت محصول (نفت و گاز) ارتباط مستقیم دارد که طی مبحث سوم به بررسی دقیق‌تر محدودیت‌های قانونی حاکم بر موضوع می‌پردازیم. لازم به ذکر است گفته می‌شود [۴۴] مالکیت بر نفت و گاز تولیدی در سطح زمین، این امکان را برای شرکت‌ها ایجاد می‌نماید که بر اساس قواعد بین‌المللی بورس و اوراق بهادار، نسبت به ثبت مخازن اقدام کنند [۴۵].

این نکته را فراموش نکنیم؛ از آنجا که بهره‌برداری انحصاری، امتیاز محسوب می‌گردد، در بند ج ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری به صراحت ممنوع اعلام شده است، بنابراین در پیاده‌سازی روش قراردادی مزبور در صنعت نفت و تطبیق امر بر قوانین نظام حقوقی ایران، نوعی بهره‌برداری مشترک و غیرانحصاری می‌بایست مدنظر قرار گیرد. از سوی دیگر، طبق بند دوم، باید متضمن به‌کارگیری تأسیسات سطح‌الارضی و استهلاک هزینه از محل نفت یا گاز تولیدی - مالکیت بر بخشی از محصول - هم نباشد. مجموع بندهای دوم و سوم، موانع قانونی در به‌کارگیری این روش قراردادی را پررنگ‌تر می‌کند.

اثبات منع یا تجویز این روش قراردادی مستلزم احکام قانونی جاری بر امکان واگذاری مالکیت تأسیسات روی زمین و نفت و گاز تولیدی به شرکت طرف قرارداد می‌باشد که طی مبحث سوم بدان می‌پردازیم.

۳. محدودیت‌های قانونی انتقال مالکیت میادین یا نفت و گاز تولیدی

در مباحث پیشین، انتقال مالکیت میدان و همچنین نفت و گاز تولیدی در انواع قراردادها مورد بحث قرار گرفت. در این قسمت، محدودیت‌های انتقال مالکیت‌های مذکور از منظر قوانین حاکم بر کشور مورد تحلیل قرار می‌گیرد تا با تلفیق این مباحث، امکان نتیجه‌گیری در خصوص مجاز یا غیرمجاز بودن به‌کارگیری قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در صنایع بالادستی صنعت نفت فراهم گردد. نظام حقوقی حاکم بر مالکیت نفت

[۴۶] هر کشور در تعیین اختیارات دولت‌ها برای تغییر مفاد قرارداد یا نوع قراردادهای قابل انعقاد در هر حوزه، نقش بسزایی دارد. از آنجایی که بند ب ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایران به منظور افزایش ظرفیت تولید نفت و تشویق و حمایت از جذب سرمایه‌ها و منابع خارجی در فعالیتهای بالادستی نفت و گاز، به‌ویژه در میادین مشترک و طرح‌های اکتشافی کشور به وزارت نفت، اجازه داده تا میزان سقف تولید اضافی در بند ج همین ماده، نسبت به انعقاد قراردادهای اکتشافی و توسعه میدان‌ها از طریق تأمین مالی توسط طرف‌های خارجی یا شرکت‌های صاحب صلاحیت داخلی، اقدام نماید، به اعتقاد برخی [۴۷]، این بند استفاده از روش‌های گوناگون قراردادی مثل مشارکت در سرمایه‌گذاری؛ مشارکت در تولید و ساخت، بهره‌برداری و واگذاری برای اکتشاف و توسعه میادین نفت و گاز - حوزه بالادستی - را مجاز می‌داند. به نظر می‌رسد محدودیت‌های قانونی و سبقه قانونگذاری‌ها در این حوزه، از سوی صاحب‌نظر مزبور مغفول مانده است.

ذکر این نکته ضروری است که، استفاده از این روش قراردادی با توجه به مبانی عام حقوقی ایران در این زمینه، در حوزه پایین‌دستی مثل ساخت پالایشگاه‌ها، خطوط لوله، تأسیسات شیرین‌کننده گاز و امثال آن بلامانع است. اما درخصوص صنایع و فعالیتهای بالادستی باید قایل به تفکیک شد. در صنایع و عملیات بالادستی، روش‌های قراردادی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، به دلیل بهره‌برداری شرکت یا کنسرسیوم برای مدت معین - ابقای مقطعی و غالباً بلندمدت مالکیت کل نفت و گاز تولیدی در دست سرمایه‌گذار - و انطباق این دوره و خصیصه آن با واگذاری امتیازی، با محدودیت قانونی مواجه می‌باشد. از سوی دیگر، چنانچه این قراردادها را دارای خصیصه قراردادهای مشارکت در تولید فرض کنیم، بازهم بحث انتقال مقطعی مالکیت بخشی از نفت و گاز تولیدی به سرمایه‌گذار باقی است و با همان ایراد مواجه هستیم. در جمع‌بندی، بیشتر به این موضوع خواهیم پرداخت.

۳-۱. محدودیت‌های قانون اساسی

اصول ۴۴ [۴۸] و ۴۵ قانون اساسی ایران، اساس محدودیت‌های الزامی بر واگذاری میادین نفت و گاز کشور را مطرح می‌کند. قانون اساسی در اصل ۴۵، نفت و گاز را در زمره انفال و ثروت‌های عمومی تحت اختیار حکومت اسلامی قرار داده که باید بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل شود. طبق اصول مذکور، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند. از سوی دیگر، سیاست‌های ابلاغی اصل ۴۴ قانون اساسی به صراحت خصوصی‌سازی این بخش را منع می‌کند. در فصل دوم - ماده ۲ - قانون اصل ۴۴ قانون اساسی، قلمرو فعالیت‌های هر بخش اعم از دولتی، خصوصی و تعاونی تعیین گردیده است. بند ج ماده ۲ قانون، سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌ها و بنگاه‌های مشمول گروه سه ماده ۲ قانون را منحصرأ در اختیار دولت قرار می‌دهد. نفت و گاز در ردیف ۵ گروه سه ماده ۲ قرار دارد، لذا لاجرم فعالیت، مالکیت و مدیریت در این حوزه منحصر به بخش دولتی و غیرقابل انتقال می‌باشد. بنابراین استفاده از قراردادهای BOT در حوزه بالادستی صنعت نفت با قانون اساسی جمهوری اسلامی در تضاد قرار می‌گیرد.

۳-۲. محدودیت‌های قوانین عادی

وفق ماده ۳ قانون معادن مصوب ۱۳۱۷، حق استخراج معادن نفتی در انحصار دولت قرار گرفت. قانون معادن مصوب ۱۳۳۶ مواد معدنی را به سه طبقه تقسیم می‌کرد و معادن نفت و گاز در طبقه سوم این قانون قرار داشتند. نگاهی به قانون مزبور نشان از عدم تجویز صدور پروانه بهره‌برداری برای معادن طبقه سوم و مطلقاً دولتی بودن آن‌ها داشت. در مقررات مربوط به واگذاری، اکتشاف و بهره‌برداری معادن - ماده ۳ - نشانی از مواد طبقه سوم و امکان واگذاری آن‌ها به چشم نمی‌خورد. در واقع این مقرردها از این جهت که نفت را مصداقی از معادن و در مالکیت دولت می‌دانست با تعریف انفال سازگاری داشت. ماده ۲ قانون نفت مصوب ۱۳۶۶، اعمال حاکمیت و مالکیت نسبت به منابع و تأسیسات نفتی را متعلق به حکومت اسلامی دانسته که بر طبق مقررات و اختیارات مصرح قانونی بر عهده وزارت نفت قرار دارد.

قانون نفت سال ۱۳۵۳ ایران، محدودیت‌های قابل توجهی را برای مشارکت شرکت‌های خارجی در عملیات بالادستی نفت و گاز قائل شده بود که به تبع آن، انعقاد قراردادهای مشارکت در تولید نیز ممنوع اعلام شد. در قانون مصوب ۱۳۶۶ نیز ممنوعیت مطلق هرگونه سرمایه‌گذاری خارجی در صنعت نفت و گاز پیش‌بینی گردید. ماده ۶ قانون مزبور مقرر می‌داشت تمامی هزینه‌هایی که باید در پروژه‌های نفت و گاز سرمایه‌گذاری گردد، می‌بایست توسط وزارت نفت پیشنهاد شود تا در بودجه سالانه درج گردد. بند ب ماده ۱۲۹ قانون برنامه پنجم توسعه، انتقال مالکیت نفت تولیدی را به صراحت ممنوع نمود. با این قید، عملاً انعقاد قرارداد امتیازی و مشارکت در تولید که متضمن انتقال مالکیت نفت یا گاز تولیدی به طور جزئی یا کلی باشد، ممنوع می‌باشد و نمی‌توان انتقال بخشی از محصول تولیدی توسط شرکت سرمایه‌گذار (در قالب قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری) را از شمول این محدودیت مستثنی نمود.

ماده ای که لزوم تأمل در تجویز حقوقی قراردادهای مشارکت در تولید را می‌نمایاند جزء ۳ بند ت ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب سال ۹۱ می‌باشد. این ماده جذب و هدایت سرمایه‌های داخلی و خارجی از طریق طراحی الگوهای جدید قراردادی بدون انتقال مالکیت نفت و گاز موجود در مخازن را بیان می‌دارد. پرسش قابل تأمل این است: آیا با مفهوم مخالف ماده اخیر، می‌توان منطق صریح سابق - بند ب ماده ۱۲۹ قانون برنامه پنجم توسعه - را نسخ شده پنداشت و حکم به تجویز قراردادهای مشارکت در تولید داد؟ به بیان دیگر، مفهوم مخالف عبارت "بدون انتقال مالکیت نفت و گاز موجود در مخازن"، بلامانع بودن انتقال مالکیت نفت و گاز خارج از مخزن و در نتیجه تجویز قرارداد مشارکت در تولید است؟ این موضوع خود نیازمند بررسی حقوقی و اصول فقهی تفصیلی جداگانه‌ای است که برای عدم خروج از موضوع مقاله بیش از این بدان نمی‌پردازیم.

۳-۳. محدودیت‌های عملی و اجرایی

مالکیت شرکت سرمایه‌گذار بر تأسیسات حوزه بالادستی نفت،

می‌تواند موجب بروز مشکلات و دشواری‌های اجرایی مساله‌سازی گردد. به طور مثال، احتمال توقف کار بهره‌برداری، بنا بر دلایل واهی یا سیاسی با ادعای غیرواقعی مبنی بر وجود نقایص فنی و عملیاتی بر طبق اراده شرکت سرمایه‌گذار، قابل پیش‌بینی و وقوع است. کشوری که مبانی اصلی شریان اقتصادی‌اش بر درآمدهای این حوزه استوار گردیده است، به یقین، چنین خطری را به سادگی پذیرا نمی‌شود. واگذاری مدیریت بهره‌برداری نفت و گاز به یک شرکت خصوصی برای کشوری که درآمد عمده ملی‌اش فروش نفت یا گاز است، می‌تواند توأم با خطراتی همچون اخلاف در درآمد ارزی کشور صاحب مخزن باشد و اقدام به این کار مستلزم وجود بازوهای اجرایی و نظارتی فوق‌العاده دقیق و قوی جهت ممانعت از بروز این قبیل مشکلات می‌باشد. شاید همین واقعیت عملی و اجرایی باعث ممنوعیت انعقاد قراردادهای امتیازی و مشارکت در تولید، در کشورهای تولیدکننده عمده نفت و گاز جهان شده است.

جمع‌بندی و ملاحظات

به کارگیری قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری در حوزه بالادستی صنعت نفت در حقوق ایران با ممنوعیت‌های قواعد بالادستی از قبیل اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی و بند ب ماده ۱۲۹ قانون برنامه پنجم توسعه روبروست. از سوی دیگر، از آنجا که در این قراردادها بخش بهره‌برداری برای سرمایه‌گذار پیش‌بینی گردیده است، بنابراین این بخش به لحاظ داشتن مفهوم مالکیت موقت در ذات و ماهیت خود، در تعارض با قواعد حاکم بر فعالیت‌های بالادستی نفت قرار می‌گیرد، چراکه منجر به بروز دو فرض می‌گردد. یک فرض اینکه؛ سرمایه‌گذار برای مدت مشخص، کل تولیدات را به منظور بازگشت سرمایه و سود، تملک نماید که مخالف نص اصل ۸۱ قانون اساسی است. فرض دوم آنکه؛ سرمایه‌گذار برای مدت زمان مشخصی، درصدی از تولیدات را به منظور بازگشت سرمایه و سود تملک کند که نص ماده ۱۲۹ آن را بر نمی‌تابد. مضاف بر آن باید توجه داشت، این بخش از قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) در زمره‌ی خصایص اساسی این قبیل قراردادها شناخته می‌شود و

امکان انحراف از آن وجود ندارد.

از سوی دیگر، ماده ۴ قانون اساسنامه قانونی شرکت ملی نفت مصوب ۱۳۵۶ نیز [۴۹]، تمامی فعالیت‌های حوزه بالادستی را انحصاراً در قلمرو فعالیت شرکت ملی نفت ایران که یک شرکت کاملاً دولتی است قرار می‌دهد [۵۰]. این شرکت برای وصول به مقاصد مندرج در موضوع شرکت و انجام عملیات مقرر طی ماده ۵ قانون اجازه یافت تا به تأسیس شرکت‌های فرعی که سهام آن‌ها کاملاً دولتی باشد، اقدام نماید. ارتباط قوانین مربوط به حوزه بالادستی نفت و گاز کشور با نظم عمومی به اندازه‌ای است که جای ذره‌ای تأمل در امره بودن آن‌ها باقی نمی‌گذارد. با عنایت به این نکته که ماده مزبور در زمره قوانین امره قرار دارد، قانونگذار، اقدام معارض با آن را برنمی‌تابد. پس، از این منظر نیز انعقاد قراردادهایی از این قبیل در فعالیت‌های بالادستی با قواعد امره قانونی موجود در ایران همخوانی ندارد.

بند ب ماده ۱۲۹ قانون برنامه پنجم توسعه نیز مالکیت بخش غیردولتی بر نفت و گاز تولیدی را منع نموده است. و اتکا بر مفهوم مخالف جزء ۳ بند ت ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب سال ۱۳۹۱ در برابر این منطوق صریح محل تردید است. بنابراین از آنجاییکه طبق تحلیل و استدلال‌های مقدم‌الذکر، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، حداقل انتقال مالکیت بخشی از نفت و گاز تولیدی را برای میان‌مدت و بلندمدت، در ذات خود دارد، انعقاد این نوع قراردادهای با احکام اخیرالذکر قانونگذار منافات داشته و با محدودیت قانونی در بخش بالادستی روبه‌رو است.

پی‌نوشت

۱. Build-operate- transfer.
۲. Production Sharing Agreements (PSA).
۳. Handley, Paul, a Critical view of the build-operate- transfer privation process in ASIA, ASIA Journal of Public Administration Vol1۹, No.۲, December ۱۹۹۷, p۲۰۳.
۴. User- pays principle.
۵. World Bank, Infrastructure Development in East Asia and the Pacific (Washington DC: World Bank, ۱۹۹۵), p۱.

۶. یک پیچیدگی خاص در BOT روش‌های تأمین مالی پروژه‌ای آنها است که به نوبه خود متضمن تسلط بر تکنیک‌های مدیریت ریسک می‌باشد که در کشورهای درحال توسعه ناکافی است. به همین دلیل بانک‌ها به نحو فزاینده‌ای از تأمین مالی این پروژه‌ها واهمه دارند و سهم عمده مالی از طریق موسسات اعتباری صادرات دولت خارجی و شرکت‌های سرمایه‌گذاری خارجی ایشان تأمین می‌گردد. به نقل از: Handley, Paul, Op.cit., p ۲۰۵. این نکته ابهام و پرسشی را به ذهن متبادر می‌کند: آیا BOT برقراری تأمین مالی دولت به دولت دیگر است؟ در واقع به بیان دیگر، هدف اصلی یک طرف در BOT به جای توسعه و مدیریت تأسیسات زیرساختی دستیابی به بازار فروش ابزار و خدمات برای درازمدت است؟

۷. شیروی، دکتر عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، انتشارات دانشگاه تهران پردیس قم، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۱۲؛ صابر، دکتر محمدرضا، بیع متقابل در بخش بالادستی نفت و گاز، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲.

۸. به طور مثال: ساخت، بهره‌برداری، مالکیت (BOO): Build- Own- Operate. در این نوع قرارداد، کنسرسیوم (یا شرکت) مسئول ساخت و بهره‌برداری از پروژه است بدون آنکه تکلیفی به انتقال پروژه ساخته شده به دولت داشته باشد؛ یعنی مالکیت در اختیار کنسرسیوم باقی می‌ماند. ساخت، اجاره، انتقال (BLT): Build- Lease- Transfer. کنسرسیوم (یا شرکت) بعد از ساخت، پروژه را تملک کرده و برای مدت معینی در مقابل مبلغی به دولت یا بخش خصوصی اجاره می‌دهد و پس از سپری شدن مدت مزبور آن را مجاناً به دولت تملیک می‌نماید. در این روش، بازگشت اصل سرمایه و سود خدمات و سود سرمایه سرمایه‌گذار از طریق اخذ اجاره‌بها از دولت، به شرکت یا موسسه سرمایه‌گذار مسترد می‌گردد. ساخت، اجاره، بهره‌برداری (BLO) در این نوع از قرارداد، کنسرسیوم (یا شرکت سرمایه‌گذار) بعد از

ساخت، پروژه را تملک کرده و برای مدت معینی در مقابل مبلغی به دولت یا بخش خصوصی اجازه می دهد و پس از سپری شدن مدت مزبور آن را به طور مجانی بهره برداری می نماید. احیاء، بهره برداری، انتقال (ROT)؛ در این روش، تأسیسات یا پروژه ای که وجود دارد جهت بازسازی به بخش خصوصی واگذار می گردد و بخش خصوصی در ازای بازسازی برای مدت معینی از آن بهره برداری می نماید. سپس آن را به دولت منتقل می کند. احیاء، بهره برداری، مالکیت (ROO)؛ طبق این روش قراردادی، تأسیسات یا پروژه ای که وجود دارد جهت بازسازی به بخش خصوصی واگذار می گردد و بخش خصوصی در ازای بازسازی تحت شرایط قراردادی از آن بهره برداری می نماید. مالکیت برای بخش خصوصی باقی است و انتقال به دولت صورت نمی پذیرد.

۹. Turnkey contract.

۱۰. Product in hand.

۱۱. McCarthy, Cormac- Tiong, Robert, Financial and contractual aspects of build-operate-transfer projects, International Journal Project Management, vol. ۹, no. ۴, ۱۹۹۱, p ۲۲۴.

۱۲. شیروی، دکتر عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری، انتشارات دانشگاه تهران پردیس قم، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۱۰.

۱۳. شیروی، دکتر عبدالحسین، دلایل استفاده از قراردادهای بی.اوتی و نقش دولت در موفقیت این پروژه ها، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۰، ص ۳۱.

۱۴. شیروی، دکتر عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری، پیشین، صص ۱۳-۱۴.

۱۵. یک شرکت بین المللی سهامی تحت عنوان شرکت بین المللی کانال دریایی سوئز تشکیل گردید. سهام این شرکت متعلق به انگلیس، فرانسه مصر و سایر کشورها و موسسات خارجی بود. مدیریت این کانال توسط شرکت مذکور برای ۹۹ سال زیر نظر دولت مصر انجام می شد تا مالکیت پروژه به مصر بازگردد. شرکت در قبال مدیریت مزبور مالیات سالیانه ای به

دولت مصر می پرداخت. به نقل از: رئیس السادات، ملیحه، تامین مالی پروژه به صورت قرارداد BOT، برگرفته از سایت اینترنتی، ص ۲.

۱۶. Public-Private Partnership.

۱۷. صادقی، محسن، بررسی قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، فصلنامه پژوهش نامه بازرگانی، شماره ۳۸، بهار ۱۳۸۵، ص ۱۲۷.

۱۸. Concessionaire.

۱۹. McCarthy, Cormac- Tiong, Robert, op.cit, P ۲۲۶

۲۰. جلیلی، دکتر محمد؛ فلاح شمس، دکتر میرفیض؛ زین الدین، دکتر سیدمصطفی و محمدی ها، سعید، رتبه بندی شیوه های تامین مالی خارجی برای سرمایه گذاری در صنعت نفت جمهوری اسلامی ایران با استفاده از روش تحلیل سلسه مراتبی، فصلنامه مطالعات کمی در مدیریت، ص ۶۴ لازم به ذکر است که نویسندگان مزبور برای ادعای خود دلیل یا ارجاعی ارائه ننمودند.

۲۱. McCarthy, Cormac- Tiong, Robert, op.cit, Pp ۲۲۵- ۲۲۶.

۲۲. صادقی، محسن، پیشین، ص ۱۴۵.

۲۳. Construction, procurement, engineering and finance.

۲۴. EPCF.

۲۵. صادقی، دکتر محسن - گودرزی، حبیب، بررسی قراردادهای بین المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷، ص ۱۷۵.

۲۶. P.S.A.

۲۷. درصدی از نفت تولیدی که بابت جبران هزینه های تولیدهای تولید و اکتشاف به پیمانکار تعلق می گیرد؛ Cost oil.

۲۸. نفت باقیمانده ای که بعد از کسر هزینه های مالیات بر درآمد، بهره مالکانه و نفت هزینه مابین پیمانکار و صاحب مخزن تقسیم می شود؛ profit oil.

۲۹. الماسی، دکتر نجادعلی - حبیبی درگاه، دکتر بهنام، تحلیل ساختار قراردادهای مشارکت در تولید در پروژه های نفتی با تاکید بر پیش نویس قانون نفت کشور عراق، پیشین، ص ۱۳۵.

۳۰. جلیلی، دکتر محمد؛ فلاح شمس، دکتر میرفیض؛ زین الدین، دکتر سیدمصطفی و محمدی‌ها، سعید، پیشین، ص ۶۴.

۳۱. Service contracts.

۳۲. صابر، دکتر محمدرضا، پیشین، ص ۱۰۷.

۳۳. Salari, Mostafa, Comparison of different oil and gas contracts in literature, Montesquieu Bordeaux University, ۲۰۱۰-۲۰۱۱, p ۳۰.

۳۴. در قراردادهای توام با ریسک چنانچه فازهای اکتشاف با توسعه به دنبال هم تعریف شوند-مانند نسل سوم قراردادهای بیع متقابل- بازپرداخت اصل سرمایه، هزینه سرمایه و سود پیمانکار از محصول طرح است و نه دولت. البته بازپرداخت از محصول سرچاه نمی‌باشد.

۳۵. بیع متقابل یکی از اقسام تجارت متقابل می‌باشد.

۳۶. صابر، دکتر محمدرضا، پیشین، صص ۱۰۸-۱۰۹.

۳۷. Non-Capex.

۳۸. خواجهی، علی، بررسی قرارداد توسعه میدان نفتی رمیله در عراق و مقایسه اجمالی آن با قراردادهای بیع متقابل در ایران، مجله اکتشاف و تولید، شماره ۷۶، بهمن ۱۳۸۹، ص ۲۰.

۳۹. Concession.

۴۰. امامی، دکتر محمد- استوار سنگری، دکتر کورش، حقوق اداری، جلد دوم، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۱، ص ۱۳۷.

۴۱. Aronietis, Raimonds- Monteiro, Feliciana- Van de voorde, Eddy and Vanelslander, Thierry, Concessioning in seaports: charging practices, changing market power? ۱۳th wctr, july ۱۱- ۱۵, ۲۰۱۰, Lisbon, Portugal, p۳.

۴۲. صادقی، محسن، پیشین، ص ۱۲۷.

۴۳. ایرانپور، فرهاد، مالکیت و مفهوم آن در قراردادهای نفتی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹، ص ۶۹.

۴۴. در سال ۱۹۵۸ کمیسونی از طرف سازمان ملل متحد برای مطالعه در موضوع «حق حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی» تشکیل گردید. این کمیسیون با صدور قطعنامه در سال ۱۹۶۲، حق حاکمیت دائمی توده‌ها و ملت‌ها روی منابع ثروت طبیعی و لزوم استفاده از آن در راستای منافع ملی و رفاه مردم، به رسمیت شناخته شد. به فاصله کوتاهی پس از آن در سال ۱۹۶۶ طی قطعنامه‌ای بهره‌برداری از منابع طبیعی هر کشور همواره مشمول قوانین و مقررات همان کشور دانسته شد. به نقل از: موحّد، دکتر محمدعلی، نفت ما و مسائل حقوقی آن، انتشارات خوارزمی، چاپ سوم، ۱۳۵۷، صص ۱۰۸-۱۰۹.

۴۵. شیروی، دکتر عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، پیشین، ص ۱۶۲.

۴۶. اصل ۴۴ - نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار 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 اینها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. بخش خصوصی شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات می‌شود که مکمل فعالیتهای اقتصادی دولتی و تعاونی است. مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند.

۴۷. قانون اساسنامه شرکت نفت با توجه به نص صریح ماده ۶۶ آن، دال بر امکان نسخ به موجب قانون دیگر به صرف نسخ صریح مقررات اساسنامه، همچنان معتبر می‌باشد، چراکه تاکنون نسخ صریح قانون و مقررات مزبور محقق نگردیده

است. قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ در ماده ۱۲ خود تنها قوانین مغایر را ملغی نموده، لذا قانون اساسنامه شرکت ملی نفت ایران برجای خود باقی است.

۴۸. ماده ۴ قانون محاسبات عمومی، شرکت‌های دولتی را شرکت‌هایی که بیش از ۵۰ درصد آن متعلق به دولت باشد، می‌داند. ماده ۴ قانون خدمات کشوری نیز شرکت دولتی را بنگاه اقتصادی تعریف می‌نماید که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت بموجب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از پنجاه درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، موسسات و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده، مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن‌ها منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد، شرکت دولتی است. ماده ۵ قانون اساسنامه قانونی شرکت ملی نفت مصوب ۱۳۵۶ به صراحت شرکت‌های کاملاً دولتی را برای اجرای عملیات حوزه بالادستی نفت مورد تصریح قرار می‌دهد.

منابع

امامی، محمد، استوار سنگری، دکتر کورش، حقوق اداری، جلد دوم، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۱. ایرانبور، فرهاد، «مالکیت و مفهوم آن در قراردادهای نفتی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹. جلیلی، محمد؛ فلاح شمس، میرفیض؛ زین الدین، سیدمصطفی و سعید محمدی‌ها، «رتبه‌بندی شیوه‌های تأمین مالی خارجی برای سرمایه‌گذاری در صنعت نفت جمهوری اسلامی ایران با استفاده از روش تحلیل سلسه مراتبی»، فصلنامه مطالعات کمی در مدیریت. خواجوی، علی، «بررسی قرارداد توسعه میدان نفتی رمیله در عراق و مقایسه اجمالی آن با قراردادهای بیع متقابل در ایران»، مجله اکتشاف و تولید، شماره ۷۶، بهمن ۱۳۸۹.

شیروی، دکتر عبدالحسین، «دلایل استفاده از قراردادهای بی‌اوتی و نقش دولت در موفقیت این پروژه‌ها»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۰.

شیروی، دکتر عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، انتشارات دانشگاه تهران پردیس قم، چاپ اول، ۱۳۸۴.

شیروی، عبدالحسین - ابراهیمی، سید نصراله؛ مترجم: مجتبی اصغریان، «اکتشاف و توسعه میادین نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۸. صابر، محمدرضا، بیع متقابل در بخش بالادستی نفت و گاز، انتشارات دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۹.

صادقی، محسن - حبیب‌گودرزی، «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷.

صادقی، محسن، «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۳۸، بهار ۱۳۸۵.

الماسی، نجادعلی - حبیبی درگاه، دکتر بهنام، تحلیل ساختار قراردادهای مشارکت در تولید در پروژه‌های نفتی با تأکید بر پیش نویس قانون نفت کشور عراق، اولین همایش حقوق انرژی، زیرنظر دکتر الهام امین‌زاده، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۹. موحد، محمدعلی، نفت ما و مسائل حقوقی آن، انتشارات خوارزمی، چاپ سوم، ۱۳۵۷.

Aronietis, Raimonds- Monteiro, Feliciano- Van de Voorde, Eddy and Vanelander, Thierry, Concessioning in seaports: charging practices, changing market power? ۱۲th Wctr, July ۱۱-۱۵ ۲۰۱۰, Lisbon, Portugal.

Handley, Paul, "A Critical View of the Build-Operate- Transfer Privation Process in ASIA", ASIA Journal of Public Administration Vol, ۱۹, No.۲, December, ۱۹۹۷.

Salari, Mostafa, Comparison Different Oil and Gas Contracts in Literature, *Montesquieu Bordeaux University*, ۲۰۱۰-۲۰۱۱.

World Bank, Infrastructure Development In East Asia and the Pacific (Washington DC: World Bank, ۱۹۹۵.

MaCarthy, Cormac- Tiong, Robert, "Financial and Contractual Aspects of Build-Operate- Transfer Projects", *International Journal Project Management*, vol.۹, no.۴, ۱۹۹۱.

