

اصول حقوقی عمومی حاکم بر قراردادهای مهندسی، تامین کالا، خدمات و ساخت در صنعت نفت و گاز ایران^۱

فرزاد مسعودی^۲

سید نصرالله ابراهیمی^۳

مصطفی ماندگار^۴

مسعود رضا رنجبر صحرائی^۵

چکیده

قراردادهای مهندسی، تامین کالا، خدمات و ساخت (EPC) به عنوان قراردادی با مبانی خارجی وارد حوزه حقوقی کشور ایران گردیده و جهت بومی سازی این قرارداد، شاخصه های متغیری نظیر امور سیاسی، حقوقی و اقتصادی باید مورد توجه قرار گیرد. این قراردادها در حوزه طرح و ساخت یکی از شایع ترین و کاربردی ترین قراردادهای حال حاضر دنیا می باشد. با وجود این، قراردادهای مدنظر دارای اصول حقوقی است که تبعیت از آن الزام آور بوده و موجب می گردد تا نظریه، عقد معین بودن این قراردادها، تقویت شده و از سایه ماده ۱۰ قانون مدنی خارج گردد. چه اینکه قوانین، آیین نامه ها، بخش نامه ها و قراردادهای همسان متعددی در این زمینه وجود دارد که می تواند خالق اصول حقوقی حاکم بر این قراردادها باشد. مقاله حاضر علاوه بر تعریف این قراردادها، درصدد شناسایی و ایجاد اصول حقوقی در قراردادهای مهندسی، تامین کالا، خدمات و ساخت در صنعت نفت و گاز ایران می باشد.

واژگان کلیدی: اصول حقوقی، بیمه، حاکمیت، زیست محیطی، ضمانت

نامه ها، مالکیت، مفهوم EPC.

۱- تاریخ دریافت مقاله ۱۳۹۹/۰۶/۲۴، تاریخ پذیرش مقاله ۱۳۹۹/۱۰/۲۴

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، شیراز، ایران.

۳- دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران، نویسنده مسئول:

snebrahimi@ut.ac.ir

۴- استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، شیراز، ایران.

۵- استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، شیراز، ایران.

درآمد

امروزه استفاده از قراردادهای مهندسی، تامین کالا و ساخت در اغلب کشورهای جهان رایج بوده و این مهم در پروژه های صنعتی و غیرصنعتی کشور ایران نیز مورد استفاده قرار می گیرد. به همین جهت اغلب نویسندگان بر این باورند که قراردادهای فوق نقش قابل توجهی در پروژه های زیربنایی و عظیم در اکثر کشورها بازی می کند (Picha, 2015: 398). اصول^۱ و قواعد^۲ حقوقی حاکم بر قراردادهای مهندسی، تامین کالا و ساخت^۳ صنعت نفت و گاز ایران می تواند عمومی باشد و یا اختصاصی. برخی از این اصول و قواعد واجد جنبه قانونی اند و برخی دیگر نیز حاوی جنبه قراردادی. ایجاد و ساختن اصول و قواعد حقوقی حاکم بر این قراردادها علی القاعده از روح قوانین، مقررات، عرف های قراردادی، نمونه قراردادهای همسان داخلی و یا قرارداد نمونه فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور (فیدیک)^۴ استخراج می گردد. شایان توجه است که شناسایی اصول حقوقی اعم از اختصاصی و یا عمومی در مقاله حاضر حالت انتزاعی نداشته و به سبب کثرت استعمال آن در حوزه ساخت و سازهای صنعتی و با مراجعه به قوانین، دستور العمل ها، آیین نامه ها، قراردادهای همسان داخلی و خارجی مورد استنتاج قرار گرفته است. در حوزه داخلی وزارت نفت^۵ و سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور^۶ و در سطح بین المللی، فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور اقدام به تهیه نمونه قراردادهای EPC نموده اند.

از نظر کاربردی باید گفت که این قرارداد در کلیه عملیات نفتی مورد استفاده

1- Principles.

2- Rules.

3- Engineering, Procurement and Construction Contract (EPC).

4- Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.

۵- «موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان های مهندسی، تامین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب (EPC) اختصاصی صنعت نفت»، معاونت مهندسی، پژوهش و فناوری وزارت نفت جمهوری اسلامی ایران، شماره ۹۶/۱۲۸۹۲۳ مورخ ۹۶/۳/۲۲. ۱۳۹۶

۶- «موافقتنامه، پیوست ها، شرایط عمومی و شرایط خصوص پیمان های مهندسی، تامین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب به صورت توام (EPC) برای کارهای صنعتی»، شماره ۵۴/۷۱۰۵-۵۴/۱۸۹۲۹ مورخ ۱۰۵/۱۱/۱۴، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، نشریه شماره ۵۴۹۰.

قرار می‌گیرد. قانونگذار در ماده یک قانون اصلاح قانون نفت مصوب ۱۳۹۰/۴/۱، عملیات بالادستی^۱ و پایین دستی^۲ را مورد شناسایی و اقدام به تعریف آن نموده است. لذا اصول حقوقی شناسایی شده در هر دو زمینه عملیات بالادستی و پایین دستی قراردادهای نفتی اعمال شده و از زمان تولد (مذاکره و انعقاد) تا مرگ (خاتمه) قرارداد EPC را در بر می‌گیرد.

نگارندگان، پس از بیان تعریف قراردادهای موضوع بحث و اصول حقوقی، سعی در پاسخ به این پرسش‌ها دارند که قراردادهای مهندسی، تامین کالا و ساخت صنعت نفت و گاز ایران حاوی اصول حقوقی می‌باشند؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا می‌توان نوید یک عقد معین نوپا و جدید را در حقوق ایران داد؟ جهت سهولت در نوشتار مزبور از این پس به جای عبارت «قراردادهای مهندسی، تامین کالا، خدمات و ساخت» از عبارت قرارداد EPC استفاده می‌گردد.

۱. تعریف قرارداد مهندسی، تامین کالا، خدمات و ساخت و اصول حقوقی

۱-۱. تعریف قراردادهای مهندسی، تامین کالا، خدمات و ساخت

در تعریف این قرارداد آمده است یک قرارداد با قیمت ثابت، با گستره وسیع معطوف به احداث؛ نوعاً مورد استفاده در پروژه‌هایی با هدف واحد مانند واحدهای انرژی، که به موجب آن پیمانکار تعهدات وسیعی را می‌پذیرد که مشتمل بر وظایف طراحی، مهندسی، تدارکات، احداث واحد تولیدی و دستورالعمل‌ها، راه اندازی با آزمایشات بهره‌برداری کارخانه، تدوین دستورالعمل‌های بهره‌برداری و نهایتاً آموزش افراد به منظور بهره‌برداری و راه اندازی کارخانه می‌باشد. اختصاراً به این قرارداد، EPC یا قراردادهای کلید در دست می‌گویند (Garner, 2009: 344). همچنین گفته شده است در این قراردادها، پیمانکار مسئولیت طراحی، مهندسی، تدارکات کالا و تجهیزات، ساخت و نصب و راه اندازی را بر عهده می‌گیرد. در این روش کارفرما مهندسی پایه را انجام داده و مهندسی تفصیلی و سایر فعالیت‌های اجرایی از جمله خرید تجهیزات و کالاهای لازم به پیمانکار محول می‌گردد. (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۰۲).

1- Upstream Operations.

2- Downstream Operations.

قانونگذار در بند ۵ ماده ۱ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات مصوب ۱۳۹۸/۲/۱۵ مجلس شورای اسلامی در تعریف قرارداد فوق مقرر می‌دارد: «پیمانکار طراحی و ساخت به پیمانکاری اطلاق می‌شود که مسؤلیت انجام خدمات طراحی تفصیلی و اجرائی، طراحی مهندسی یا مهندسی فرآیند، تولید، تهیه و تأمین کالا و تجهیزات، عملیات اجرائی و نصب و راه‌اندازی و مدیریت انجام این فعالیت‌ها در یک طرح (پروژه) را بر عهده دارد». فارغ از اینکه این تعریف بیشتر ناظر به وظایف پیمانکار EPC می‌باشد نه تعریف خود قرارداد، ولی می‌توان با اغماض برخی از ارکان تعریف را از آن استخراج نمود.

۲-۱. شناسایی اصول حقوقی

اصول قراردادهای EPC اصولی است که تنها حاکم بر این قراردادها بوده و هیچ الزامی به استفاده از آنها در سایر قراردادها اعم از سنتی و یا نوین مانند عقود بیع و اجاره و یا قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی نیست. این اصول منصرف از اصول مربوط به قواعد عمومی قراردادها مانند اصل حاکمیت اراده، اصل لزوم قراردادها، اصل حسن نیت، اصل نسبی بودن قراردادها و غیره می‌باشد. بنابراین می‌توان گفت قواعد عمومی قراردادها به عنوان اصول و قواعدی عام در کلیه قراردادها مورد استفاده طرفین قرار می‌گیرد اعم از اینکه طرفین آن اشخاص عمومی باشند یا خصوصی و یا مختلطی از هر دو؛ یا موضوع قرارداد مربوط به حوزه ساخت و ساز باشد یا حوزه نفت و گاز. در مقابل با توجه به اینکه کلیه قراردادهای طرح و ساخت از الگوی قراردادهای EPC تبعیت می‌نمایند اعم از اینکه در حوزه طرح و ساخت صنعتی باشند یا غیر صنعتی؛ علاوه بر تبعیت از اصول و قواعد عمومی قراردادها، خود نیز دارای اصول عمومی و خصوصی می‌باشند. لذا بررسی این قراردادها حکایت از وجود مشترکات و مختصات حقوقی بین آنها دارد. مقاله حاضر تنها به بیان و تفسیر حقوقی اصول برخاسته از این مشترکات بین حوزه‌های مختلف قراردادهای طرح و ساخت نفتی یا غیر نفتی دارد. به عنوان مثال وجود ضمانت نامه‌های مختلف، بیمه‌های صنعتی متعدد برای جبران ریسک‌های احتمالی به طور حتم باید در کلیه قراردادهای EPC مورد پیش‌بینی قرار گیرند در حالی که ضرورتی به وجود آنها در سایر قراردادها نیست.

لازم به ذکر است که اصول غیر حقوقی مانند اصول فنی یا اقتصادی و غیره موجود در قراردادهای EPC صنعت نفت و گاز به سبب خروج موضوعی منصرف از موضوع مقاله بوده و مورد بررسی قرار نگرفته است.

در قوانین و رویه قضایی ما، هیچ تعریفی از اصول حقوقی ارائه نشده و می‌بایست برای فهم این موضوع به نظریه پردازان علوم انسانی و دانشمندان حقوق مراجعه نمود. فایده مراجعه به رویه قضایی و دکتترین حقوقی آن است که گاه سازنده اصول و قواعد حقوقی می‌شوند و گاه موجب احراز اصول و قواعد کشف شده قبلی. در حقوق هر کشور به تدریج از جمع بین عادات، سنن، عرف‌های پذیرفته شده، نمونه قرارداد EPC ارائه شده توسط فیدیک، سازمان برنامه و بودجه و وزارت نفت و به مرور زمان با انعقاد این قراردادها، قواعد عقلی اصولی فراهم آمده که مورد احترام حقوقدانان است به طوری که در تفسیر قوانین و قراردادها از آن الهام می‌گیرند و هر جا که از یافتن حکم خاص در قانون ناامید می‌شوند زیر عنوان‌های «روح قانون» و گاه «اصول کلی حقوقی» از آنها استفاده می‌کنند (کاتوزیان، جلد سوم، ۱۳۹۰: ۱۴۹ - ۱۵۰).

نظر به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی، اصول حقوقی یکی از منابع پذیرفته شده حقوق محسوب شده و از این حیث، شناسایی و استنتاج اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای EPC، امری ضروری است.

مؤید این ادعا وجود اختلافات حقوقی متعدد بین طرفین قراردادهای EPC در محاکم کشور می‌باشد که بخش اعظم این اختلافات ناشی از تخصصی و پیچیده بودن این قراردادها، عدم شناسایی و احراز اصول و قواعد عمومی و اختصاصی مربوط به این قراردادها می‌باشد. بنابراین، نظر به ضرورت شناسایی اصول حقوقی در این قراردادها، به تعریف آن می‌پردازیم.

اصول جمع واژه اصل بوده و دارای معانی مختلفی می‌باشد. اصول^۱ به هر آن چیزی گفته می‌شود که تصور فرع برای آن درست باشد، یا بتوان فرعی را بر آن قیاس کرد. همچنین در تعریف اصول آمده است «در اصول بر خلاف امارات،

1- Principales.

کشف و حکایتی وجود ندارد بلکه صرفاً برای رفع حیرت بندگان و تعیین تکلیف موقت، از ناحیه شارع تعبداً معتبر شناخته شده‌اند و بیش از این اعتباری ندارند» (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۰). در تعریفی دیگر که به طور خاص از اصول حقوقی بیان شده است «اصول حقوقی، اصول کلی و دایمی هستند که منشا وضع چند قاعده جزئی و نماینده ارزش‌های حقوقی حاکم بر جامعه به شمار می‌آیند» (صادقی، ۱۳۸۴: ۲۰۲). همچنین در تعریف دیگر آمده است که «اصول حقوقی ماهیتی جدای از سایر قواعد ندارد؛ قاعده‌ای است کلی که گروهی از روابط حقوقی را در برمی‌گیرد و منبع چندین قاعده جزئی است» (کاتوزیان، جلد دوم، ۱۳۹۰: ۶۲۹). از منظر ژان بولانژه اصل حقوقی، عبارت است از ایده اصلی که مجموعه مواد قانونی حول آن ارایه می‌شود. به تعبیر دیگر اصل حقوقی، نظم خاصی است که بر اساس آن قواعد حقوق شکل می‌گیرد (بولانژه، ۱۳۷۶: ۹۳).

علت بررسی اصول حقوقی را باید در پیچیدگی روابط اجتماعی و تنوع عواطف و احساسات انسان دانست. چه اینکه قانونگذار نمی‌تواند تمام روابط پیچیده و گوناگون اجتماعی را پیش‌بینی نموده و برای همه آنها حکمی روشن و قاطع بیاورد (کاتوزیان، جلد سوم، ۱۳۹۰: ۲۴۰). به سخن دیگر، اصول حقوقی دارای این توانایی است که دادگاه‌ها را به سوی نتایج متفاوت هدایت نماید و پاسخ‌های متضادی پیش روی قضات قرار دهد. قاضی باید در مقام صدور رأی پاسخی متضاد را در نظر گرفته، راه‌های نامتناسب را حذف نماید و سپس از میان موارد باقیمانده، پاسخی را که از لحاظ اخلاقی و متناسب با وضعیت موجود باشد، انتخاب کند (مولایی، ۱۳۹۷: ص ۴۳۰).

۲. اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای EPC صنعت نفت و گاز ایران

با توجه به مقدمات پیش‌گفته، اصول حقوقی قراردادهای EPC صنعت نفت و گاز ایران که مشترک با سایر قراردادهای EPC صنعتی غیر نفتی می‌باشد مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

۲-۱. اصل اعمال حاکمیت و مالکیت دولت در قراردادهای EPC

۲-۱-۱. اعمال حاکمیت دولت بر منابع نفت و گاز

طبق اصل حاکمیت ملی دولت‌ها بر منابع نفت و گاز موجود در قلمرو خود، حق اکتشاف، توسعه، بهره‌برداری و فروش آن را دارند. برخی از نویسندگان معتقدند که مبنای حق حاکمیت، اصل مالکیت بوده و چون دولت‌ها مالک منابع نفتی می‌باشند می‌توانند قراردادهای نفتی را به صورت یک جانبه لغو نمایند (درخشان، ۱۳۹۲: ۸۴). به نظر می‌رسد که استدلال فوق به دلایل ذیل نادرست باشد. اولاً حاکمیت مبنای خود را از مالکیت اخذ نمی‌نماید و به همین سبب نمی‌تواند آن را از آثار مالکیت دانست. مالکیت یک رابطه اعتباری است که قانونگذار آن را به رسمیت شناخته و اصل قانونگذاری نیز از آثار حاکمیت است، ثانیاً اگر پذیرفته شود که حاکمیت از آثار مالکیت است در این صورت چه نیازی به شناسایی حاکمیت دولت‌ها بر منابع طبیعی علی‌الخصوص نفت و گاز می‌باشد؟ نخستین بار «حق حاکمیت دائمی بر ثروت‌ها و منابع طبیعی» در سال ۱۹۵۲ توسط نماینده شیلی در جریان مذاکرات مربوط به «میثاق حقوق بشر» مطرح شد (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۸۲).

نخستین قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد در مورد بهره‌برداری از منابع طبیعی در ۱۲ ژانویه ۱۹۵۲ و دومین آن در ۲۱ دسامبر ۱۹۵۲ صادر شد (امانی، ۱۳۹۱: ۱۶۶). مجمع عمومی سازمان ملل متحد در قطعنامه شماره ۶۲۶ که در ۲۱ دسامبر ۱۹۵۲ در خصوص اصل فوق صادر نمود اعلام کرد که «باید به خاطر داشته باشیم که حق مردم در استفاده و بهره‌برداری آزادانه از ثروت‌ها و منابع طبیعی خودشان بخش لاینفک حاکمیت بوده و مطابق با اهداف و اصول منشور ملل متحد است». لذا موضوعات فوق مبین آن است که هر کشوری نه تنها در استفاده از منابع طبیعی خود آزاد است بلکه در استفاده و بهره‌برداری از این ثروت‌های خدادادی بر هر شخص دیگری مقدم بوده و هیچ کشوری در این خصوص بر او برتری ندارد (Jaimes, 2015: 29).

ناگفته پیداست که تکرار و مداومت حق حاکمیت بر منابع طبیعی در اسناد متعدد و از جمله معاهدات بین‌المللی حکایت از پذیرش این اصل در حقوق بین‌الملل داشته و نظر به اوضاع و احوال حاکم بر تصویب قطعنامه‌های فوق

می بایست قطعنامه های صادره را، عصاره و نتیجه وضع موجود در حقوق بین الملل دانست (موحد، ۱۳۹۳: ۱۰۰) و تصویب آن را به مثابه تدوین اصول حقوق موضوعه و حتی عرف بین المللی که از منابع الزام آور حقوق بین الملل می باشد، تلقی نمود (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۸۹).

اصل حاکمیت بر منابع نفت و گاز در بند ۱۷ ماده ۱ قانون اصلاح قانون نفت مصوب ۱۳۹۰ مجلس شورای اسلامی مورد تعریف قرار گرفته است که از آن به اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی از طرف جمهوری اسلامی ایران بر منابع نفتی و سیاستگذاری، برنامه ریزی، هدایت و راهبری و نظارت عالی بر اقدامات اجرائی در صنعت نفت و پتروشیمی اعم از عملیات بالادستی و پایین دستی تعبیر شده است. در نتیجه باید گفت که حق حاکمیت از دوام برخوردار بوده و تجزیه پذیر نبوده و قابل انتقال به غیر نمی باشد. لذا در قراردادهای EPC امکان واگذاری تمام یا بخشی از این حق را نمی توان به پیمانکار واگذار نمود. به عنوان نتیجه این بحث باید گفت که اولاً در صورتی که هر قرارداد نفتی و گازی ولو قراردادهای EPC، حق حاکمیت کشور ایران را بر منابع نفتی آن محدود یا سلب نماید فاقد اثر بوده و از این رو کشورها می توانند در این صورت منابع نفت و گاز خود را ملی نموده و عمل آنان نیز خلاف قوانین بین المللی محسوب نمی شود. ثانیاً قراردادهایی که با رضایت طرفین و در فرآیند متعارف سرمایه گذاری و از طریق مذاکرات چندچانه مورد توافق قرار گرفته باشد علی القاعده بین طرفین لازم الاجراست و یکی از طرفین نمی تواند به استناد حق حاکمیت بر منابع طبیعی از تعهدات قراردادی خود شانه خالی کند. با وجود این، شرط ثبات تعدیلی^۱ در قراردادهای EPC را باید استثناء وارد بر اصل حاکمیت بر منابع طبیعی قلمداد نمود. موید این ادعا، پذیرش شرط فوق در برخی از آرای داوری جهت تحدید حاکمیت می باشد (محبی، ۱۳۹۳: ۹۷). دیوان داوری بین المللی در حوزه ملی سازی منافع شرکت های خارجی اقدام به تعریف شرط فوق نموده و مقرر می دارد که «دولت میزبان تمام اقدامات ضروری برای تضمین بهره مندی شرکت از حقوق اعطا شده توسط این امتیاز و عدم نقض حقوق قرارداد پیش بینی شده در این امتیاز را اتخاذ کند، مگر با توافق طرفین» (Bernardini, 2008: 100). منظور از شرط

1- Stabilization Clause.

ثبات تعهدی است که دولت میزبان ضمن قرارداد نفتی متعهد می‌شود که در طول مدت اجرای قرارداد حق هرگونه تغییر یک جانبه قرارداد و یا فسخ یک طرفه آن را خارج از ضوابط و شروط توافقات فیما بین نداشته باشد. این شروط قراردادی تحت عنوان «شرط ثبات» شناخته می‌شوند که طبق آن شرایط قانونی حاکم بر قرارداد ثابت نگه داشته می‌شود تا قوانین بعدی نتواند شرایط قرارداد و اقتصاد حاکم بر آن خصوصاً موضوعات سرمایه‌گذاری را تحت تأثیر قرار دهد. شرط ثبات را می‌توان به سه دسته تقسیم نمود. دسته اول حاوی شرط ثبات ممنوع کننده است که کشور میزبان را از هرگونه حق قانونگذاری مغایر با مفاد قرارداد ممنوع می‌نماید. دسته دوم شرط ثبات مشروط است. یعنی کشور میزبان می‌تواند قوانین و مقرراتی را تصویب نماید که مغایر با مفاد قرارداد منعقد شده باشد مشروط بر این که قوانین جدید قابلیت اعمال بر قرارداد منعقد را ندارد. دسته سوم که امروزه در قراردادهای نفتی مورد استفاده قرار می‌گیرد، شرط ثبات تعدیلی است که در صورت تغییر قوانین و ایجاد اثر منفی بر مفاد اقتصادی قرارداد، طرف دولتی باید آثار منفی ایجاد شده را از طریق تعدیل شرایط قراردادی با شرط پیش بینی در قرارداد جبران نماید (Abebe, 2008: 11). به همین دلیل، ماده ۳۶ قرارداد EPC اختصاصی صنعت نفت تغییرات در مبلغ پیمان و برخی از تعهدات طرفین را پیش بینی نموده است. در نتیجه باید گفت که شرط ثبات تعدیلی به شرح بالا، استثناء بر اصل حاکمیت بر منابع طبیعی بوده و دریافت زیان آن از سوی پیمانکار مشروط به درج چنین موضوعی در قرارداد می‌باشد.

۲-۱-۲. اعمال مالکیت دولت بر منابع نفت و گاز

مالکیت بر منابع طبیعی یکی از مهمترین مباحث حقوق نفت و گاز محسوب می‌شود. تنها دولت‌ها حق اکتشاف، توسعه، بهره‌برداری و فروش منابع طبیعی موجود در قلمرو خود را دارا بوده و این حق را باید شعبه‌ای از حق حاکمیت دولت بر تمام قلمرو خود تلقی نمود (Subadi, 2007: 23). مالکیت دولت بر منابع نفت و گاز را نه تنها باید ناظر بر منابع موجود در مرزهای خشکی یک کشور، بلکه به منابع موجود در فراساحل تا فلات قاره و منطقه انحصاری اقتصادی نیز گسترش داد؛ با

این توضیح که مناطق فوق جزء قلمرو سرزمینی دولت‌ها نیستند. در حقوق کامن لا بر مبنای دکترین مطلق^۱، حق مالکیت مالک زمین در تمام جهات از زیر زمین تا آسمان هفتم شامل هر نوع مواد معدنی سفت یا سخت را در بر می‌گیرد ولی شامل نفت و گاز نمی‌شود. این قاعده در نظام حقوقی ایران در ماده ۳۸ قانون مدنی مورد پذیرش و مبنای آن از فقه امامیه اخذ شده و مالکیت منابع نفت در فقه امامیه تحت عنوان معادن ظاهری (حلی، ۱۴۰۹: ۷۹۶) و معادن باطنی (العاملی، ۱۴۱۰: ۱۸۸) و استفاده و مالکیت آن نیز مورد بررسی و اختلاف (العاملی، ۱۴۱۱: ۴۶) قرار گرفته است. ماده ۱۶۱ قانون مدنی ایران در خصوص مالکیت معادن ظاهری مقرر می‌دارد به طوری که اگر معدن ظاهری در ملک شخصی باشد، مالکیت معدن نیز به تبع ملک به صاحب زمین تعلق دارد. مجلس قانون‌گذاری ایران در سال ۱۳۱۷، نخستین قانون معدن ایران را وضع کرد که ماده ۲ آن بر اصل تبعیت مالکیت معدن از مالکیت ملک تأکید داشت اما استخراج معادن نفت و مواد نفتی و سنگ‌های قیمتی، به موجب ماده ۳ همین قانون در انحصار دولت قرار گرفت.

اصل ۴۵ قانون اساسی از انفال و ثروت‌های عمومی یاد کرده، اما در هیچ کدام از اصول قانون اساسی کلمه «نفت» و «گاز» به کار نرفته و در اصل فوق نیز به صراحت بیان نشده است که معادن را باید جزء «انفال» دانست یا «ثروت‌های عمومی». برخی از حقوقدانان استدلال نموده‌اند که قانون اساسی بدون وارد شدن به بحث فقهی راجع به مصادیق انفال و اینکه آیا معادن جزء آن است یا نه، حکم کلی را بیان کرده است. از نظر ایشان عبارت «ثروت‌های عمومی» که در بیان انفال آمده است با مصادیق این اصل انطباق ندارد. چه اینکه مصادیقی مانند «اموال مجهول‌المالک» به طور حتم جزء انفال نیست (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۷).

نظر به اینکه در ماده ۲ قانون نفت اصلاحی ۱۳۹۰ چنین بیان شده است که «منابع نفت کشور جزء انفال و ثروت‌های عمومی است»، به نظر می‌رسد که انفال و ثروت‌های عمومی قرینه هم بوده و دارای بار معنایی واحد می‌باشند. همچنین باید افزود که اصل ۴۴ قانون اساسی نیز به این موضوع می‌پردازد. در این اصل «صنایع بزرگ» یا «صنایع مادر» شامل

1- Ad Coelum Doctrine.

صنایع نفت، گاز و پتروشیمی است و «معادن بزرگ» شامل منابع نفت می باشد. لذا از این اصل می توان دو نتیجه گرفت. اول اینکه برخی اموال در مالکیت دولت قرار داشته و دوم اینکه برخی از اموال در مالکیت عموم بوده ولی در اختیار دولت قرار گرفته است. آنچه که موجب ابهام در اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی شده، موضوع مالکیت دولت و یا حکومت اسلامی است. برخی از حقوقدانان معتقدند که معادن نفت و گاز از انفال بوده و در مالکیت حکومت اسلامی و دولت می باشد (امین زاده، ۱۳۹۴: ۴ و حبیبی، ۱۳۸۸: ۵۸). به نظر می رسد که چنین برداشتی از اصول فوق قابل پذیرش نباشد. چه اینکه مذاقه در اصول فوق حاکی از آن است که قانونگذار به هیچ عنوان بحث از مالکیت انفال و ثروت های عمومی نکرده و تنها بیان نموده که معادن در «اختیار» حکومت اسلامی جهت اداره آن می باشد (ایرانپور، ۱۳۸۹: ۶۲). بنابراین عبارت «در اختیار» ظهور در مالکیت نداشته و برعکس نشان می دهد که معادن اعم از نفت و گاز و غیره متعلق به شخص دیگری است که تنها در اختیار حکومت اسلامی قرار دارد (کاشانی، ۱۳۸۹: ۶۳). به همین سبب گفته شده است که این اصل ظهور در حاکمیت دولت دارد نه مالکیت آن (شیروی، ۱۳۹۳: ص ۱۷۲). لذا از مجموع موارد فوق می توان گفت که منابع نفت و گاز متعلق به شخص یا گروه خاصی نیست و این منابع تحت مالکیت عمومی بوده و در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران قرار گرفته و به نفع کشورهای در حال توسعه ای مانند ایران است که مالکیت خود بر منابع زیرزمینی را همواره مورد تاکید قرار دهند (Zhiguo, 1994: 138).

۲-۱-۳: مالکیت دولت و اراضی، تاسیسات و محصولات پروژه

یکی از ویژگی های قراردادهای EPC، موضوع محل یا مکان اجرای پروژه است. از این حیث، پیمانکار قراردادهای EPC برای اجرای پروژه باید محل یا مکانی را در اختیار داشته باشد. به همین سبب کارفرما باید امکان قانونی و عملی در اختیار گرفتن اراضی مورد نیاز برای احداث تاسیسات موقت جنبی و پشتیبانی پیمانکار را در موعد مقرر در برنامه زمانی فراهم نماید. این اصل به عنوان یکی از اصول حاکم بر قراردادهای EPC درآمده و علتش آن است که تحصیل اراضی برای اجرای پروژه جنبه دائمی دارند. این در حالی است که در سایر قراردادهای

خدماتی مانند قراردادهای بیع متقابل تحصیل اراضی و پرداخت قیمت آن به مالکین از جمله وظایف پیمانکاران آن قرارداد می باشد. بنابراین پیمانکاران این قراردادها اعم از اینکه شرکت خارجی باشند یا داخلی، تحت هیچ عنوان مالک اراضی پروژه نمی شوند و از همین رو پیمانکار به هیچ عنوان اصیل تلقی نشده و در حد یک پیمانکار مورد شناسایی قرار می گیرد (2, 2003, bunter). بنابراین هدف از انعقاد قرارداد EPC از سوی شرکت کارفرما با شرکت پیمانکار، انجام یکپارچه امور مربوط به طراحی، تدارک و ساخت پروژه توسط شخص واحد بوده تا کارفرما با کمترین میزان مسئولیت، محصول تولید شده را دریافت نماید. لذا در کلیه قراردادهای EPC، پیمانکار در قبال ارائه خدمات فنی، مهندسی، تدارکات و ساخت، صرفاً حق الزحمه خود را دریافت نموده و نسبت به محصول تولید شده هیچ گونه حق عینی پیدا نمی کند. لذا این قرارداد، ذاتاً جزء قراردادهای مملک نبوده و هیچ سهمی از محصول تولید شده به پیمانکار تعلق نمی گیرد.

گرچه در قراردادهای EPC پیمانکار به نام و از طرف شرکت نفتی دولتی اقدام به اجرای عملیات پروژه خرید تجهیزات، کالا و غیره می نماید (ابراهیمی، ۱۳۸۸: ۲۴۹) ولی مالکیت تأسیسات و تجهیزات به دولت میزبان یا کارفرمای اصلی منتقل می گردد. چه اینکه کلیه تأسیسات و تجهیزات به نام دولت میزبان وارد و نصب شده و هزینه های خرید آنها را دولت ایران پرداخت نموده و بالتبع شرکت پیمانکار هیچ مالکیتی بر تأسیسات پروژه نخواهد داشت.

۲-۲. اصل حداکثر استفاده از الزامات داخلی

یکی از موارد بسیار مهم در قراردادهای نفت و گاز، فناوری محور بودن است. برای به دست آوردن فناوری، قانونگذار ایرانی از میان راه کارهای مختلف، موضوع الزام پیمانکاران به استفاده از الزامات داخلی را مدنظر قرار داده است. قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور و خدمات در تاریخ ۱۳۷۵/۱۲/۱۲ مورد تصویب قرار گرفت. این قانون با هدف تقویت و استفاده هر چه بیشتر از توان فنی و مهندسی، تولیدی، صنعتی و اجرایی کشور وضع شده است (شیروی، ۱۳۹۰: ص

۵۰) که در نهایت قانون فوق طبق ماده ۲۳ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات و اصلاح ماده (۱۰۴) قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۱/۵/۱ به طور صریح نسخ گردید. در ادامه این روند قانون فوق نیز عمری کوتاه داشته و به موجب ماده ۲۴ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات مصوب ۱۳۹۸/۲/۱۵ صریحاً نسخ گردیده و هم‌اکنون این قانون به عنوان مقررره ای الزام آور در قراردادهای EPC مورد استفاده قرار می‌گیرد. نکته قابل توجه آن است که هدف قانونگذار از تصویب این قانون تقویت توان تولیدی، خدماتی و صادراتی کشور بوده و قصد داشته تا با انعقاد این قراردادها، تکنولوژی و فناوری را وارد کشور کرده و با آموزش نیروهای ایرانی موجب رشد و شکوفایی آنها شود. در نتیجه باید گفت که طبق این اصل قانونی، پیمانکار مکلف است در تمام فعالیت‌های مطالعاتی، مهندسی، پیمانکاری، ساختمانی، تاسیسات سطح الارضی و تحت الارضی، تأمین تجهیزات و کالاها و امور بازرگانی ذی ربط از آخرین تکنولوژی و دانش فنی استفاده نموده و آن را به طرف ایرانی انتقال دهد (ابراهیمی، منتظر، مسعودی، ۱۳۹۳: ص ۱۸).

۲-۱. آموزش و انتقال تکنولوژی

سازمان توسعه صنعتی ملل متحد (یونیدو)^۱ ضمن تعریف فناوری معتقد است که تعریف دقیق و عام الشمولی که مورد پذیرش جهانی باشد وجود نداشته و فناوری را به کاربرد علوم در صنایع با استفاده از رویه‌ها و مطالعات منظم و جهت دار متکی به مهارت‌های بدنی و ذهنی تعریف نموده است (کراچیان، ۱۳۷۶: ۴۲). در جایی دیگر در تعریف فناوری، عناصر چهارگانه‌ای تحت عنوان فن ابزار، انسان افزار، اطلاعات ابزار و سازمان افزار به عنوان ارکان فناوری ذکر گردیده و فناوری متشکل از مجموعه عناصر فوق بوده که با تعامل و تأثیر هماهنگ و متقابل آنها تولید کالا و ارائه خدمات میسر می‌شود و با فقدان هر یک از آنها نمی‌توان انتظار عملکرد صحیح برای فناوری قائل شد (ماندگار، ۱۳۹۳: ۳۶-۳۸). قانونگذار

1- United Nations Industrial Development Organization (UNIDO).

در تبصره ۸ ماده ۵ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی مصوب ۱۳۹۸/۲/۱۵ به موضوع انتقال فناوری پرداخته و عدم رعایت چنین اصلی در قراردادهای EPC را طبق بند الف ماده ۲۱ قانون فوق واجد وصف کیفی دانسته است. با وجود اطلاق عام فناوری در قانون فوق، می توان انتقال فناوری را به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول انتقال فناوری به صورت یک مجموعه قراردادی کامل و دسته دوم انتقال به صورت منفرد یا منحصر به مورد خاص (ماندگار، ۱۳۹۳: ۴۲). لذا به نظر می رسد که مراد از انتقال فناوری در قراردادهای EPC از نوع اول باشد که منتهی به تأمین لیسانس، واگذاری لیسانس، انتقال فناوری و آموزش کارکنان کارفرما بوده تا محصول نهایی پروژه توسط کارفرما قابل دریافت باشد.

۲-۲-۲: استفاده حداکثری از نیروی انسانی ایرانی

نیروی انسانی متبخر همواره یکی از شاخصه های اصلی رشد جوامع صنعتی است. به نظر می رسد که ساده ترین راه انتقال دانش فنی و انتقال فناوری، ملزم نمودن پیمانکار به استخدام نیروی انسانی ایرانی و تعلیم فنی و حرفه ای در چهارچوب قراردادهای نفتی است (درخشان، ۱۳۹۴: ۶۷). این شیوه از انتقال فناوری در بند الف ماده ۵ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی مصوب ۱۳۹۸/۲/۱۵ مورد پیش بینی قرار گرفته و در صورت عدم رعایت آن توسط طرفین قرارداد، ضمانت اجرای کیفی نیز برای آن از نظر گرفته شده است. به نظر می رسد این قانون با پاره ای از موافقت نامه های الزام آور، به ویژه موافقت نامه «تریمز»^۱ در تعارض است. لذا مشاهده می شود اصل حداکثر استفاده دارای پشتوانه قانونی بوده و به همین سبب باید در قراردادهای EPC رعایت شود. اما با یک نگاه انتقادی به قانون فوق باید گفت که نظر به پیچیدگی، فنی بودن و محصول محور بودن قراردادهای نفتی، در کشور ما نیروی انسانی متخصص که اشراف فنی به موضوعات پیچیده پروژه های نفتی و گازی داشته باشد بسیار اندک است. همچنین فارغ از پیچیدگی این قراردادها، پیمانکاران داخلی که مسلط و دارای تجربه در بخش های سه گانه قراردادی EPC باشند به ندرت وجود دارند. بنابراین الزام قانونی پیمانکاران خارجی به استفاده حداکثری از نیروی انسانی که فاقد تجربه و تخصص لازم در این زمینه هستند فاقد کارایی لازم و مطلوب غایی کارفرمای ایرانی در دستیابی به محصول پروژه می باشد.

1- The Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs)

۲-۳. اصل رعایت مقررات و الزامات زیست محیطی

موضوعاتی مانند مقررات عمومی و عمده ناظر بر محیط زیست، مقررات ویژه محیط زیست مرتبط با بخش انرژی، مقررات بین المللی ناظر بر محیط زیست، حفظ محیط زیست در قراردادهای انرژی، توسعه مقررات حوزه انرژی در ایران و رعایت حقوق محیط زیست از مسائل مهمی است که نیازمند بررسی های دقیق و تأملات ویژه دارد (ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۸۴). چه اینکه اجرای عملیات نفتی بخش عمده ای از محیط زیست را در معرض خطر قرار داده و فعالیت های این صنعت اعم از اینکه در خشکی باشد یا فراساحل، اگر بر اساس استانداردهای زیست محیطی نباشد اثرات مخرب زیست محیطی را به همراه خواهد داشت (Abbaspour: 2018: 4).

آلودگی هوا، افزایش تأثیرات گازهای گلخانه ای، تأثیرات زیست محیطی پسماندهای حفاری چاه های نفت و نشست مواد آلاینده، آتش سوزی و بسیاری از پیامدهای اجتماعی و آلودگی های زیست محیطی از آن جمله اند (زین الدین، ۱۳۹۴، ۲۱۹). ناگفته پیداست که پیامدهای این موضوع دولت ها را مکلف به وضع قوانین و پیش بینی تدابیر لازم جهت جلوگیری از آلودگی های نفتی نموده است (نوری یوشانلوئی، ۱۳۹۳: ۱۹۲). اجرای پروژه های صنعت نفت و گاز می تواند منجر به آلودگی منابع آب، خاک، هوا، و نیز از بین رفتن گونه های مختلف گیاهی و جانوری شود. تلاش برای جلوگیری از زیان های عمده محیط زیستی فرامرزی، تحلیل گران حقوق بین الملل مقررات و قواعد مربوط به رفتار و عملکرد دولت ها را، که به منظور جلوگیری از وقوع آسیب ها و حوادث زیست محیطی قبل از وقوع آنها طرح ریزی می شود، توسعه و تحول بخشیده اند (موسوی، ۱۳۹۴: ۹۵). به همین جهت کنوانسیون های متعددی برای نیل به هدف مشترک ناشی از جلوگیری و یا کنترل آلودگی محیط زیست مورد تدوین قرار گرفته که به نظر می رسد در عمل به موفقیت زیادی دست نیافته است. اصولاً قوانین زیست محیطی انسان محور بوده و معمولاً هر جایی که در قوانین از اصطلاح طبیعت و محیط زیست سخن به میان آمده

است آن را به منافع انسانی گره زده اند و این مسئله بزرگترین نقصان فلسفی حقوق محیط زیست در قرن حاضر محسوب می گردد (فهیمی، ۱۳۸۸: ۲۰۵). به طور معمول، موضوع قراردادهای EPC نفت و گاز مشمول ساخت تاسیسات، خطوط انتقال لوله، ساخت سکوها و غیره می باشد که به یقین با محیط زیست در ارتباط بوده و بخشی از آن را مورد مخاطره قرار می دهد و از این رو در کنوانسیون های بین المللی، منطقه ای و قوانین داخلی کارفرما و پیمانکار مکلف به رعایت استانداردهای زیست محیطی در حین و پایان اجرای پروژه می باشد. لذا موضوع برچیده شدن تاسیسات نفتی و گازی که یکی از مصادیق حفاظت از محیط زیست می باشد در بند ۳ ماده ۶۰ کنوانسیون حقوق دریاها مورد اشاره قرار گرفته است. موادی که در ساخت سکوها به کار رفته اند، از قبیل فولاد، بتن، یا مقادیر باقیمانده فلزات سنگین و هیدروکربن ها و تراشه های حفاری، ممکن است آسیب های جدی به محیط زیست دریا وارد سازد. بعضی از مواد روی سکو سمی بوده و برای ماهی ها و دیگر جانداران دریایی زیان بار است (ابراهیمی، ۱۳۹۵: ۳۴۵). بنابراین از یک طرف موضوع محیط زیست به قدری دارای اهمیت است که به کرات در متون قانونی اعم از بین المللی و ملی تکرار شده است. مانند کنوانسیون ژنو در خصوص دریای سرزمینی و منطقه مجاور، کنوانسیون ملل متحد در مورد حقوق دریاها، کنوانسیون بین المللی مسئولیت مدنی خسارت ناشی از آلودگی نفتی، کنوانسیون بین المللی آمادگی مقابله و همکاری در برابر آلودگی نفتی، قانون اساسی، قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، قوانین نفتی، قانون حفاظت دریا و رودخانه های مرزی از آلودگی با مواد نفتی و آیین نامه رفع آلودگی زیست محیطی فعالیت های نفتی. بنابراین تعدد و تکرار قوانین و کنوانسیون های بین المللی حکایت از اصل تلقی نمودن ملاحظات زیست محیطی در قراردادهای EPC می نماید که بررسی به هر یک از کنوانسیون ها و قوانین داخلی موضوع مقال دیگری را تشکیل می دهد. از طرف دیگر، یکی از آثار اصل تلقی نمودن رعایت ملاحظات زیست محیطی، می تواند تغییر مسئولیت

از نظریه سنتی تقصیر به نظریه مسئولیت محض یا مطلق باشد. لذا استنتاج می‌شود که در قراردادهای EPC اصل رعایت ملاحظات زیست محیطی، یک اصل حاکم بر قراردادهای مورد نظر باشد. چه اینکه تکرر قوانین، کنوانسیون‌ها، اندیشه‌های دکتترین موجب شناسایی مسئولیت مطلق پیمانکاران در قراردادهای EPC شده و کارفرمایان صنعت نفت و گاز نمی‌پذیرند که پیمانکاران بر مبنای نظریه سنتی تقصیر در خصوص ملاحظات زیست محیطی مسئول شناخته شوند. این مهم در بند ۳ ماده ۱۶ قرارداد EPC اختصاصی نفت و گاز و بند ۱۸ ماده ۴ قرارداد نمونه فیدیک مورد تصریح قرار گرفته و در پیوست ۸ این قراردادها، پیمانکار موظف به رعایت ضوابط محیط زیست شده و پس از اتمام پروژه باید تمام مصالح مازاد و زواید را پاکسازی نموده و سپس پروژه را تحویل کارفرما نماید.

۲-۴. اصل ممنوعیت پیمانکار از شمول قانون منع مداخله

از دیگر اصول قانونی حاکم بر قراردادهای EPC صنعت نفت و گاز، «قانون راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری» مصوب ۲ دی ماه ۱۳۳۷ مجلس شورای ملی می‌باشد. این قانون حاوی ۴ ماده بوده و مواد ۱ و ۲ آن دارای موضوعاتی است که بر قراردادهای EPC قابل تسری است. اشخاص حقیقی و حقوقی پیش‌بینی شده در ماده ۱ قانون فوق، حق شرکت در مناقصه و انعقاد پیمان با دستگاه‌های اجرایی را نداشته و پیمانکاری که خود مستخدم یکی از قوای سه‌گانه کشور باشد، به خودی خود طبق قانون فوق ممنوع از معامله می‌باشد. از طرف دیگر نه تنها قانون فوق مشمول معاملات مستخدمان قوای سه‌گانه می‌شود بلکه آنان را از داوری در دعاوی با دولت، مجلسین و سایر اشخاص ذکر شده در قانون نیز ممنوع می‌نماید. ناگفته پیداست که نظر به تصویب قانون فوق در نظام سیاسی گذشته و تغییر در ساختار نظام سیاسی بعد از انقلاب اسلامی، خلا برخی از نهادها و دستگاه‌های اجرایی در این قانون کاملاً مشهود بوده و اصلاح و یا تدوین مقرر قانونی جدید ضروری به نظر

می رسد. از دیگر مواردی که می توان به عنوان چالش جدید به آن نگریست ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۱۳۶۶ است. به نظر می رسد که بند ۱ ماده ۷۹ قانون فوق با بند ۷ ماده ۱ قانون منع مداخله در تعارض باشد. از طرفی شرکت ها و مؤسساتی که ۵ درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به یک نفر از اشخاص مذکور در ماده ۱ قانون منع مداخله باشند و یا ۲۰ درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در فوق باشند و یا اینکه نظارت و یا مدیریت و یا اداره و یا بازرسی مؤسسات مذکور با آنها باشد حق انعقاد پیمان با شرکت ملی نفت و گاز ایران را نخواهند داشت. از طرف دیگر طبق بند ۱ ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی، می توان با شرکت های دولتی قرارداد پیمانکاری منعقد نمود. به عنوان مثال تصور نماییم که شرکت ملی نفت ایران قصد انعقاد قرارداد با یک شرکت پیمانکار EPC داخلی (ولو اینکه ۱۰۰ درصد سهام شرکت متعلق به دولت باشد مانند شرکت های صف و صدرا) جهت انتقال خط لوله دریایی نفت داشته باشد و متقابلاً مدیران ارشد شرکت پیمانکار منتخب وزارت نفت بوده و یا اینکه وزارت نفت نقش ناظر و یا بازرس را در شرکت های پیمانکاری فوق داشته باشد. طبق قانون منع مداخله این شرکت ها نمی توانند قرارداد پیمانکاری با دولت منعقد نمایند ولی طبق قانون محاسبات عمومی این طریقه مورد تجویز قرار گرفته است. لذا به نظر می رسد که باید قانون محاسبات عمومی را به عنوان قانون مؤخر به رسمیت شناخت (قهرمانی، ۱۳۹۳: ۱۲۷). از طرف دیگر هر چند طبق قانون محاسبات عمومی، انعقاد قرارداد پیمانکاری از سوی دولت با شرکت های دولتی مجاز است و قانون مزبور از این حیث، عام محسوب می گردد ولی اگر در این شرکتهای دولتی، حداقل ۵ درصد سهام متعلق به یکی از کارکنان دولت باشد و یا حداقل ۲۰ درصد سهام در مالکیت چند نفر از کارمندان دولت قرار داشته باشد، قانون منع مداخله موجب عدم انعقاد قرارداد دولت با شرکت دولتی می شود. لذا به نظر می رسد که قانون منع مداخله موجب تخصیص قانون محاسبات عمومی می گردد.

۲-۵. اصل اجرای مقررات بیمه برای اصل پروژه

یکی از تقسیمات رایج در بیمه، تقسیم آن به بیمه‌های بازرگانی و بیمه‌های اجتماعی می‌باشد که در صنعت نفت و گاز و سایر صنایع نیز هر دو نوع فوق اعمال می‌شوند (کریمی، ۱۳۹۲: ۲). بیمه‌های اجتماعی بیشتر در خصوص کارگران و طبقه کم درآمد جامعه مورد استفاده قرار گرفته و طبق ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی و بند ۳ قسمت اول ماده ۹ قرارداد های EPC صنعت نفت و گاز ایران پیمانکار مکلف به بیمه نمودن کارکنان خود و کارکنان پیمانکاران فرعی می‌باشد. لذا بیمه نمودن کارگران امر آمره ای است که مختص قرارداد EPC نبوده و موضوع اصل حقوقی قرار نمی‌گیرد. لذا آنچه که امروزه پروژه‌های مهندسی به عنوان مورد توجه قرار گرفته و به نوعی حالت آمره به خود گرفته است بیمه نمودن زیان یا خسارت وارده به عملیات قرارداد، تجهیزات و واحدهای تولیدی ساختمانی و ماشین آلات همچنین خسارت های مالی، جرح و صدمات بدنی وارده به اشخاص ثالث است که از اجرای پروژه ناشی می‌شود که اصطلاحاً به آن بیمه تمام خطر مقاطعه کاران^۱ یاد می‌کنند (کریمی، ۱۳۹۲: ۳۱۵). با این حال باید افزود که گرچه بیمه‌های بازرگانی اختیاری می‌باشند اما در اجرای پروژه‌ها به روش EPC به طور معمول به سبب پیچیدگی اجرای پروژه، خرید تجهیزات گران بها و بعضاً نادر و در انحصار کشوری خاص قراردادشکن، امری ضروری و غیر قابل اجتناب بوده و به عنوان یک اصل حقوقی در قرارداد نمونه فیدیک، قراردادهای EPC سازمان برنامه و بودجه و وزارت نفت مورد تاکید و استفاده قرار می‌گیرد. موید این ادعا دستورالعمل بیمه تخصصی اموال و تأسیسات شرکت ملی نفت ایران^۲ می‌باشد. همچنین باید افزود که ریسک های زیادی در اجرای قراردادهای صنعت نفت وجود دارند که اگر هر کدام از آنها سبب بروز حادثه شوند، موجب بروز خسارات هنگفتی می‌گردند که جبران آن خسارات خارج از توان پیمانکار بوده و در برخی موارد خسارات وارده بیشتر از مبلغ اصلی قرارداد می‌باشد. به عنوان مثال چنانچه قرارداد حفاری و تزریق گاز به میزان دو میلیون دلار بین طرفین منعقد گردد و به سبب تزریق غیراصولی گاز به جداره لوله های نفتی، کل

1- Contractors all risk (CAR).

۲- دستورالعمل شماره م غ/۶۱۸۲۶۹ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۸ وزارت نفت.

مخزن منفجر شود به طور حتم خسارات وارده به چاه بیشتر از مبلغ قرارداد می باشد. لذا محل سوال است چه شخصی و با چه مکانیزی می مکلف به جبران خسارت می باشد؟ در پاسخ باید گفت پوشش این ریسک تنها در الزام به بیمه کردن پروژه به عنوان یک اصل حقوقی میسر می باشد. چه اینکه در غیر این صورت پیمانکاران تمایلی به ریسک های از این دست که موجب کاستن از اجرت آن می باشند نخواهند داشت. در این خصوص معمولاً دو روش توسط کارفرما یا پیمانکار قراردادهای EPC مورد پذیرش قرار می گیرد: ۱- مدیریت و توزیع ریسک بین یکدیگر و ۲- بیمه کردن ریسک های قابل پیش بینی توسط پیمانکار (Kokkaew, 2014: 1600).

۲-۶. اصل تامین تضمینات

گرچه معمولاً تضامین در روابط خصوصی اشخاص جهت اطمینان از انجام تعهدات اخذ می شود ولی در قراردادهای EPC نفت و گاز، با توجه به پیچیدگی و فنی بودن پروژه، گستردگی کار در جبهه های کاری مختلف و مبالغ سنگین قراردادی، اخذ تضمین از اصول اصلی این قراردادها محسوب شده و فقدان آن به منجر به عدم انعقاد قرارداد می شود. لذا هدف از ارائه تضمین این است که متعهدله در صورتی که با انجام نشدن تعهدات از سوی متعهد روبرو شود، بتواند از محل تضمین، مطالبات یا خسارات وارده بر خود را دریافت یا جبران کند (کاظمی نجف آبادی، ۱۳۹۵: ۶۷۰). در قراردادهای موضوع بحث به طور کلی دو نوع تضامین مورد پیش بینی قرار گرفته است. دسته اول مربوط به تضمین شرکت در فرآیند ارجاع کار است و دسته دوم تضامین قراردادی می باشد. در قراردادهای EPC بین المللی، ارائه تضمین صادره از سوی یک بانک، شرکت بیمه یا شخص ثالث دیگر از سوی پیمانکار به کارفرما، امری رایج است. هدف از ارائه تضمین، جلوگیری از ورود خسارت به کارفرما در صورت نقض تعهدات قراردادی پیمانکار است. در این خصوص، قرارداد نمونه فیدیک قواعد کلی حاکم بر تضامین از قبیل نوع و میزان تضامین و شرایط مطالبه آن ها را بررسی کرده است، بدون اینکه به ماهیت این تضمین ها بپردازد (کاظمی نجف آبادی، ۱۳۹۵: ۶۷۹). این مهم حتی در قوانین داخلی مانند آیین نامه تضمین معاملات دولتی هیات وزیران مصوب ۲۲ آذر ۱۳۹۴ نیز تبلور یافته و به عنوان مقرر ای الزام آور باید توسط طرفین قراردادهای EPC مورد رعایت قرار گیرد. بنابراین این مهم نیز به دلایل پیش گفته در زمره ی اصول حقوقی قرار می گیرد.

برآمد

۱- وجود مقررات متعدد نظیر قانون اساسی، قوانین متعدد زیست محیطی، آیین نامه‌های مربوط به تهیه قراردادهای همسان EPC وزارت نفت، قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی، قانون محاسبات عمومی کشور، قانون اصلاح قانون نفت، قوانین مربوط به بیمه، قوانین بودجه‌ای و قوانین پنج ساله توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور، موجب شناسایی قراردادهای EPC نفتی و گازی و لزوم استفاده از این قراردادها در صنعت نفت و گاز کشور داشته و مذاقه در آن حکایت از وجود اصول حقوقی الزام آور دارد.

۲- نظر به تعلق محیط زیست به آیندگان و لزوم حفاظت از آن، اصل حقوقی دال بر مسئولیت پیمانکار قرارداد EPC نفت و گاز مورد شناسایی قرار گیرد تا این مهم تنها به عنوان شروط تکمیلی و کم اثر در این عقود مطرح نظر نباشد.

۳- طبق اصل حق حاکمیت دولت بر منابع طبیعی واقع در خشکی (سرزمین)، فلات قاره و مناطق انحصاری اقتصادی، پیمانکار قراردادهای EPC هیچگونه حقی در محصول تولید شده و اراضی پروژه نداشته و پیمانکار پس از اتمام پروژه، تنها حق دریافت اجرت مقطوع مندرج در قرارداد را دارد.

۴- از دیگر اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای EPC ملزم نمودن پیمانکار خارجی به انتقال فناوری به داخل کشور است. فارغ از اشکالات وارده به این نوع الزامات، باید گفت که به طور دقیق قانونگذار منظور خود را از فناوری بیان ننموده با این حال، عدم رعایت چنین اصلی در قراردادهای EPC، طبق قانون حداکثر استفاده از توان فنی کشور واجد وصف کیفی است. از طرف دیگر برخی از اصول حقوقی در قراردادهای EPC مانند الزام پیمانکار به انتقال فناوری و استفاده از نیروهای داخلی محل اجرای پروژه، با قواعد بین المللی نظیر مقررات سازمان تجارت جهانی مطابقت نداشته و باید مورد اصلاح قرار گیرد.

۵- طبق اصل تامین تضمینات و اصل اجرای پوشش‌های بیمه‌ای، پیمانکار مکلف به اعطای تضمینات و اجرای مقررات بیمه‌ای برای پروژه و اجزاء مختلف آن داشته و نباید تضمینات و موضوعات بیمه‌ای را به عنوان فروع قراردادهای EPC تلقی نمود.

۶- به نظر می‌رسد قراردادهای موضوع بحث واجد اصول حقوقی به شرح فوق بوده و نظر به تعدد این اصول در قوانین و دستورالعمل‌های یاد شده، باید این قراردادها را از مصادیق عقود معین دانست و قانونگذار نیز در تهیه قانونی مدون با تکیه بر اصول شناسایی شده فوق اهتمام ورزد.

منابع

- ابراهیمی، سیدنصرالله، *حقوق انرژی*، نخستین همایش ملی، به اهتمام دکتر الهام امین زاده، موسسه انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- ابراهیمی، سیدنصرالله و شیروی، عبدالحسین، *اکتشاف و توسعه میادین نفتی از طریق قراردادهای بیع متقابل*، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۴۱، ۱۳۸۸.
- ابراهیمی، سیدنصرالله، آفاسیدجعفر کشفی، مونا، *شناسایی و ارزیابی پیامدهای زیست محیطی، اجتماعی، ایمنی، امنیتی و بهداشتی (ESHIA) پروژه های بالادستی صنعت نفت و گاز*، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۵.
- ابراهیمی، نصرالله، دانایی، کیمیا، کورکی نژاد قرایی، مجید، *رژیم حقوقی حاکم بر برجیدن تأسیسات نفتی در فراساحل در کنوانسیون های بین المللی و حقوق نروژ و انگلیس*، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، شماره ۳، ۱۳۹۵.
- ابراهیمی، سیدنصرالله، منتظر، مهدی، مسعودی، فرزاد، *اصول قانونی حاکم بر قراردادهای خدماتی بالادستی صنعت نفت و گاز ایران*، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، سال سوم، شماره ۱۲، ۱۳۹۳.
- اسماعیلی هریسی، ابراهیم، *شرح تفصیلی پیمان*، چاپ اول، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۶.
- العاملی (شهید اول)، محمدبن جمال الدین مکی، *اللمعه الدمشقیه*، قم: منشورات دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.
- العاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد هفتم، قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ ق.
- امانی، مسعود و شفیع زاده خولنجانی، مصطفی، *تطابق ساختار قراردادهای مشارکت در تولید با الزامات حاکمیت در تولید با الزامات حاکمیت و مالکیت ملی بر مخازن نفتی*، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال نوزدهم، شماره ۷۲، ۱۳۹۱.
- ایرانبور، فرهاد، *مالکیت و مفهوم آن در قراردادهای نفتی*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ۱۳۸۹.

- امین زاده، الهام و نیک بخش شرف زاده، علی، *مطالعه تطبیقی حق دولت ها بر حاکمیت و مالکیت منابع نفت و گاز*، مجله مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۴.
- بهمنی، محمدعلی، آرین، محمد، *مالکیت عمومی بر منابع نفتی و تأثیر آن بر انتخاب الگوی قراردادی در حوزه بالادستی صنعت نفت و گاز*، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۴، شماره ۱، ۱۳۹۷.
- بولانژه، ژان، *اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه*، ترجمه دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، ۱۳۷۶.
- جابری، محمدصالح، *حقوق ساخت و ساز*، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران: انتشارات کتابخانه گنج، ۱۳۸۶.
- حلی، محقق، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد چهارم، تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹.
- حبیبی، محمد حسن و نجارزاده، مجید. *ملاک تمیز انفال و نسبت آن با سایر عناوین مالکیت عمومی*، *مجله حقوق خصوصی*، سال ششم، شماره پانزدهم، ۱۳۸۸.
- زین الدین، سید مصطفی و شاهمرادی، عصمت، *بررسی تطبیقی ملاحظات زیست محیطی در قراردادهای بین المللی نفت*، مجله مطالعات حقوق انرژی، شماره ۲، ۱۳۹۴.
- درخشان، مسعود. *ویژگی های مطلوب قراردادهای نفتی*، *رویکرد اقتصادی - تاریخی به عملکرد قراردادهای نفتی در ایران*، فصلنامه اقتصاد انرژی، سال سوم، شماره ۹، ۱۳۹۲.
- درخشان، مسعود، تکلیف، عاطفه، *انتقال و توسعه فناوری در بخش بالادستی صنعت نفت ایران*، *ملاحظات در مفاهیم الزامات - چالش ها و راهکارها*، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، شماره ۱۴، ۱۳۹۴.

- شیروی، عبدالحسین، *حقوق نفت و گاز*، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳.
- شیروی، عبدالحسین، پوراسماعیلی، علیرضا، *مطالعه‌ی تطبیقی الزام سهم داخل در قوانین و مقررات ایران و مقررات سازمان تجارت جهانی*، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۴، ۱۳۹۰.
- صابر، محمدرضا، صابر، محمدرضا، *بیع متقابل در بخش بالادستی نفت و گاز*، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۹.
- صادقی، محسن، *اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه*، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
- فهیمی، عزیزالله، مشهدی، علی، *ارزش ذاتی و ارزش ابزاری در فلسفه محیط زیست (از رویکردهای فلسفی تا راهبردهای حقوقی)*، فصلنامه علمی پژوهشی دانشگاه قم، سال یازدهم، شماره اول، ۱۳۸۸.
- قهرمانی، نصرالله، شمس، شهرزاد، *دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان*، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- کاشانی، جواد، *منابع نفت و گاز مشترک از منظر حقوق بین الملل*، چاپ اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.
- کریمی، آیت، *کلیات بیمه*، چاپ سوم، تهران: نشر پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۲.
- کاظمی نجف آبادی، عباس، بیات، زهرا، *ماهیت تضمین های پیمانکاری و نحوه ضبط و شرایط مطالبه ضمانت نامه ها در حقوق ایران و قراردادهای نمونه فیدیک*، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵.
- کراچیان، محمدحسین و جواهردشتی، رضا، *انتقال تکنولوژی و رهیافت های نو، مروری بر راهبردهای انتقال تکنولوژی به مثابه اصلی ترین اهرم تحول صنعتی، با نگاهی به تجارت کره جنوبی*، مجله مجلس و پژوهش، دوره ۴، شماره ۲۲، ۱۳۷۶.

- ماندگار، مصطفی، *قراردادهای تجاری بین المللی، انتقال فناوری*، چاپ اول، تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهردانش، ۱۳۹۳.

- محبی، محسن، *مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتوی رویه داوری بین المللی، سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی*، چاپ سوم، تهران: انتشارات شهردانش، ۱۳۹۳.

- محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، بخش مدنی، (مالکیت و مسئولیت)، چاپ هفدهم، تهران: مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۸۷.

- موسوی، سیدفضل الله، شیرمردی دزکی، محمدرضا، *تحلیل رویکرد زیست محیطی در قراردادهای نفتی*، فصلنامه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۴.

- مولایی، یوسف، *مبانی نظری اعمال حقوق بنیادین در حقوق قراردادها*، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷.

- موحد، محمدعلی، *درس های بی از داوری های نفتی، ملی کردن و غرامت*، چاپ دوم، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۳.

- نوری یوشانلوئی، جعفر، *حقوق و تکالیف دولت ها به پیشگیری و جبران آلودگی دریایی ناشی از حمل و نقل نفت در پرتو اسناد و آرای بین المللی*، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۴، ۱۳۹۳.

- Abbaspour, Majid, Sanaz Toutounchian, Tooraj Dana, Zahra Abed and Solmaz Toutounchian. “*Environmental Parametric Cost Model in oil and Gas EPC Contract*”, sustainability, www.mdpi.com/journal/sustainability, 2018.
- Abebe abebayehu chekol. “*Stabilisation Clauses on Petroleum Development Agreements, Examining Their Adequacy and Efficacy, course for Energy*”, petroleum and mineral Law Policy, 2008.

- Bernardini, Piero. “*Stabilization and adaptation in oil and gas investments*”, Journal of World Energy Law & Business, vol. 1, no.1, 2008.
- Bryan A. Garner. “*Black’s Law Dictionary*”, Mizan publication, Eighth edition, 1388.
- Bunni, Neal G. “*the FIDIC forms of contract*”, third edition, Oxford: Blackwell publishing, 2005.
- Bunter, Mike. “*The Iranian Buy Back Agreement*”, volume I, Issue# 02, (www.goeconsulting.co.UK), 2003.
- “*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*”, International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), ERRATA to the First Edition. www.fidic.org, 1999.
- “*FIDIC GOLDEN PRINCIPLES*”. International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), ERRATA to the First Edition. www.fidic.org, 2019.
- Jaimes, M. Gaitis. “*The Leading Practitioners Guide to International Oil and Gas Arbitration*”, Juris Net L1c, 2015.
- Kokkaew, Nakhon and Warit Wipulanasat. “*Completion Delay Risk Management: A Dynamic Risk Insurance Approach*”, KSCE Journal of civil Engineering, 2014.
- Picha, Jan, Ales Tomek, Hary Lowitt. “*Application of EPC contract in international power projects*”, Department of construction Management and Economics, faculty of civil Engineering, CZECH Technical University in Prague, Thakurova 7, 2015.
- S.P.Subedi (2007). “*International Economic Law*”, section A, Evolution and principles of International Economic Law, Published by the University of London Press,
- Zhiguo, Gao, J.S.D (1994). “*International Petroleum contracts*”, Current Trends and New Directions, Graham & trotman Limited

Public Legal Principles of Engineering, Procurement and Construction Contract in Iran's Oil and Gas Industry

Farzad Masoudi
SeyyedNasrollah Ebrahimi
Mostafa Mandegar
Masoodreza RanjbarSahraie

Engineering contracts, procurement and construction (EPC) have entered the legal field of Iran as a contract with foreign bases and in order to localize this contract, variable characteristics such as political, legal and economic affairs should be considered. These contracts are one of the most common and practical contracts in the world in the field of design and construction. Therefore, the contracts in question have legal principles that require compliance, which strengthens the theory that these contracts are definite and excludes them from the scope of Article 10 of the Civil Code. What is more, there are several laws, regulations, sections of letters and similar agreements in this field that can be the creator of the legal principles governing these contracts. In addition to defining and applying these contracts in some leading countries in the field of manufacturing, the present article seeks to identify and or establish legal principles in engineering contracts, procurement and construction in Iran's oil and gas industry.

Keywords: Environment, EPC Concept, Governance, Guarantees, Insurance, Legal Principles, Ownership.