

اصل آزادی قراردادی و محدودیت‌های آن در قراردادهای بالادستی نفتی بر

اساس مدل جامع تفسل (TEFCEL)

سید نصرالله ابراهیمی^۱

مجتبی عینی^۲

چکیده

اصل آزادی قراردادی از اصول بنیادین قراردادهای بین‌المللی به ویژه در صنعت نفت و گاز است. گرچه قراردادهای بالادستی نفتی نیز، از آزادی قراردادی تبعیت می‌کند، اما به دلیل ماهیت خاص این قراردادها، اصول مزبور مشمول محدودیت‌هایی است، که نیازمند به بررسی است. در این مقاله تحلیل موضوعات فوق با رویکردی علمی و عملی مورد توجه قرار می‌گیرد، با این رهیافت که شرایط و مفاد قراردادها به گونه‌ای طراحی، مذاکره، منعقد و اجرا شود که سرمایه‌گذاری‌های نفتی را تسهیل کند و موجبات توسعه میادین نفت و گاز را بر اساس توازن قراردادی و اصل برد-برد در منافع قراردادی فیما بین دولت‌های میزبان / شرکت‌های ملی نفت (NOCs) و شرکت‌های بین‌المللی نفتی (IOCs) فراهم سازد.

کلیدواژه: امور حاکمیتی و تصدی، تیپ و الگوسازی، ثبات، انعطاف قراردادی، توازن قراردادی، تحلیل اقتصادی، اصل آزادی قراردادی

۱. استاد یار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

Email: snebrahimi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

Email: mojtabaeiny@ut.ac.ir

زندگی اجتماعی و اقتصادی انسان مبتنی بر نظم است که در طول تاریخ، وجود داشته است. قرارداد در کنار قانون یکی از ابزارهایی است که به طور ناملموس چنین نظم را مستقر ساخته است و از انتظام امور اجتماعی و اقتصادی حراست و دفاع کرده است. قانون مروج عدالت، توازن و نظم نوعی است که شامل هر فردی می‌شود. قرارداد، نظام عدالت بین‌الطرفینی و شخصی است که شالوده روابط فردی در نظم اقتصادی و اجتماعی است و می‌توان آن را همزاد نخستین تعاملات بشر و مقدم بر هر قانونی دانست و حتی قانون را نیز مبتنی بر قرارداد میان افراد جامعه و دولت تلقی کرد. قرارداد زاده اراده اشخاص و مبتنی بر سرشت آزاد انسان است و بهترین ابزار رفع نیاز و تأمین منافع است. به‌عنوان یک نهاد حقوقی، دارای ساختار و پیکره‌ای است که در تمام نظام‌های حقوقی وجود دارد و در عین حال، روح واحدی است که حاکمیت اراده و آزادی قراردادی منشأ آن است و به مثابه شالوده نظام قراردادی است.

فعالیت‌های اقتصادی و بازرگانی مبتنی بر قراردادهاست و تأمین هرگونه نیاز فردی و اجتماعی و بهره‌برداری از منابع طبیعی نیز متکی به نظام قراردادهاست. عملیات بالادستی، پایین دستی و تجارت نفت و گاز، در بستر قراردادها انجام می‌شود. قراردادهای بالادستی نفتی دارای ویژگی‌هایی ممتاز از سایر قراردادهاست؛ نخست آنکه این قراردادها اغلب میان دولت‌های نفتی یا شرکت‌های نفتی دولتی و شرکت‌های بین‌المللی نفتی واقع می‌شوند که دارای ماهیت حقوقی متفاوتی هستند و نوعی جدال طبیعی بین حقوق عمومی و خصوصی و بین حاکمیت و تصدی موجود است. دوم آنکه در طی تاریخ، تعارض آشکار منافع، میان کشورهای نفتی و شرکت‌های بین‌المللی نفتی غربی مشهود است که منشأ بسیاری از تنش‌های سیاسی و اقتصادی بوده و منجر به مداخله عناصر غیرحقوقی در قوام نظام حقوقی و قراردادی صنعت نفت شده است. سوم آنکه، توسعه پروژه‌های نفتی مستلزم تأمین منابع مالی کلان و توزیع و تخصیص ریسک‌های متعدد است، که این امر حساسیت ویژه‌ای را در نظام قراردادهای نفتی ایجاد می‌کند و برقراری توازن میان نیازهای دولت‌های میزبان به سرمایه، دانش فنی و قدرت مدیریتی شرکت‌های خارجی و میل فزاینده شرکت‌های اخیر به حداکثری‌سازی درآمدهای خود را، دشوار می‌سازد؛ نظام کارآمد قراردادی متولی برقراری چنین توازنی به‌منظور تأمین منافع طرفین است.

قرارداد فی نفسه می‌تواند، منعطف یا غیر منعطف، پویا یا ایستا، متوازن یا غیر متوازن باشد؛ ولی تردیدی نیست که از منظر مدیریت بهینه قراردادی، قرارداد توان برقراری رابطه متعادل، متوازن و دو سویه که متضمن منافع طرفین قرارداد باشد، را دارد. چنین قابلیتی متأثر از عوامل مختلفی است. منافع کشور نفتی، حساسیت نسبت به حاکمیت بر منابع طبیعی، سوءظن‌های تاریخی، رقابت‌های سیاسی و اقتصادی بازار



نفت، تحریم‌های بین‌المللی، عرضه و تقاضا و غیره می‌تواند، نظام بهینه قراردادهای بالادستی نفتی را متأثر سازد.

واقعیت‌های فوق، پرسش‌هایی را ایجاد می‌کند؛ آزادی قراردادی به‌عنوان بنیان حقوق قراردادهای، تا چه میزان در قراردادهای بالادستی نفتی کرد و بروز دارد؟ اصل است یا استثنا؟ توان ایجاد یک نقطه بهینه در تأمین منافع طرفین را دارد یا خیر؟ این پرسش‌ها در ادبیات موجود، کمتر طرح شده است. برخی به اختصار گفته‌اند: «به‌رغم این‌که قوانین ملی الزامات متعددی را به طرفین قراردادهای بالادستی نفتی تحمیل می‌کنند، اصل آزادی قراردادی به عنوان محور اصلی حقوق قراردادهای هنوز جایگاه خود را در قراردادهای بالادستی نفتی حفظ کرده است. همین اصل آزادی قراردادی است که به طرفین اجازه می‌دهد که دور یک میز بنشینند و در مورد قراردادهای بالادستی نفتی مذاکره کنند. هر چند کشورهای صاحب نفت معمولاً قراردادهای نمونه‌ای را به شرکت‌های نفتی بین‌المللی ارائه می‌کنند، این کشورها اصولاً راه مذاکره را نمی‌بندند و به شرکت‌های نفتی اجازه می‌دهند که مفاد این قراردادهای نمونه را با کشور میزبان مورد مذاکره قرار دهند»^۱. نویسنده دیگر، می‌گوید: «قرارداد سرمایه‌گذاری، مانند هر قرارداد دیگری یک ترجمان صرف اصل جهانی آزادی قراردادی است که به طرفین اجازه تعیین محتوا و شکل قرارداد در چارچوب محدودیت‌های تثبیت شده توسط قانون را می‌دهد»^۲؛ این نظرات پاسخی مختصر و اجمالی به پرسشی پیچیده و مهم است و ابعاد آن را بازگو نمی‌کند.

در این مقاله، به‌منظور پاسخ به این پرسش‌ها، با ارائه تحلیل علمی در پرتو آرا و رویه‌های داوری نفتی و بر اساس مدل تفلس سعی می‌شود، رویکردی کاربردی دنبال شود که نیازهای روز صنعت نفت ایران را مورد توجه ویژه قرار دهد. به همین جهت در آغاز اجمالاً به ماهیت، پیشینه و مبانی اصل آزادی قراردادی پرداخته می‌شود. در بخش دوم، دیدگاه‌های مختلف راجع به ماهیت قراردادهای بالادستی نفتی بررسی خواهد شد؛ در بخش سوم محدودیت پیش روی اصل آزادی قراردادی در قراردادهای بالادستی نفتی بیان خواهد شد و در انتها به بحث پیرامون امکان گسترش آزادی قراردادی و حاکمیت در قراردادهای بالادستی نفتی توجه می‌شود.

۱. شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، چاپ دوم، میزان، تهران، ۱۳۹۳، صص ۸۶ و ۸۷.

۲. El Kailani-Chariat, Ebstissam, ۲۰۱۷, p۳۲.

۱. اصل آزادی قراردادی در قراردادهای بین‌المللی

ایده آزادی انسان مشخص نیست، چه زمانی آغاز شده است ولی به مفهوم مدرن آن مربوط به قرن ۱۸ میلادی و متأثر از مکاتب فلسفی فردگرایی^۱ و لیبرالیسم^۲ است.^۳ به عقیده ژان ژاک روسو^۴ انسان حسب طبیعت، موجودی آزاد است و به‌عنوان موجودی خودمختار^۵ دارای حقوق طبیعی است و می‌تواند سرنوشت خود را تعیین و با دیگران روابط حقوقی برقرار کند. چنین تفکری منشأ پیدایش اصل فلسفی «حاکمیت اراده»^۶ است. اصل حاکمیت اراده، نیز مبنای^۷ ایجاد «اصل آزادی قراردادی»^۸ است که نقطه ثقل حقوق قراردادهاست و به همراه «برابری طرفین قرارداد»^۹ بنیان نظام قراردادها را شکل می‌دهد، چرا که طرفین آزاد و برابر فرض^{۱۰} می‌شوند و می‌توانند روابط خود را بر پایه قرارداد، توسعه و تنظیم کنند. مبنای چنین طرحی این بود که آزادی راه را برای ابتکارات فردی هموار می‌سازد و اجازه می‌دهد که هر کس منافع خود را دنبال کند؛ برابری طرفین نیز رابطه را متعادل می‌سازد و تبعیت از نظام عرضه و تقاضا، کارآمدی اجتماعی و اقتصادی را به دنبال دارد. بنابراین اقتصاد مبتنی بر کالا، مصرف و بازار نیز مکملی بر مبنای فلسفی اصل آزادی قراردادی شد و در جهت مقابل نیز آزادی قراردادی به مثابه یک اصل اقتصادی نقش مهمی در اقتصاد ایفا می‌کند.^{۱۱}

۱. L'individualisme

۲. Le libéralisme

۳. Aubert De Vincelles, ۲۰۱۴, p ۱۷.

۴. Jean-Jacques Rousseau

۵. واژه Autonomy در انگلیسی و L'autonomie در فرانسه برای اشاره به استقلال و حاکمیت ذاتی انسان بر خود و خودمختاری وی استفاده می‌شود که به تعبیری همان اهلیت فرد است و در آثار حقوقی در ترکیباتی همچون Party autonomy و Private autonomy استفاده می‌شود. رک به: Zhaohua, ۲۰۱۴, pp ۲۱۲.

۶. Le principe de l'autonomie de la volonté

۷. آثار اصل حاکمیت اراده تنها در حقوق قراردادهای متجلی نمی‌شود و برخی آزادی تشکیل اتحادیه در قوانین اجتماعی، آزادی مالکیت در حقوق اموال، آزادی ازدواج و تشکیل خانواده در احوال شخصیه، آزادی وصیت در حقوق ارثیه و آزادی قبول فرزند خواندگی در حقوق سرپرستی را ناشی از این اصل می‌دانند. در حقوق قراردادهای نیز اثر آن محدود به آزادی قراردادی نیست و اصل رضایی بودن (Le consensualisme)، اثر نسبی قراردادهای (L'effet relatif des contrats) و قرارداد به‌عنوان قانون (La contrat- loi) نیز از نتایج آن است. رک به: Zhaohua, Meng, Ibid, p ۲۱۲.

۸. Le principe de la liberté contractuelle

۹. L'égalité des parties

۱۰. لازم به توضیح است چنین برابری بیشتر فرضی و انتزاعی است و نمی‌توان نابرابری‌هایی که وجود داشته و دارد را نادیده گرفت. لذا بیشتر برابری حقوقی مدنظر است تا اقتصادی.

۱۱. Montero, ۲۰۰۴, p ۳. Sacco, ۲۰۰۷, pp ۷۴۴&۷۴۵. Irakli, ۲۰۱۷, pp ۶۳.

۱-۱- پیشینه اصل آزادی قراردادی^۱

اصل آزادی قراردادی^۲ ریشه در مفهوم فلسفی آزادی^۳ و آزادی اراده^۴ دارد که بر حقوق اشخاص^۵ مبتنی است. زمان دقیق شکل‌گیری مفهوم حاکمیت اراده^۶ محل اختلاف است. به نظر می‌رسد که اولین بارقه‌های اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، در قرن شانزدهم شکل گرفته باشد، اما تدوین و نظریه‌پردازی در این مورد، در قرن نوزدهم و به دنبال اندیشه آزادی فردی، صورت یافت؛ در واقع آزادی فردی مبنای فلسفی اصل حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد است. در نیمه اول قرن نوزده، این اصل در دکترین حقوقی ایجاد شد و در نیمه دوم این قرن، با راهیابی به کنوانسیون‌های مهم بین‌المللی، تبدیل به یکی از اصول مهم حقوق بین‌الملل خصوصی، به ویژه در عرصه‌های تجاری و اقتصادی شد.

به‌رغم کش و قوس‌هایی که این اصل در کشورهای مختلف از جمله آمریکا و کشورهای اروپایی داشته و همچنین با وجود مخالفت‌هایی که با آن به عنوان ابزار محدودکننده و حتی خنثی‌کننده حاکمیت دولت‌ها، شده است، اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر روابط قراردادی، امروزه تقریباً در سراسر دنیا شناخته شده و آن را یکی از ارکان اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی می‌دانند.

برخی معتقدند اصل آزادی قراردادی ریشه در دیدگاه بارتولوس^۸ دانشمند ایتالیایی دارد. بر این اساس، قبل از اینکه حاکمیت اراده، وارد مباحث قانون‌گذاری و قضایی شود، دیدگاه‌های بارتولوس، دنبال می‌شد. مطابق نظرات او، قانون حاکم بر محل انعقاد قرارداد^۹ قوانین موجود در مکانی که قرارداد در آن صورت می‌گیرد، روند طبیعی قرارداد را شکل می‌دهد، در حالی که قانون حاکم بر محل اجرای قرارداد^{۱۰} یعنی محلی که قرارداد در آن اجرا می‌شود، نتایج حاصل از قرارداد را کنترل می‌کند.^{۱۱}

۱. در خصوص اصل حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادی و تعیین قانون حاکم در قراردادهای بین‌المللی به این منابع مراجعه شود:

Lando, ۱۹۷۶, at ۱۳-۵۳; Siesby, (۱۹۸۰), Morse, Larcier, ۱۹۸۱, at ۱۹-۵۹; Lorenzen, (۱۹۲۱);

Juenger, Friedrich, ۱۹۸۲, ۲۹۶.

۲. Freedom of Contract

۳. Liberty

۴. Freedom of Will

۵. Rights of Individuals

۶. Ebrahimi, ۱۹۸۰, p. ۸۱.

۷. Party Autonomy

۸. Bartolus

۹. lex loci contractus

۱۰. lex loci solutionis

۱۱. Ebrahimi, S. N., Ibid.



به نظر می‌رسد که اصول کلی حاکمیت اراده، یعنی انتخاب آزادانه طرفین قرارداد در رابطه با قانونی که بایستی معامله را کنترل کند، از قرن ۱۶ میلادی مورد توجه بوده است؛ افرادی چون Lorenzen^۱ و Nussbaum^۲ اظهار می‌دارند، برای یافتن مبدع مفهوم حاکمیت اراده، بایستی نظرات حقوق‌دان فرانسوی قرن ۱۶ میلادی Molinaeus Dumoulin را بررسی کرد، کسی که مفهوم حاکمیت اراده را وارد تعارض قوانین کرد؛ برخی دیگر معتقدند که دانشمند هلندی به نام هوبر^۳ از قرن هفدهم که ابتدائاً مخالف ایده اولویت‌بخشی به اراده طرفین قرارداد بود، اولین کسی بوده است که اصل حاکمیت اراده را مطرح کرد.^۴

از آنجا که مفهوم حاکمیت اراده، اساس آزادی دو طرف قرارداد است، می‌توان آن را به مکتب لیبرالیسم قرن ۱۹ میلادی، بسیار نزدیک دانست. در این قرن، مفهوم حاکمیت اراده مفهومی اساسی و ریشه دار تلقی می‌شد. آزادی که در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد وجود دارد، نتیجه قوانین حقوق فردی است. در دوران ویکتوریا، قضات ویکتوریایی، از اصل حاکمیت اراده بر اساس فلسفه Benthamite مبنی بر فلسفه laissez-fair^۵ حمایت می‌کردند. از این رو به جای محل عقد قرارداد یا محل اجرای آن، قصد طرفین نقشی اساسی را در حقوق قراردادهای انگلستان ایفا می‌کرد؛ بر اساس فلسفه laissez-fair قانون بایستی کمترین مداخله را در روابط قراردادی مردم داشته باشد. مهم‌ترین اهداف فلسفه laissez-fair عبارتند بودند از اینکه به مردم این قدرت داده شود تا اراده خود را تحکیم ببخشند و یا به بیانی دیگر، واگذارند مردم برای اینکه کسب و کار خود را پیش ببرند، بتوانند امور تجاری خود را به بهترین نحو هدایت کنند و زندگی خود را بدون مداخله حکومت‌ها مدیریت کنند.^۶

۲-۱- اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای در حقوق فرانسه و کامن‌لا

در فرانسه اصل آزادی قراردادی پس از انقلاب فرانسه و به موجب قانون مدنی ۱۸۰۴^۷، منصوص^۸ شد،

۱. Lorenzen, (۱۹۲۱) ۳۰ Yale L. J. at ۵۶۵, ۵۷۳.

۲. Nussbaum, (۱۹۴۲)

۳. Huber

۴. Ebrahimi, S. N., Ibid.

۵. North, P. M. and Fawcett, , ۱۹۹۲, at ۴۷۶; Lando, , (۱۹۸۲) ۱۹, ۲۱; Graveson, Arbor, ۱۹۵۱, ۶-۸.

۶. Atiyah, ۱۹۹۵ at ۸. See also Atiyah, , ۱۹۷۹, at ۳۹۸ ff, Graveson, ۱۹۵۵, at ۱۸۹ ff.

۷. مواد ۶ و ۱۱۰۲ قانون مدنی فرانسه متضمن اصل آزادی قراردادی است.

۸. در حقوق رومی حاکمیت اراده و آزادی قراردادی اصل نبود و توسعه این مفاهیم به‌عنوان اصل فلسفی و حقوقی حاصل تلاش فرانسویان است. به گفته ژان کاربونیه (Jean Carbonnier): «حاکمیت اراده یک تئوری فلسفه حقوق است. این که بگوییم اراده اشخاص می‌تواند حقوق و تعهدات را برای خود آنها، مطابق با قواعد خودشان ایجاد کند، اراده طرفین صرفاً منبع حقوق و تعهدات نیست بلکه مبنای آنها نیز هست...». ر.ک به

-Zhaohua, Meng, Ibid, p ۲۱۴&۲۱۵.

که در آن زمان متأثر از فردگرایی و اقتصاد آزاد^۱ بود و بیشتر اندیشه^۲ برابری، آزادی و نفی صورت‌گرایی را دنبال می‌کرد؛ ابزار آن نیز مذاکره و چانه زنی متعاملین بود. به‌رغم تمام مخالفت‌ها با این اصل، هنوز مبنای بسیاری از آموزه‌ها و قانون مدنی این کشور است و حقوق‌دانانی نظیر دوما^۳ و کاربونیه به تثبیت آن پرداخته‌اند. به عقیده^۴ کاربونیه آزادی قراردادی به طرفین اجازه^۵ گریز از نظم پیش ساخته قوانین را می‌دهد. در برداشت کلاسیک اصل آزادی قراردادی، این اصل در زمان تشکیل قرارداد به اوج می‌رسد و در مرحله^۶ اجرا در جهت امنیت قراردادی فروکش و اصل لزوم حاکم می‌شود؛ به تعبیری آزادی صرفاً در ورود به قرارداد است نه خروج از آن^۷.

در کامن لا^۸، در آغاز صرفاً پاره‌ای قراردادهای، در نظام سنتی شناخته شده بود و در عمل محدودیت قراردادی وجود داشت. با اتمام قرون وسطی و در جنبشی موسوم به گذار «از قانون به قرارداد»^۹ و بر پایه^{۱۰} اصل حاکمیت اراده، آزادی قراردادی در قرن ۱۹ رونق گرفت. در امریکا، اصل آزادی قراردادی ریشه در قانون اساسی این کشور دارد و به‌همین جهت دیوانعالی فدرال امریکا بسیاری از مقررات معارض این اصل را نقض کرده است^{۱۱}.

امروزه دادگاه‌ها^{۱۲} و حقوق‌دانان امریکایی^{۱۳}، اگر چه با محدودیت‌هایی، پذیرفته‌اند که طرفین می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند. بند ۲ ماده ۱۸۷ اصلاحیه دومین قانون تعارض قوانین آمریکا (۱۹۷۱)^{۱۴} درست در نقطه مقابل اولین اصلاحیه قانون تعارض قوانین (۱۹۳۴)^{۱۵}، اصل حاکمیت اراده را عاملی اساسی در تعیین قانون حاکم بر معاملات چند ایالتی می‌داند. قانون متحدالشکل تجاری^{۱۶} امریکا

۱. La doctrine économique libéral

۲. Jean Domat

۳. Montero, ۲۰۰۴, p۵.

۴. باید ذکر کرد آزادی قراردادی به‌عنوان یک اصل کلی حقوق مدنی در اتحادیه^{۱۷} اروپا توسط دیوان دادگستری شناسایی شده که به‌نظر می‌رسد، تحت شمول ماده^{۱۸} ۱۶ پیمان حقوق بنیادین اروپا ذیل «آزادی مبادرت به کسب و کار» (Freedom to conduct business) مورد حمایت قرار گرفته باشد. ر.ک به: Irakli, Ibid, pp۶۲&۶۳.

۵. From status to contract

۶. Hosseini, ۱۹۹۷, pp۱۱۴, ۱۱۵&۱۴۲.

۷. Beale, (۱۹۱۰) ۲۳ Harv. L. Rev. , at ۲۶۰-۶۱. See also for the same author, ۱۹۳۵, at ۱۰۸۰.

۸. Auten v. Auten, [۱۹۵۴], ۳۰۸ N. Y. ۱۵۵, ۱۲۴ N. E. ۲d ۹۹.

Ehrenzweig, for instance, states that “it seems that the parties’ intent should ultimately prevail over any fictitious balance of ‘governmental interests’”.

۹. American Restatement (Second) of Conflict of Laws

۱۰. American Restatement (First) of Conflict of Laws

۱۱. Uniform Commercial Code

در بخش ۱۵۰-۱ نیز فلسفه راجع به اصل حاکمیت اراده را دنبال می‌کند، اگر چه راهکاری یکسان را در پیش نگرفته است.^۱

۳-۱- اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها در حقوق اروپایی و کنوانسیون‌های بین‌المللی

در اروپا نیز مانند ایالات متحده این بحث وجود داشت که افراد ممکن است نتوانند قانون حاکم بر قرارداد را خودشان انتخاب کنند، زیرا آنها نمی‌توانند خود یک عمل قانون‌گذاری انجام دهند^۲ و یا آنکه بتوانند حل و فصل اختلافات خود را به مرجعی غیر از محاکم تفویض کنند. به همین دلیل توسعه اصل حاکمیت اراده در اروپا و پذیرش آن به کندی اتفاق افتاد. در برخی کشورهای حقوق نوشته، این اصل در ابتدا تنها محدود به مواردی می‌شد که طرفین، قانونی مرتبط با موضوع را انتخاب می‌کردند.^۳

نباید فراموش کرد که ساوینی^۴، دانشمند بزرگ قرن ۱۹ آلمانی، نقش مهمی در پذیرش عمومی این اصل در کشورهای اروپا داشت^۵؛ او پیوسته تاکید می‌کرد که بایستی انتخاب آزاد قانون توسط طرفین، ملاک تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی باشد، نه آنکه محل تعهدات، خواه محل انعقاد و یا محل اجرا مدنظر قرار گیرد.^۶

امروزه، اصل حاکمیت اراده امری مسلم است. این اصل به ویژه در موضوعات بین‌المللی و آنجائی که عناصر نامعین مختلف و بازیگران متعدد وجود دارد و نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف را درگیر می‌سازد، کاربرد دارد. درست پس از اثبات و پذیرش آن در کنوانسیون‌ها، قانون‌گذاری‌های ملی و دکتترین، در ژوئن ۱۹۸۰ میلادی اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی برای تعیین قانون حاکم توسط طرفین قراردادها در قراردادهای بین‌المللی در کنوانسیون رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی بین‌المللی پذیرفته شد. این اصول در کنوانسیون‌های بین‌المللی دیگر نظیر ماده ۲ کنوانسیون

۱. Ebrahimi, S. N. , Ibid, pp. ۷۱-۷۲

۲. do the legislative act

۳. Ebrahimi, S. N. , Ibid, p. ۷۲

۴. Savigny

۵. Rabel, ۱۹۶۰, at ۳۶۲-۳۶۳.

۶. Lando, ۱۹۹۳, at ۵۴.

لايه، مصوب ۱۹۵۵، ماده ۵ کنوانسيون لايه راجع به قانون حاکم بر نمايندگي، مصوب ۱۹۷۸، ماده ۷ کنوانسيون لايه ۱۹۸۶ بند ۱ و ۲ ماده ۷ کنوانسيون مکزيک ۱۹۹۴ نيز پذيرفته شد.^۲

۴-۱- اصل آزادي قراردادها در فقه اسلامي و حقوق مدني ايران

ماده ۱۰ قانون مدني ايران مبين اصل آزادي قراردادي است و اتفاق وجود دارد که اين ماده اقتباس از حقوق فرانسه است. با وجود اين قلمرو اعمال اين اصل محل اختلاف است. برخي با توجه به سابقه فقهی حقوق ايران و وجود ماده ۷۵۴ قانون مدني ضمن رد معين بودن عقد صلح، اين ماده را مبين اصل آزادي قراردادي مي دانند و اساساً ماده ۱۰ را زائد مي دانند و قلمرو اعمال اين اصل را هم محدود به عقود غير معين مي کنند.^۳ در جهت مقابل، برخي ديگر ماده ۱۰ قانون مدني را نه تنها زائد نمي دانند، بلکه آن را در عقود معين و غير معين مجري مي دانند و در رفع خلأهای قانوني مکرراً، مورد استناد قرار مي دهند.^۴ اصل آزادي قراردادي ضمن نفي انحصار قراردادها به عقود معين، اجازه مي دهد، اشخاص در هر قالبی که مایل باشند مذاکره و تراضي کنند، طرف قراردادي خود را انتخاب کنند، محتوا و آثار تراضي خود را تعيين کنند و احکام آن را مشخص و روش حل اختلافات خود را تعيين کنند.^۵ با وجود اين، چنين آزادي ای مطلق نبوده و نيست و ملاحظات مربوط به نظم عمومي و اخلاق حسنه و قوانين آمره به طور روزافزون از دايره شمول آن کاسته است.

در فقه اسلامي، مطابق تفسير فقهای متقدم از نصوص شرعی، نه تنها آزادي قراردادي شناسايي نشده بود، بلکه نظريه محدوديت قراردادي^۶ يا «اصل توقيفي بودن» در ميان مذاهب اسلامي رشد يافت.^۷ بر اين مبنا تنها عقود معين که مربوط به زمان پيامبر بود، شرعی تلقی مي شدند و اصلي ايجاد شد که به موجب آن هر قراردادي باطل است مگر آن که اعتبار آن توسط شرع تصويب شده باشد. اين اصل الاصله الفساد نام داشت و ساير قراردادها را صرفاً در قالب شروط ضمن عقود معين به رسميت مي شناخت. به مرور زمان اين نظريه جزء در مذهب حنفي، توسط فقهای متأخر مذاهب اسلامي مردود و آزادي

۱. Hague, ۱۹۵۵.

۲. Ebrahimi, S. N. , Ibid, p. ۶۸.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دايره المعارف حقوق مدني و تجارت، ج اول (حقوق تعهدات، عقود و ايقات)، چاپ اول، مشعل آزادي، تهران، ۱۳۵۷، ص ۲۰۲.

۴. کاتوزيان، ناصر، قواعد عمومي قراردادها، ج اول، چاپ دوازدهم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۳، صص ۹۵-۱۰۰.

۵. Zhaohua, Meng, Ibid, p ۲۱۳.

۶. Restriction of contract

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمينولوژی حقوق، چاپ اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.

قراردادی به‌عنوان اصل بر مبنای آیات «منع اکل مال به باطل»^۱ و «اوفوا بالعقود»^۲ و عموم حدیث «المومنون عند شروطهم» در حقوق اسلام شناسایی شد.^۳

۲- ماهیت قراردادهای بالادستی نفتی

یکی از موضوعات اختلافی قراردادهای بالادستی نفتی تعیین ماهیت این قراردادها است، که دیدگاه‌های متفاوتی پیرامون آن وجود دارد. تشخیص ماهیت این قراردادها در تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی اثر قاطعی دارد و حدود و ثغور آن را نمایان می‌کند. علت چنین اختلافی بیشتر به اطراف قراردادهای مذکور و توصیف موضوعات حساس آن مربوط می‌شود. بنابراین ابتدا لازم است ماهیت طرفین رابطه را تعیین و آنگاه مشخص کرد که آیا موضوع این قراردادها امری حاکمیتی است یا تصدی و سپس به بررسی دیدگاه‌های متفاوت در این خصوص پرداخت و در آخر دیدگاه پیشنهادی راجع به ماهیت قراردادهای بالادستی نفتی ارائه داد.

۲-۱- ماهیت طرفین قراردادهای بالادستی نفتی

معمولاً طرفین قراردادهای بالادستی نفتی از یک سو دولت نفتی است که حاکم بر منابع نفتی است و معمولاً شرکت ملی نفت (NOC) و یا در موارد استثنائی^۴ وزارت نفت یا انرژی یا وزارت منابع طبیعی از جانب دولت طرف واقع می‌شود و از سوی دیگر شرکت‌های بین‌المللی نفتی (IOC) هستند که عهده‌دار انجام عملیات نفتی و تأمین منابع مالی مورد نیاز پروژه می‌شوند. محل بحث، ماهیت متفاوتی است که طرفین قرارداد دارند. در جانب میزبان آنجائی که وزارت نفت یا وزارت منابع طبیعی طرف قرارداد است، تردیدی نیست که وزارتخانه مزبور موضوع حقوق عمومی است، ولی در جائی که شرکت ملی نفت طرف قرارداد است، همیشه این سؤال وجود دارد که آیا شرکت مزبور صرفاً اعمال حاکمیت دولتی کرده و دارای ماهیت حقوق عمومی است و یا آنکه اساساً موضع حاکمیتی ندارد، بلکه متصدی است و در نتیجه این

۱. آیه ۲۹ سوره نساء

۲. آیه ۱ سوره مائده

۳. Hosseini, ۱۹۹۷, Ibid, pp ۱۱۳, ۱۱۶, ۱۱۷, ۱۲۲ & ۱۲۳.

۴. برای نمونه قرارداد ذیل از جانب دولت میزبان توسط وزارت امور بین‌المللی، حمل و نقل هوایی، زیرساخت و انرژی دولت سنگال منعقد شده است.

-Le Contrat de Recherche et de Partage de production D'Hydrocarbures portant sur Cayar Offshore profond, entre la République du Sénégal, La Société Petro-Tim Limited et La Société des Pétrole du Sénégal, ۲۰۱۲.

شرکت دارای یک شخصیت تلفیقی از شخصیت عمومی و خصوصی است. توضیح آنکه، با توجه به مالکیت دولتی این شرکت، از منظر مالکیت سهام، چنین شرکتی تابع حقوق عمومی است و از طرفی چون فعالیت بازرگانی انجام می‌دهد و در قالب یک شرکت تجاری عمل می‌کند، از منظر کارکردی، خصوصی است. اما در خصوص شرکت‌های بین‌المللی نفتی (IOC)، غالب این شرکت‌ها دارای ماهیت شرکت سرمایه‌گذاری، بازرگانی و عملیاتی بخش خصوصی هستند.^۱ البته آن دسته از شرکت‌های ملی نفتی دولتی نظیر CNPC چین، PETRONAS مالزی و PETROBRAS برزیل که در فضای بین‌المللی مبادرت به فعالیتهای نفتی بین‌المللی مشابه شرکت‌های IOC می‌کنند، نیز همچون شرکت‌های خصوصی بین‌المللی و به مثابه اشخاص خصوصی رفتار می‌کنند. چنین تفاوتی در ماهیت دو طرف رابطه، یکی از مبانی اختلاف در تبیین ماهیت قراردادهای بالادستی نفتی است.

۲-۲- ماهیت موضوع قراردادهای بالادستی نفتی: حاکمیت یا تصدی

یکی از موضوعات اختلافی حقوق، تفکیک امور حاکمیتی از تصدی است که خاستگاه آن حقوق اداری است و به سایر رشته‌های حقوق نیز تسری پیدا کرده است. منشأ تفکیک امور حاکمیتی خود ریشه در تمایز حقوق عمومی از حقوق خصوصی در حقوق روم دارد. رومیان، حقوق عمومی را ناظر بر رابطه میان اتباع و دولت و حقوق خصوصی را مربوط به رابطه اشخاص با یکدیگر می‌دانستند. همین امر منشأ این فکر شد که حقوق عمومی بر توافقات اشخاص دارای تفوق است.^۲ از طرفی مداخله دولت در مسائل اقتصادی و ورود آن به حوزه بازرگانی منشأ ایجاد تفکر تمیز وجوه دو گانه دولت شد. در حقیقت حکومت دارای دو شأن متمایز است:

نخست، دولت به‌عنوان حاکم^۳، که دارای جایگاهی ورای اشخاص خصوصی است و از اختیارات ویژه برخوردار است که اهلیت حاکمیتی^۴ نامیده می‌شود. در اینجا دولت در عرصه بین‌المللی تابع حقوق بین‌الملل عمومی و در داخل تابع حقوق عمومی است.

دوم، دولت به‌عنوان متصدی و اپراتور^۵ که جایگاهی به مانند اشخاص خصوصی دارد و نوع

۱. El Kailani-Chariat, Ebstissam, Ibid, p۲۲&۴۹.

۲. Zhaohua, Meng, Ibid.

۳. L'état souverain

۴. Jure imperii

۵. L'état opérateur

فعالیت‌هایی که انجام می‌دهد تفاوتی با اشخاص خصوصی ندارد و اهلیت تصدی‌گرایانه^۱ خود را اعمال می‌کند که معمولاً از طریق یک شرکت بازرگانی که در مالکیت دولت است، انجام می‌پذیرد که از مقررات حقوق خصوصی تبعیت می‌کند. تفکر تفکیک امور حاکمیتی از تصدی، دستاورد حقوق فرانسه بود و در سایر نظام‌های حقوقی نیز رسوخ کرد.^۲

در صنعت نفت و گاز نیز این دو گانگی وجود دارد. پیش از انقلاب اسلامی، شرکت ملی نفت ایران عهده دار تمامی فعالیت‌های بالادستی نفت و گاز بود و عملاً تمامی امور حاکمیتی و تصدی را توأمان انجام می‌داد. پس از انقلاب با تأسیس وزارت نفت در سال ۱۳۵۸ و بعدها با ایجاد تفکر خصوصی‌سازی و تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، اصلاح قانون نفت سال ۱۳۶۶ در سال ۱۳۹۰ و وضع قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت در سال ۱۳۹۱، تفکیک امور حاکمیتی از تصدی و تعیین حدود آن پررنگ‌تر شد. تحریم‌های بین‌المللی علیه دولت ایران که بیشتر بر پایه غلبه حاکمیت دولتی بر نفت، این صنعت را هدف قرار می‌داد، از یک‌سو و ضرورت جلب سرمایه‌گذاری خارجی که خود اقتضات خاص بخش خصوصی را دارد، ضرورت تفکیک ابعاد حاکمیتی از تصدی را در صنعت نفت بیشتر نمایان می‌سازد.

با وجود این، در قوانین موجود تفکیک امور حاکمیتی از تصدی وجود دارد که می‌توان بوسیله آن نوعی مرز را ترسیم کرد؛ مطابق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری سال ۱۳۸۶ «امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود». در ذیل این ماده مصادیق امور حاکمیتی بر شمرده شده است که در تطبیق با مسائل صنعت نفت می‌توان سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و نظارت در صنعت نفت، ایجاد فضای رقابت در صنعت و منع انحصار، مسائل مالی عمومی، حفاظت از محیط‌زیست و منابع نفتی را در زمره آن دانست. همچنین ماده ۱۱ این قانون با تعبیر امور تصدی به امور اقتصادی مقرر کرده است که امور اقتصادی آن دسته از اموری است که دولت، متصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند، از قبیل تصدی در امور صنعتی، کشاورزی، حمل و نقل، بازرگانی، مسکن و بهره‌برداری از طرح‌های مندرج در ماده (۱۰) این قانون». به موجب این ماده، بهره‌برداری از اموال جامعه که شامل

۱. Jure gestionis

۲. El Kailani-Chariat, Ebstissam, Ibid, p۲۲&۲۳.

منابع نفتی هم می‌شود و روش‌های معمول آن که قراردادهای بالادستی با شرکت‌های بین‌المللی است، جزو وظایف اقتصادی و تصدی دولت تلقی می‌شود و جالب‌تر آنکه دولت در این قبیل مسائل همچون اشخاص حقوق خصوصی عمل می‌کند.

در مقررات نفتی نیز این موضوع وجود دارد. مطابق بند ۱۷ ماده ۱ قانون اصلاح قانون نفت سال ۱۳۶۶ مصوب ۱۳۹۰: «امور حاکمیتی صنعت نفت: اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی از طرف جمهوری اسلامی ایران بر منابع نفتی و سیاستگذاری، برنامه‌ریزی، هدایت و راهبری و نظارت عالیه بر اقدامات اجرائی در صنعت نفت و پتروشیمی اعم از عملیات بالادستی و پایین‌دستی است».

تعریف فوق‌الذکر از تعریف ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری است. ماده ۱ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت سال ۱۳۹۱ نیز با اندک تفاوتی مقرر کرده است که «وزارت نفت به منظور تحقق سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران در بخش نفت و گاز، سیاستگذاری، راهبری، برنامه‌ریزی و نظارت بر کلیه عملیات بالادستی و پایین‌دستی صنعت نفت، گاز، پتروشیمی و پالایشی تشکیل شده است و به نمایندگی از طرف حکومت اسلامی بر منابع و ذخایر نفت و گاز اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی می‌نماید». در حقیقت این ماده شأن وزارت نفت را امور حاکمیتی صنعت نفت دانسته و موضوعاتی از قبیل سیاستگذاری، راهبری و برنامه‌ریزی و نظارت را در حیطه وظایف این وزارتخانه قرار داده است. با وجود این، ماده ۳ قانون فوق در مقام احصای این وظایف و اختیارات، تا حد زیادی آن را توسعه داده است، ولی باز هم انعقاد قراردادهای بالادستی نفتی را در زمره وظایف این وزارتخانه قرار نداده است. موضوعی که ایجاد اشکال می‌کند، جزء ۳ بند ۳ ماده ۳ این قانون است که طراحی الگوی قراردادهای بالادستی نفتی را در صلاحیت وزارت نفت قرار داده است و ماده ۷ نیز تصویب شرایط عمومی قراردادهای بالادستی نفتی را پس از پیشنهاد وزیر نفت با هیئت وزیران دانسته است.

ماده ۵ قانون اساسنامه شرکت ملی نفت ایران ۱۳۹۵ عنوان می‌کند: «موضوع فعالیت شرکت عبارت است از مدیریت و راهبری فعالیت‌های تصدی و انجام عملیات بالادستی نفت و صنایع وابسته و نیز تجارت نفت در داخل و خارج از کشور در راستای تحقق سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی...». و در ماده ۶ همین قانون وظایف و اختیارات این شرکت تشریح شده است. نکته قابل توجه اینکه مطالعه، اکتشاف و استخراج، توسعه و تولید و بهره‌برداری صیانت شده از منابع نفت به موجب قرارداد منعقدشده با وزارت نفت و انعقاد قرارداد با اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی و خارجی و نیز با دولتها، سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های بین‌المللی در راستای موضوع شرکت، صریحاً جزو امورات تصدی و از وظایف شرکت نفت تلقی شده است.



در عمل این مقررات باعث می‌شود که بهره‌برداری از منابع نفتی که جزو امور تصدی است و بالطبع باید در صلاحیت شرکت ملی نفت ایران باشد، تحت‌الشعاع الگوهای قراردادی باشد که وزارت نفت طراحی و هر گونه مذاکره را محدود به این الگوها می‌کند. به تعبیری در مقام جمع حاکمیت و مالکیت بر منابع نفتی از یک‌سو و بهره‌برداری از منابع نفتی از سوی دیگر راه‌حل قانون‌گذار این است که الگوی قراردادهای بالادستی نفتی را وزارت نفت طراحی نماید و مذاکرات و عقد قرارداد را شرکت نفت انجام دهد. شرکت نفت نیز شرکتی تماماً دولتی است (مواد ۴ و ۸ اساسنامه) و فعالیت آن تابع اساسنامه و در موارد سکوت تابع قانون تجارت است (ماده ۸۳ اساسنامه). از جمع مقررات فوق می‌توان استنباط کرد که فعالیتها و قراردادهای بالادستی به وضوح جزء امور تصدی است که در حیطه وظایف و اختیارات شرکت ملی نفت ایران است و این شرکت اگرچه که یک شرکت دولتی است، ولی از اصول تجاری تبعیت می‌کند^۱ و هیچ برتری بر اشخاص موضوع حقوق خصوصی نخواهد داشت.

۳-۲- دیدگاه‌های مختلف راجع به ماهیت قراردادهای بالادستی نفتی

یکی از موارد نزاع در قراردادهای نفتی، تبیین ماهیت این قراردادها است. در اینجا تقابل میان کشورهای نفتی و شرکت‌های نفتی بین‌المللی از یک‌سو و تعارض نظر حقوق‌دانان دارای دیدگاه حقوق عمومی و خصوصی از سوی دیگر ظاهر می‌شود. به‌طور کلی سه دیدگاه وجود دارد: دیدگاه نخست، این قراردادها را به‌عنوان قراردادهای اداری تابع حقوق اداری می‌داند. مطابق دیدگاه دوم، قراردادهای بالادستی نفتی قراردادهای دولتی هستند؛ دیدگاه سوم، قراردادهای مذکور را به‌عنوان قراردادهای خصوصی تابع حقوق بین‌الملل می‌داند؛ کوشش می‌شود به اختصار دیدگاه‌های مزبور ارائه و تحلیل شود.

دیدگاه نخست، قراردادهای نفتی به‌عنوان قرارداد اداری^۲

قرارداد اداری قراردادی است که دستگاه عمومی برای انجام خدمات عمومی با اشخاص خصوصی منعقد می‌کند و دارای اختیارات ویژه‌ای در آن از جمله در مورد تغییر یا فسخ یک‌جانبه قرارداد است. این قرارداد تابع حقوق عمومی و اداری است و رسیدگی به اختلافات آن در صلاحیت مراجع اداری است. آزادی

۱. Mafi, Homayoun, Iran's Concession Agreements and the Role of the National Iranian Oil Company: Economic Development and Sovereign Immunity, ۴۸ Nat. Resources J. ۴۰۷, ۲۰۰۸, p۴۲.

۲. Le contrat administratif

قراردادی در آن محدود و برابری طرفین وجود ندارد؛ دستگاه‌های اداری پاره‌ای شروط نابرابر^۱ و فوق‌العاده^۲ را برای خود درج می‌کنند. قراردادهای اداری در حقوق فرانسه، مصر و لیبی کاملاً مرسوم است.^۳ در جریان دعوی شرکت بی‌بی علیه لیبی^۴، این اندیشه، توسط پروفیسور محمد عمر استاد دانشگاه قاهره مطرح شد که قراردادهای امتیازی نفتی لیبی اداری هستند، لذا دولت لیبی بر پایه منافع عمومی حق خاتمه قرارداد را دارد. تلقی قراردادهای بالادستی نفتی تحت عنوان قرارداد اداری، قابل انتقاد است که برخی از آنها بیان می‌شود:

نخست اینکه، در این قراردادها شروط خاصی وجود دارد که حاکی از خروج قرارداد از شمول قوانین میزبان و دادگاه‌های آن است. در حقیقت در این قراردادها شرط داوری مرسوم است و طرفین معمولاً قانون حاکم را با توافق تعیین می‌کنند. شرط داوری باعث می‌شود محاکم میزبان خواه قضایی و خواه اداری صلاحیت رسیدگی به اختلاف را نداشته باشند و شرط تعیین قانون حاکم دخالت قانون‌گذار میزبان را به حداقل می‌رساند. دوم، درج شروطی مثل شرط ثبات^۵ و شرط مذاکره مجدد^۶ در قراردادهای مذکور بیانگر موضع برابر طرفین است و اساساً اختیار ویژه‌ای برای دولت وجود ندارد. همین طور در انعقاد این قراردادها، طرفین معمولاً از موضع برابر مذاکره می‌کنند. سوم آنکه قراردادهای اداری متناسب خدمات عمومی از قبیل توزیع آب، برق، یا احداث مترو و مواردی این چنینی است، نه نفت و گاز که نقش مهمی در تجارت بین‌الملل دارد و شرکت ملی نفت که دارای شان فعالیت تجاری و سرمایه‌گذاری می‌باشد، متولی آن است. در آخر آنکه منطق حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، تلقی اداری بودن، این قراردادها را نمی‌پذیرد، چرا که سرمایه‌گذاران، ریسک فسخ و تغییرات یک جانبه را قابل قبول نمی‌دانند.^۷

دیدگاه دوم، قراردادهای بالادستی نفتی به عنوان قراردادهای دولتی^۸

قرارداد دولتی، قراردادی است که دولت با اشخاص خصوصی خارجی منعقد می‌سازد و در مقابل معاهداتی قرار می‌گیرد که میان دولتها واقع می‌شود. در مورد قانون حاکم بر این قراردادها، هنوز اجماعی وجود

۱. Les clauses inégalitaires

۲. Les clauses exorbitantes

۳. Chadus, René, Droit administratif général, Montchrestien, Tome ۱, ۱۵ éd, ۲۰۰۱, pp۵۲۲&۵۲۶.

۴. BP v. Libya (۱۹۷۳).

۵. La clause de stabilisation

۶. La clause de renégociation

۷. El Kailani-Chariat, Ebstissam, Ibid, ۲۰۱۷, pp۷۵-۷۸.

۸. Le contrat d'état

ندارد. پروفیسور پیر مایر^۱ معتقد است دولت در معنای حقوق بین‌الملل دارای حاکمیت بر منابع طبیعی است و در قراردادهای خود دارای اختیارات دولتی مبنی بر فسخ و تغییر یک‌جانبه قرارداد است. وی به‌منظور تمایز قرارداد دولتی از اداری، می‌گوید از آنجا که دولت دارای اختیارات دولتی است با پذیرش پاره‌ای شروط همچون شرط ثبات، داوری و قانون حاکم، دست به بی‌اثرسازی آنها می‌زند و در موضع برابر با طرف خصوص خارجی قرار می‌گیرد و حتی حضور شرط ثبات را که تنها در مورد قراردادهای دولت با اشخاص خصوصی قابل تصور است، دلیل دولتی بودن قراردادهای بالادستی نفتی می‌داند.^۲ بر دیدگاه فوق می‌توان پاره‌ای ایرادات وارد ساخت که برخی از آنها بدین قرار است:

نخست آنکه در قراردادهای بالادستی نفتی، دولت به معنای حقوق بین‌الملل عمومی طرف قرارداد نیست، بلکه اصولاً شرکت ملی نفت طرف این قراردادها هستند که یک شرکت دولتی بوده و دارای شأنتی تصدی می‌باشند و نه حاکمیتی. دوم آنکه اساساً اختیارات حاکمیتی دولت به دلیل ابتناء بر دو اصل مصالح و منافع ملی^۳ و امنیت ملی^۴ نه قابل اسقاط است و نه قابل واگذاری به غیر، و لذا قابل اغماض در قراردادهای بین‌المللی نفتی نیست. سوم آنکه در بیشتر این قراردادها قانون حاکم، قانون دولت میزبان تعیین می‌شود که این امر با توجه به ارتباط نزدیک نظام حقوقی میزبان به قرارداد، تا حد زیادی از سوی شرکت‌های خصوصی خارجی نیز پذیرفته شده است. و در آخر آنکه نظام قراردادهای دولتی چندان روشن نیست و بنظر نمی‌رسد بتواند گره گشا باشد.

دیدگاه سوم، قراردادهای بالادستی نفتی به‌عنوان قراردادهای بین‌المللی

در پاره‌ای آثار حقوقی و آراء داوری اندیشه‌ای بیان شده که قراردادهای بالادستی نفتی، تابع حقوق بین‌الملل هستند، چرا که در فضای بین‌المللی شکل می‌گیرند. این گروه در پاسخ به اینکه حقوق بین‌الملل عمومی ناظر بر روابط دولتهاست و نه شرکتهای، مفهوم حقوق بین‌الملل قراردادهای را ایجاد کرده‌اند. در حقیقت عمده هدفی که در پس این دیدگاه قرار دارد، خارج‌سازی چنین قراردادهایی از قلمرو تقنینی دولت میزبان است و ایده «بین‌المللی‌سازی»^۵ و «خارج‌سازی قرارداد از شمول قوانین داخلی»^۶ را

۱. Pierre Mayer

۲. Mayer, Pierre, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, Journal du droit international, année ۱۱۳, no ۱, Paris, ۱۹۸۶. pp. ۳۱-۳۴.

۳. National interests

۴. National security

۵. L'internationalisation

۶. La délocalisation

دنبال می‌کنند^۱، چنانکه در دعوی آرامکو علیه عربستان سعودی داور ضمن رد اداری بودن قرارداد امتیازی نفتی، اعلام کرد، در جاییکه امکان اعمال حقوق داخلی نباشد، باید به حقوق بین‌الملل عمومی مراجعه کرد^۲. نمونه دیگر، دعوی سافایر علیه شرکت ملی نفت ایران^۳ بود که با توسل به استدلال‌های انتقاد آمیز دعوا از شمول قوانین ایران خارج شد. در دعوی تاپکو علیه لیبی^۴ نیز دیدگاه بین‌المللی‌سازی قراردادهای نفتی به‌طور جدی‌تری مطرح شد. داور، با توجه به اینکه در قرارداد شرط داوری درج شده بود و اینکه در آن به اصول کلی حقوقی ارجاع داده شده بود، استنباط کرد که طرفین خواسته‌اند قرارداد را از شمول قوانین لیبی خارج سازند و آن را تابع حقوق بین‌الملل کنند^۵. به‌طور کلی رویه داوری‌های نفتی نشان داده که آنها به راحتی و حتی در صورت وجود ارجاع صریح به قوانین میزبان، قراردادهای نفتی را از شمول قوانین داخلی خارج می‌سازند و با توسل به مفاهیمی چون اصول کلی حقوقی، استانداردهای بین‌المللی نفتی، اصول مورد قبول ملل متمدن و... سعی در اعمال حقوق بین‌الملل می‌کنند^۶.

در نقد این دیدگاه باید گفت، چنانچه مراد از تبعیت قراردادهای بین‌المللی نفتی از حقوق بین‌الملل به وصف عمومی باشد مواجهه با ایرادهای زیادی خواهد بود که به برخی اشاره می‌شود: نخست آنکه وزن ماهوی قراردادهای بالادستی نفتی به مثابه معاهدات، کنوانسیون‌ها، مقالات و پروتکل‌های بین‌المللی نمی‌باشد، زیرا اطراف این دسته از معاهدات دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی می‌باشند، در حالی که اطراف قراردادهای نفتی عمدتاً شرکت‌های ملی نفت و شرکت‌های بین‌المللی نفتی هستند که اولی اگر چه دولتی است ولی با قواعد خصوصی عملیات و اداره نفت را به‌عهده دارد و دومی که غالباً غیردولتی بوده و دارای شخصیت حقوق خصوصی می‌باشند و از قواعد عرفی صنعتی بین‌المللی^۷ و یا نظام‌های داخلی کشورهای میزبان تبعیت می‌کنند.

دوم آنکه هدف قراردادهای بالادستی نفتی توسعه میادین نفت و گاز از طریق سرمایه‌گذاری و عملیات نفتی برای تحقق اهداف تولید و متعاقباً ورود به چرخه فروش مواد خام و یا فرآورش در تاسیسات پایین

۱. Garcia-Castrillon, Carmen, Reflections on the law applicable to international oil contracts, Journal of World Energy Law and Business, ۲۰۱۳, pp۲&۳.

۲. El Kosheri, Ahmed, International arbitration and petroleum contracts, Encyclopaedia of Hydrocarbons, vol ۳۵, ۲۰۰۷, pp ۸۸۱&۸۸۲.

۳. Sapphire International Petroleum Limited v. National Iranian Oil Company (۱۹۶۳).

۴. Tapco v. Libya, (۱۹۷۷).

۵. Garcia-Castrillon, Carmen, Ibid, p۱۶.

۶. برای مشاهده تحلیل بیشتر از آراء داوریهای نفتی مراجعه شود به: محبی، محسن، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی (سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی)، چاپ سوم، شهر دانش، تهران، ۱۳۹۳.

۷. Lex Petrolea

دستی جهت تحصیل منافع اقتصادی و منافع مادی می‌باشد. بالطبع عملیات اقتصادی، مالی، عملیاتی حاکم بر این قراردادهای تابع قواعد حقوق اقتصادی، مالی، بازرگانی و عملیاتی است که از مقولات حقوق خصوصی است و دولت‌ها یا در این رفتارها حضور ندارند و یا نقش تصدی‌گرایانه خواهند داشت.

سوم آنکه حل و فصل اختلافات در این قراردادهای تابع صلاحیت اجباری محاکم دولتی یا محاکم بین‌المللی دادگستری نظیر ICJ نیستند، بلکه عمدتاً تابع قواعد داوری و یا روش‌های حل و فصل جایگزین اختلافات نظیر میانجیگری و صلح و سازش و مذاکره می‌باشند که روش‌های حل و فصل اختلافات قراردادهای بخش خصوصی می‌باشند.

چهارم آنکه قراردادهای بین‌المللی نفتی بر اساس تحمل ریسک سرمایه‌گذاران نفتی چه در قالب قراردادهای مشارکت در تولید و یا قراردادهای خدماتی پیمانکاری منعقد و اجرا شوند، اصولاً دولت‌ها هیچ تضمین حاکمیتی برای استهلاک سرمایه‌گذاری‌های نفتی نداده و اساساً خودشان را طرف این قراردادها نمی‌دانند تا مسئولیتی در قبال اجرا و یا عدم اجرای این قراردادها داشته باشند.

اما اگر منظور از بین‌المللی بودن قراردادهای نفتی تبعیت از قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی باشد، عملاً بین‌المللی بودن این قراردادها، موجب سلب ماهیت حقوق خصوصی این قراردادها نمی‌شود. نظر به اینکه امروزه این قراردادها اصولاً تابع قوانین کشورهای صاحب نفت می‌باشند و عملاً از قواعد حاکمیتی تبعیت نمی‌کنند و جزو موضوعات حاکمیتی دولت نمی‌باشند، بایستی این قراردادها را تابع حقوق خصوصی تلقی کرد. این موضوع در ذیل در طرح دیدگاه پیشنهادی بیشتر توضیح داده می‌شود.

۴-۲- دیدگاه پیشنهادی راجع به ماهیت قراردادهای بالادستی نفتی

ایرادات دیدگاه‌های پیشین، برخی را بر آن داشته تا از ماهیت منحصر به فرد قراردادهای بالادستی نفتی^۱ سخن گویند.^۲ چنین دیدگاهی قابل قبول است، چرا که در تمامی نظام‌های حقوقی درک واحدی از مفهوم این قراردادها وجود ندارد. بنظر می‌رسد، امروزه بر خلاف چند دهه قبل خاصیت تجاری و بازرگانی نفت از ویژگی‌های سیاسی آن اهمیت بیشتری یافته و فضای تعامل میان کشورهای نفتی و شرکت‌های بین‌المللی رو به توسعه نهاده است. از طرفی کشورهای میزان توسعه را در گرو جلب سرمایه‌گذاری خارجی می‌دانند و از سوی دیگر شرکت‌های نفتی به دنبال ارزش بخشیدن به سهام خود در بازار رقابتی انرژی از طریق تحصیل پروژه‌های بیشتر هستند.

۱. Sui generis

۲. El Kailani-Chariat, Ebstissam, ۲۰۱۷, Ibid, p۸۵.

در حقوق ایران تعبیر قراردادهای بالادستی نفتی در قالب قراردادهای اداری غیرواقع‌بینانه است و با فضای صنعت نفت ایران چندان همخوانی ندارد. نظر مناسب تعبیری است که متضمن بیشترین منفعت برای کشور و در عین حال برقراری توازن قراردادی فی مابین دو طرف باشد. بنظر می‌رسد که این قراردادها مطابق با قوانین کنونی، نوعی از قراردادهای معین موضوع حقوق خصوصی با ویژگی‌های خاص خود باشند. دلایل چنین دیدگاهی به شرح ذیل است:

نخست آنکه قراردادهای بالادستی نفتی تابع حقوق خصوصی می‌باشند؛ گفته شد که عملیات نفتی و قراردادهای بالادستی حسب استنباط نگارندگان، جزو امور تصدی‌گرایانه است و اساساً شرکت ملی نفت در موضعی برابر با اشخاص خصوصی است و از هیچ‌گونه اختیارات حاکمیتی برخوردار نیست. این امر نشان می‌دهد از دید قانون‌گذار، چنین قراردادهایی تابع حقوق خصوصی هستند. در حقیقت حاکمیت از موضوعات حقوق عمومی است و مقدم بر هر حق خصوصی است و لذا دولت در استناد به آن نیازمند توسل به مفهوم قرارداد اداری و... نمی‌باشد، چرا که چنین اختیاراتی نه از اقتضائات و آثار قراردادهاست و نه قراردادهای توان سلب آن را دارند. به بیان دیگر، تعبیر قراردادهای بالادستی نفتی به قراردادهای خصوصی نافی اختیارات دولت به مفهوم حقوق عمومی و بین‌الملل نیست، کما اینکه اگر منافع عمومی ایجاد کند دولت می‌تواند در قراردادهای میان اشخاص خصوصی مداخله نماید که نمونه بارز آن عقد اجاره و عقد نکاح است؛ منتهای مراتب چنین اختیاری ناشی از قرارداد نیست بلکه منشأ آن خارج از قرارداد و حاکمیت دولت است.

دوم آنکه قراردادهای بالادستی نفتی قراردادی معین هستند. در واقع این قراردادها دارای عنوان، آثار و احکام معین می‌باشند، که این امر در زمان اعتبار قانون نفت سال ۱۳۵۳ کاملاً مشهود بود، چرا که به وضوح این قانون، نظام قراردادهای خدمت در قالب پیمانکاری با آثار و احکام مشخصی را تشریح می‌کرد. بعد از انقلاب با پشت سر نهادن سه نسل بیع متقابل و طراحی قراردادهای جدید موسوم به IPC، از مجموعه مقررات موضوعه، از جمله مقررات قوانین خاص نفتی، قوانین برنامه سوم، چهارم و پنجم توسعه و قوانین بودجه‌ای که از سال ۷۲ به بعد در حوزه قراردادهای بالادستی نفتی تصویب شد و همچنین مصوبات هیئت وزیران در سال‌های ۱۳۹۴ و ۱۳۹۵ در خصوص «شریط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز»، می‌توان آثار و احکام این قراردادها را استخراج کرد.

سوم، با توجه به ظرفیتی که در قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی وجود دارد، از جمله ماده ۱۰ قانون مدنی که مبین اصل آزادی قراردادی است و همچنین ماده ۲۲۵ این قانون که مقرر می‌کند: «معمول بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله تصریح در

عقد است»، و نظر به اینکه حقوق عرفی نفت^۱ امروزه رو به توسعه است و بخوبی سعی در رفع نیازهای صنعت نفت دارد، می‌توان نظام حقوقی پویا و متوازن را ایجاد کرد که پاسخ‌گوی نیازهای کشور باشد. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۷۶ نیز چنین ظرفیتی را ارتقا می‌بخشد. آخر آنکه وجود مکانیسم‌ها و نهادهای خاص نظارتی در صنعت نفت، از جمله مجلس (ماده ۱۵ قانون نفت)، هیئت عالی نظارت بر منابع نفتی (ماده ۳ قانون نفت)، شورای عالی امنیت ملی (درخصوص موافقت‌نامه محرمانه منضم به قراردادهای اصلی)، شورای اقتصاد (موضوع برنامه‌های پنج‌ساله و بودجه‌های سالیانه، و همچنین ماده ۱۲ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور) و وزیر نفت (تبصره ماده ۳۹ قانون اساسنامه شرکت ملی نفت)، که هر یک به‌نوعی و بر پایه مالکیت عمومی نفت یا حاکمیت دولت بر منابع نفتی، اعمال نظارت می‌کنند، می‌تواند منافع عمومی را متضمن باشد.

۳- محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی در قراردادهای بالادستی نفتی

اصل آزادی قراردادی در اکثر کشورهای دنیا، اصلی پذیرفته شده است؛ منتها مناقشه بر سر حدود این اصل، بسیار گسترده است. حدودی که برای این اصل در نظر می‌گیریم و ملاحظات بسیاری که حاکمیت هر کشوری در قراردادها اعمال می‌نماید، می‌تواند روابط قراردادی خصوصی را متأثر سازد. اصل آزادی قراردادی در قراردادهای بین‌المللی در عمل با محدودیت‌های روزافزونی مواجه است. به‌عنوان نمونه در جایی که قوانین و مقررات ماهوی برای حمایت از منافع اجتماعی وضع می‌گردد، یا در جایی که یک طرف قرارداد در موقعیت ضعیف‌تر از طرف دیگر می‌باشد، مثل مصرف‌کننده حقیقی در مقابل فروشنده، اعمال اصل آزادی قراردادی با محدودیت مواجه خواهد شد.^۲ بنابراین اصول آزادی قراردادی و حاکمیت اراده با محدودیت‌هایی مثل حمایت از حقوق مصرف‌کننده، حمایت از حقوق کارگران، حمایت از قراردادهای بیمه‌ای، قواعد و مقررات آمره راجع به نقل و انتقال ارز، واردات و صادرات، حقوق رقابت و غیره، مواجه می‌باشد.^۳ چنانکه گفته شد قراردادهای بالادستی نفتی قراردادهای خصوصی هستند، که

۱. Lex petrolea

۲. Ebrahimi, S. N. , Ibid, PP. ۸۱-۸۲.

۳. خصوص محدودیت‌های حاکم بر اصول آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، به فصل ۳ (نظم عمومی/استثنای نظم عمومی و قواعد آمره)، فصل پنجم (ملاحظات عمومی راجع به قواعد آمره در حقوق بین‌الملل خصوصی)، فصل ششم (قواعد آمره در کنوانسیون رم ۱۹۸۰)، و فصل هفتم (قواعد حمایتی آمره در کنوانسیون رم ۱۹۸۰) از کتاب Ebrahimi, S. N. , Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations with Particular Reference to the Rome Convention ۱۹۸۰, Athena Press, London, مراجعه کنید.

اصل آزادی قراردادی و اصل حاکمیت اراده بمانند سایر قراردادهای بر آن حاکم است. با توجه به اینکه نفت جزو انفال و ثروتهای عمومی است و عمده درآمد دولت ناشی از صادرات نفت و گاز است، اصل آزادی قراردادی در آن با چالشهایی بیشتر از سایر قراردادهای مواجه است. در این بخش به این چالشها پرداخته می‌شود.

۱-۳- تشریفات انعقاد قراردادهای بالادستی نفتی

یکی از آثار آزادی قراردادی، آزادی انتخاب طرف قراردادی است. در پروژه‌های نفتی با توجه به اهمیت شخصیت طرف قرارداد از حیث توان اجرایی، مالی، مدیریتی، تکنولوژیکی و...، آزادی انتخاب طرف جلوه بیشتری دارد. بدون شک چنین آزادی مستلزم، آزادی مذاکره در انتخاب طرف قراردادی است تا بتوان بهترین پیمانکار را برگزید. با وجود این به موجب ماده ۱۶ قانون برگزاری مناقصات سال ۱۳۸۳، شرکت ملی نفت ایران در انتخاب طرف قراردادی ناگزیر به برگزاری مناقصه است. چنین تمهیدی بنظر می‌رسد به جهت ایجاد فضای عدالت و انصاف، رقابت، شفافیت و جلوگیری از فساد در معاملات باشد.^۱ در حقیقت قانون‌گذار در مواجهه با اصل آزادی قراردادی و ملاحظات مذکور، رعایت موارد اخیر را مقدم دانسته است.

از سویی در مواردی ممکن است نیاز باشد، قرارداد با شخص خاصی منعقد گردد که نمونه بارز آن جایی است که تکنولوژی خاصی نیاز باشد که در انحصار شرکت خاصی است، لذا امکان ترک مناقصه با رعایت تشریفات قانونی وجود دارد (مواد ۲۷ و ۲۸ قانون برگزاری مناقصات). در آخرین تحول، ماده ۱۱ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مقرر کرد که پروژه‌های بالادستی میادین مشترک با تأیید وزیر نفت از شمول قانون برگزاری مناقصات مستثنی می‌باشد، که رعایت تشریفات ترک مناقصه نیز لازم نمی‌باشد.

۲-۳- تیپ و الگوسازی قراردادهای بالادستی نفتی

یکی دیگر از آثار اصل آزادی قراردادی، امکان استفاده از هر قالب قراردادی است؛ طرفین قرارداد آزادند هر نوع و قالب قراردادی را که مطابق منافع و نیازهای خود می‌بینند، انتخاب کنند. در قراردادهای دستگاه‌های دولتی یا شبه دولتی، استفاده از قراردادهای تیپ مرسوم است که این قراردادهای مبتنی بر الگو و طراحی قبلی است. در ایران قراردادهای تیپ دستگاه‌های اجرایی را سازمان برنامه و بودجه طراحی و

۱. طجلو رضا، زهرا بابایی، «بررسی اصول ارتقای سلامت در قانون برگزاری مناقصات ایران و سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD)»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۳، ش ۱، ۱۳۹۶، صص ۳۳ به بعد.

بخشنامه می‌کرد. در صنعت نفت نیز استفاده از تیپ‌های قراردادی برای فعالیتهای مختلف نفتی اعم از مهندسی و مشاوره، تأمین کالا و سخت و پیمانکاری توسط طراحی وزارت نفت متداول است.^۱ در بخش بالادستی بخصوص بعد از انقلاب و از دهه هفتاد اقدام به طراحی الگوی قراردادهای بیع متقابل و در سالهای اخیر IPC شد، که با بحثها و نزاعهای فراوانی همراه بوده است.

اساساً الگوسازی قرارداد در حوزه نفت و گاز بویژه بالادستی چندان موجه و کارآمد نمی‌باشد، چه آنکه این پروژه‌ها، دارای اقتضای خاصی خود است. به‌عنوان نمونه میدانی که در شهرهای نفت خیز جنوب قرار دارد، متفاوت از میدانی است که در دریای خزر واقع است. از طرف دیگر ضرورت جلب سرمایه‌گذاری خارجی و استفاده از پیمانکاران صاحب صلاحیت با این شیوه همخوانی ندارد، و قالبی غیر قابل انعطاف و غیر قابل مذاکره را بر نمی‌تابد.^۲ یکی از مشکلاتی که در حوزه حقوق نفت و گاز ایران وجود دارد، قواعد بسیار محدودکننده‌ای است که راه را بر آزادی قراردادی می‌بندد؛ عمده محدودیتی که وجود دارد مربوط به مالکیت عمومی منابع نفت و گاز است که در عمل انتقال مالکیت منابع نفت در جا و نفت سر چاه را محدود می‌سازد. این امر باعث می‌شود که امکان استفاده از قراردادهای امتیازی و مشارکتی قطع نظر از اینکه به مصلحت کشور باشد یا خیر، ممتنع شود.^۳

تجربه دو دهه استفاده از قراردادهای بیع متقابل که در نهایت با افزایش تحریم‌های بین‌المللی و تغییرات بازار نفت، منتهی به نارسایی این قراردادها شد، باعث ظهور IPC شد. نظر به نسخ صریح قانون نفت سال ۱۳۵۳ و اتمام دوره قوانین برنامه چهارم و پنجم که قراردادهای بیع متقابل را اجازه می‌داد، و با وجود کوتاهی مجلس از تجویز صریح الگوی قراردادی خاص، وزارت نفت بر پایه پاره‌ای مقررات عام و مجمل که اجازه طراحی الگوهای را می‌داد، مصوبه‌ای را ابتدا در سال ۱۳۹۴ و بعد ۱۳۹۵ تحت عنوان «شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز» به تصویب هیئت وزیران رساند، که بارها اصلاح شد. عجیب اینکه این مصوبه بر خلاف ظاهرش، نه شرایط عمومی است و نه الگوی خاصی را پیشنهاد کرده است. در حقیقت متضمن گردآوری برخی اصول و قواعد است، که در قوانین موجود هم

۱. به‌عنوان نمونه «ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی» که توسط سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و وزارت نفت در سال ۱۳۸۱ تدوین شده و مشتمل بر «موافقتنامه، پیوستها، شرایط عمومی و شرایط اختصاصی پیمانهای مهندسی، تأمین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب بصورت توأم (EPC) برای کارهای صنعتی» می‌باشد.

۲. ابراهیمی، سید نصرالله، تقریرات درس حقوق نفت و گاز پیشرفته دوره دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۷-۱۳۹۸، ص ۷.

۳. گودرزی، زهرا، محمود باقری، «تحلیل قوانین جدید در حوزه نفت و گاز و بررسی ظرفیت قانونی موجود در پذیرش تحولات قراردادی»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، ش ۲، ۱۳۹۴.

وجود داشت. بهر تقدیر منطق ایجاب می‌کند که قراردادهای تیپ در بخش بالادستی ارشادی و توصیه‌ای تفسیر شود، تا راه بر مذاکره آزاد هموار شود و مفاد قرارداد در چارچوب قوانین با توافق حاصل شود.

۳-۳- قواعد امره صنعت نفت

یکی از محدودیتهای اصل آزادی قراردادی در هر نظام حقوقی قوانین امره^۱ آن نظام است؛ هیچ قراردادی نمی‌تواند این قواعد را نادیده گیرد. عملیات اکتشاف، توسعه و تولید نفت و گاز از آنجایی که در قلمرو یک کشور انجام می‌شود، لازم است از مقررات آن تبعیت نماید، هر چند که بر قرارداد قانون دیگری حاکم شده باشد.^۲

نکته مهم، معیار تمییز قوانین امره از تکمیلی^۳ در صنعت نفت و گاز است. در حقیقت اگرچه که مقتضی اصل آزادی قراردادی است که در موارد تردید، اصل تکمیلی بودن قوانین اجرا شود^۴، ولی با توجه به ماهیت چند وجهی نظام حقوق نفت و گاز که عناصری از حقوق خصوصی، عمومی و بین‌المللی را دارد، چنین اصلی شاید راه گشا نباشد. برخی نویسندگان گفته‌اند مقررات مربوط به تشکیل شرکتها، استقرار شرکت‌های فرعی یا شعب، مشارکت آنها در جریان مناقصات، حفاظت از محیط‌زیست، قواعد مالیاتی، مسائل حقوق رقابت، رژیمهای صادراتی و... جزو قواعد امره است.^۵ بهترین روش تمییز قوانین امره از تکمیلی در صنعت نفت و گاز، این است که ابتدا موضوع توصیف شود و تعیین گردد که جزو کدامیک از حوزه‌های حقوق است و سپس اصل تکمیلی یا امره بودن را وضع کرد. به‌عنوان نمونه مالکیت منابع نفت و گاز از مسائل حقوق عمومی است، لذا قاعده آن امره است، همچنین است تولید صیانتی، حفاظت محیط‌زیست و قواعد گمرکی و صادرات و واردات و...^۶

۱. Les lois impératives

۲. Garcia-Castrillon, Carmen, ۲۰۱۳, Ibid, p ۱۸.

۳. Les lois supplétives

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۲، ص ۲۹.

۵. Ibid, p ۱۸.

۶. یکی از روشهای موثر در تمییز قواعد امره از تکمیلی، استفاده از مدل تفسل (TEFCEL) است. مدل تفسل قرارداد نفتی و به طور کلی حقوق نفت و گاز را متشکل از ۹ عنصر می‌داند که هر یک مستقلاً و بصورت تعاملی در قرارداد موثرند. این عناصر عبارتند از: عنصر فنی و مهندسی، عنصر فناوری، عنصر اقتصادی، عنصر مالی، عنصر مالیاتی، عنصر بازرگانی، عنصر قراردادی، عنصر محیطی و عنصر حقوقی؛ بنظر می‌رسد در عناصر حقوقی، محیطی و مالیاتی، اصل بر امره بودن قواعد باشد و در سایر عناصر اصل بر تکمیلی بودن آن، که باید عناصر امره را که استثناء بر اصل است، مورد به مورد تشخیص داد؛ به‌عنوان نمونه تولید صیانتی عنصری فنی است، ولی امره است. برای مشاهده مدل تفسل به منابع ذیل مراجعه شود: ابراهیمی، سید نصرالله، تقریرات درس حقوق تطبیقی قراردادها دوره دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه

۴-۳- تعیین قانون حاکم در قراردادهای بالادستی نفتی

مقتضای اصل آزادی قراردادی این است که طرفین به قوانین پیش ساخته محدود نشوند و بتوانند با توافق قانون قابل اعمال بر قرارداد را انتخاب کنند. چنین اختیاری در بسیاری از اسناد داوری بین‌المللی و معاهدات مربوط به تعارض قوانین و قوانین شکلی ملی پذیرفته شده است.^۱ در سیر تاریخی قراردادهای بالادستی نفتی، در قراردادهای امتیازی سنتی ابتدائی معمولاً قانون حاکم بر قرارداد مسکوت می‌ماند، و در مراحل بعد غالباً منابع حقوق بین‌الملل از قبیل اصول کلی حقوقی، اصول حقوقی مورد قبول ملل متمدن و مواردی از این دست^۲، تعیین می‌گردید.^۳ در این برهه سعی زیادی جهت بین‌المللی‌سازی قرارداد و خارج ساختن آن از شمول قوانین ملی انجام شد.

با تحولاتی که در کشورهای نفتی در اثر ملی کردن‌ها، سلب مالکیت و... رخ داد، ایده «تجدید شمول قوانین محلی»^۴ رونق یافت. چنین امری جدای از آنکه متأثر از اصل حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی است، مبتنی بر پیوند نزدیکی است که قوانین کشور میزبان با قرارداد دارد و یکی از معیارهایی است که در نظامهای تعارض قوانین، جهت تعیین قانون حاکم استفاده می‌شود.^۵ بررسی سیر تحولات قراردادهای نفتی حاکی از ایجاد نوعی اصل، تحت عنوان اصل شمول قوانین دولت میزبان بر این قراردادها است^۶، به تعبیری در صورت سکوت طرفین نسبت به قانون حاکم، قوانین میزبان حاکم می‌شود، که برخی از آن تعبیر به ناسیونالیسم انرژی کرده‌اند.^۷ در حقوق ایران، نظام حقوق مدنی، امکان انتخاب قانون حاکم بر

تهران، ۱۳۹۶-۱۳۹۷. ابراهیمی، سید نصرالله، طباطبائی بافقی، سید علیرضا، «روش‌شناسی و ابزار تحقیق در حقوق نفت و گاز»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۴. ابراهیمی، سید نصرالله، جواندل جانانلو، فرخ، «مدیریت تفلسی ریسک در تنظیم قراردادهای بین‌المللی نفت»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۴.

۱. برای نمونه در بند ۱ ماده ۲ «اصول انتخاب قانون قابل اعمال بر قراردادهای تجاری بین‌المللی» که در کنفرانس لاهه در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در مارس ۲۰۱۵، به تصویب رسید، حق انتخاب قانون حاکم برای طرفین شناسایی شده است. همچنین در بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون رم ۱۹۸۰ و مقررۀ رم ۱ سال ۲۰۰۸، بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵ و بسیاری اسناد دیگر انتخاب قانون حاکم شناسایی شده است. برای مشاهده امکان انتخاب قانون حاکم در اسناد مربوط به داوری بین‌المللی ر.ک به:

- Banifatemi, Yas, The law applicable in investment treaty arbitration, in *Arbitration under International Investment Agreements*, K. Yannaca-Small Ed, OUP, ۲۰۱۰, p ۱۹۳.

۲. برای نمونه در قراردادهای ایران با کنسرسیوم و شرکت آجیب چنین آمده بود.

۳. محبی، محسن، همان، صص ۱۴۰-۱۵۶.

۴. La relocalisation

۵. Garcia-Castrillon, Carmen, ۲۰۱۳, Ibid, p ۱۰.

۶. Logie, Jaques, les contrats pétroliers iraniens, *Revue Belge de Droit International*, available at: <http://rbdj.bruylant.be/public/modele/rbdj/content/files, pp ۳۹۸&۳۹۹>.

۷. Garcia-Castrillon, Carmen, Ibid, p ۱۸.

قرارداد را تنها در صورتی امکان‌پذیر می‌داند که هر دو طرف تبعه خارجی باشند. چنین رویکردی قابل انتقاد است، زیرا بوضوح با اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی که در ماده ۱۰ شناسایی شده است، در تضاد است.^۱ با وجود این ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين‌المللى سال ۱۳۷۶ امکان انتخاب قانون حاکم را برای طرفین قرارداد شناخته است و توانسته تا حدودی چنین نقیصه‌ای را مرتفع سازد. نکته قابل ذکر اینکه به موجب ماده ۲۳ قانون نفت ۱۳۵۳، قانون حاکم بر قراردادهای نفتی ایران بود و این قانون به موجب ماده ۱۶ قانون نفت سال ۱۳۹۰ منسوخ گردید و در حال حاضر هیچ قانون موضوعه‌ای وجود ندارد که چنین قراردادهایی را تابع قانون ایران بداند. با وجود این ماده ۱۶ مصوبه مورخ ۱۹ مرداد ماه ۱۳۹۵ هیئت وزیران در خصوص «شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز»، قانون حاکم بر قراردادهای ایران می‌داند. در اینجا نوعی بهم ریختگی غیر منطقی وجود دارد. در حقیقت مقرره‌ای که دادگاهها به آن عمل می‌کنند، یعنی ماده ۹۶۸ قانون مدنی امکان تعیین قانون حاکم را نمی‌دهد، مقرره‌ای که در داورى‌ها به آن استناد می‌شود، قانون حاکم را تابع توافق طرفین می‌داند و مصوبه هیئت وزیران که مشخص نیست با چه مبنایی، حاکمیت قانون ایران را الزام کرده است. به نظر می‌رسد همگام با تحولات کنونی، باید تلقی کرد که علی‌الاصول قانون حاکم بر قرارداد، قانون ایران است مگر اینکه طرفین قانون دیگری را تعیین کرده باشند. مزیت تعیین قانون ایران و به‌طور کلی میزبان این است که معمولا در این قوانین جانب منافع ملی بیشتر نگهداشته می‌شود؛ از طرفی در نظام حقوق نفت و گاز ایران جدای از قوانین متعددی که وجود دارد، تعارضات و ابهامات بسیاری در این حوزه وجود دارد و بسیاری از مسائل عمده حل نشده باقی مانده است، که خود مشکل ساز است.^۲

۵-۳- روش حل و فصل اختلافات در قراردادهای بالادستی نفتی

ویژگیهای خاص سرمایه‌گذاری خارجی در نفت و گاز، ایجاب می‌کند، روشهای حل و فصل اختلافی پیش‌بینی شود، که در عین سازگاری با مسائل پیچیده صنعت، منافع طرفین را نیز تأمین نماید. از اینرو روشهایی چون مذاکره، سازش، میانجیگری، کارشناسی و داورى در قراردادها تعیین می‌شود و ارجاع به

۱. الماسی، نجاد علی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ هشتم، میزان، تهران، ۱۳۸۸، صص ۳۴۶ و ۳۴۷.

۲. به‌عنوان نمونه در باب نظریه مالکیت منابع نفتی که جزو انفال است یا مشترکات عامه، همچنین امکان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران، تبعیت واکذارى قراردادهای نفتی از مقررات تبدیل تعهد یا ضمان و بسیاری مسائل دیگر اختلاف نظر وجود دارد.



دادگاه نادر است. در این بین داوری دارای جایگاه ویژه‌ای است و حتی در قدیمی‌ترین قراردادهای نفتی^۱ نیز استفاده می‌شده و عمده ادبیات این حوزه برآمده از آراء داوری بین‌المللی است. بررسی پیشینه تاریخی دعاوی نفتی، نوعی یأس و سو ظن را در بین کشورهای نفتی نمایان می‌سازد که در برخی موارد، امتناع دولت از شرکت در داوری از جمله در دعاوی بی‌پی، تاپکو و لیامکو علیه لیبی در دهه ۱۹۷۰ و دعوی سافایر علیه ایران، واکنشی به این امر بود.^۲ کشورهای امریکای لاتین، داوری را به رسمیت نمی‌شناختند و به اتکاء آموزه کالوو^۳ از درج داوری در قراردادهایشان خودداری می‌کردند و حسب شرطی موسوم به «شرط کالوو»^۴، هر گونه رفع مرافعه را در صلاحیت محاکم خود می‌دانستند.^۵ عربستان سعودی پس از تجربه دعوی آرامکو حسب مصوبه شورای وزیران، ارجاع به داوری را منوط به تصویب موردی این شورا کرد که مورد تبعیت برخی اعضای دیگر اوپک هم قرار گرفت.^۶ با پیدایش نهادهای داوری چون ایکسید و مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و یا دیوانهای ویژه مثل دیوان دعاوی ایران و امریکا و نظر به تغییر فضای سرمایه‌گذاری خارجی از تقابل به تعامل، به‌مرور اقبال به داوری بیشتر شد و امروزه اغلب اختلافات از طریق داوری حل و فصل می‌شود.

در ایران در ابتدائی‌ترین قراردادهای نفتی داوری وجود دارد. مطابق ماده ۲۳ قانون نفت سال ۱۳۵۳ هرگونه حل و فصل اختلافات از طریق داوری، مطابق قوانین ایران و در ایران انجام می‌شد. پس از انقلاب از گذار تجارب گذشته و در جمع با مقتضیات روز صنعت و بازار سرمایه‌گذاری نفتی، راهی میانه اتخاذ شد که داوری را بنحو مشروط تجویز می‌نماید. طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». ابهام و تفاسیر متعدد این اصل ایراد عمده نظام قراردادهای نفتی ایران است. منشأ اختلاف چند مورد است؛ نخست زمان اخذ مصوبه هیئت وزیران یا

۱. به‌عنوان نمونه در ماده ۱۷ امتیازنامه داری هم حکمیت به‌عنوان روش حل و فصل اختلاف تعیین شده بود. محبی، محسن، همان، ص ۱۴۳.

۲. El Kosheri, Ahmed, Ibid, ۲۰۰۷, p۸۷۹.

۳. Calvo doctrine

۴. Calvo clause

۵. Brunet, Alexia, Juan Agustin Lentini, Arbitration of international oil, gas and energy disputes in Latin America, Northwestern Journal of International Law & Business, vol ۲۷, iss۳, ۲۰۰۷, p۵۹۳&۵۹۴.

۶. El Kosheri, Ahmed, Ibid, p۸۸۲.

مجلس است که روشن نیست. دوم نوع موضوع آن است که آیا شامل اموال شرکت‌های دولتی هم می‌شود یا خیر؟ و سوم موارد مهمی است که در اصل به آن اشاره شده اما تا بحال قانونی در خصوص آن تصویب نشده است.

در مورد زمان اخذ مصوبه اختلاف عمیق است، چنانکه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه‌ای زمان اخذ مصوبه را زمان درج شرط دانسته و مصوبه لاحق را ابطال کرده است.^۱ این رأی قابل انتقاد است، زیرا علاوه بر اینکه اخذ مصوبه به صورت موردی در هر قرارداد در زمان انعقاد، اشتغال زیادی را می‌طلبد، می‌تواند باعث تضییع اصل ۱۳۹ شود، چرا که در زمان بروز اختلاف هنوز امکان تعدی به اموال عمومی و دولتی پابرجاست در حالیکه عملاً دست مجلس و دولت بواسطه صدور مصوبه کوتاه شده است و اساساً برخی چنین نظری را مغایر نظر شورای نگهبان می‌دانند.^۲ با وجود این شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۹ خود ضمن رد ارتباط اصل ۱۳۹ با اصل ۷۷، مفاد اصل ۱۳۹ را روشن و بدون ابهام دانسته است.^۳

برخی با تفکیک بین اموال دولتی از اموال شرکت‌های دولتی و توجه به استقلال شخصیتی شرکت‌های دولتی از دولت، این اصل را شامل اموال شرکت‌های دولتی و اموالی که این شرکتها در مقام تصدی در اختیار دارند، نمی‌دانند.^۴ بنظر می‌رسد با توجه به اینکه شرکت‌های ملی نفت اساساً به نیابت از عموم مردم و حکومت اقدام به عقد قرارداد می‌کنند، چنین تفسیری صحیح نباشد، زیرا قید و منع اصل ۱۳۹ خود دولت را هم شامل می‌شود، به تعبیری منع موکل منع وکیل را هم شامل می‌شود.^۵

۱. ر.ک به: میرزا نژاد جویباری، اکبر، «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری در آئینه رأی شماره ۱۳۸-۱۳۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصلنامه حقوق اداری، ش. ۸، ۱۳۹۴.
۲. کاویانی، کورش، «اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی» پژوهش حقوق و سیاست، ش. ۵، ۱۳۸۰، صص ۱۳۵ و ۱۳۶.
۳. صالحی، محمد، «اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان، اصل یکصد و سی و نهم»، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶، صص ۵۸ و ۵۹.
۴. هندی، اصغر، «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۶، ۱۳۸۶، صص ۸۵ و ۸۶. شیروی، عبدالحسین، همان، صص ۶۴۴ و ۶۴۵.
۵. پرسشی مطرح می‌شود، آیا شرکت ملی نفت طرف قرارداد دارای هویتی مستقل از دولت متبوع است یا خیر؟ پاسخ از لحاظ عملی مهم است، به‌عنوان نمونه اگر حکمی علیه دولت صادر شود یا تحریمی علیه آن وضع شود، اینکه شرکت ملی نفت را متأثر سازد بسته به پاسخ این پرسش است. در آراء داوری نظرات مختلف است؛ در دعوی بین شرکت وینترشل علیه دولت قطر (Wintershall v. the Government of Qatar)، که در سال ۱۹۸۸ مطرح شد، دیوان داوری برغم اینکه قرارداد با شرکت نفت قطر (Qatar General Petroleum Corporation) منعقد شده بود، دولت قطر را نیز طرف دعوا دانسته و ایراد عدم صلاحیت دولت را رد کرده است. مبنای دیوان رأی این بوده که شرکت نفتی قطر به‌عنوان عامل حکومت عمل می‌کند و رفتار آن قابل استناد به حکومت است. همچنین عزل و نصب هیئت مدیره شرکت با امیر قطر بوده و رئیس هیئت مدیره هم وزیر امور مالی و نفت قطر بوده است. در دعوی آموکو علیه ایران (Amoco v. Iran) دیوان، نیز عمل از

همچنین گفته شده است که اصل ۱۳۹ مربوط به مواردی است که دعوا در دادگاه ملی مطرح شده یا قابل طرح است.^۱

واقعیت این است که فهم صحیح اصل ۱۳۹ منوط به درک پیشینه زمینه ذهنی است که نسبت به دعاوی نفتی وجود داشته است. در بررسی اجمالی تاریخ دعاوی نفتی بوضوح می‌توان یافت که تفاسیر داوری تا چه میزان می‌تواند منافع ملی را در معرض تهدید قرار دهد و تفاسیر گاه عجیب و غریب نوعی سو ظن منطقی را در کشورهای نفتی ایجاد کرده است که اصولی همچون اصل ۱۳۹ حاصل آن است. استقلال را در این نهاد در رسیدگی و اجرای رأی با توجه به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ به دست آورده است، توجیه کننده چنین احتیاطی است. در مقام عمل در جمع بین مصالح مختلف بهترین رویکرد این است که در قراردادهای بالادستی نفتی داوری، بصورت مشروط قید گردد، چه آنکه اگر بی‌قید و شرط باشد عملاً امکان استناد به عدم اخذ مجوز وجود نخواهد داشت.

۳-۶. اصل لزوم، شرط ثبات، انعطاف قراردادی و اختیارات فرا قراردادی دولت

اصل آزادی قراردادی در ورود به قرارداد به اوج می‌رسد و پس از انعقاد به نفع لزوم قرارداد فروکش می‌کند. در حقیقت «اصل لزوم قرارداد»^۲ هم ابزار محدودسازی آزادی اراده طرفین است و هم تضمین کننده آن، چرا که فسخ قرارداد خلاف آزادی ابراز شده نخستین است. ویژگی‌های خاصی که قراردادهای بالادستی نفتی دارد، از جمله مدت طولانی آن، سرمایه‌گزارانی که نیاز دارد و ریسک‌های متعدد تجاری و سیاسی که همواره آن را تهدید می‌کند، اندیشه‌بستگی به اصل لزوم سنتی را تحت شعاع قرار داد و آموزه «ثبات قراردادی»^۳ را ایجاد کرد. شرط ثبات در ابتدای امر به دنبال لزوم قرارداد بود، ولی با توجه به منشأ شکل‌گیری آن که به قراردادهای استعماری نخستین برمی‌گردد، محل تنش میان شرکت‌های بین‌المللی

جانب دولت را باعث رد شخصیت مستقل شرکت دانسته است. در جهت مخالف در دعوی گراس علیه دولت لیبی و شرکت ملی نفت لیبی (Grace Petroleum Libya v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya) و با وجود اینکه قرارداد به امضاء مقام دیصلاح دولتی رسیده بود، دیوان با توجه به استقلال شخصیتی شرکت ملی نفت لیبی و این حقیقت که امضاء مقام دولتی صرفاً دایر بر تأیید انجام عمل در چارچوب اختیار قانونی شرکت ملی نفت لیبی بوده است، دعوا را متوجه دولت لیبی ندانست. ر.ک به: El Kosheri, Ahmed, Ibid, ۲۰۰۷, pp ۸۹۲&۸۹۳. ۱. کاویانی، کورش، همان، ص ۱۳۵.

۲. Le pacta sunt servanda

۳. La stabilisation contractuelle

نفتی و کشورهای نفتی شد.^۱ شروط ثبات نخستین تحت عنوان «شرط انجماد»^۲ و شرط «لمس ناپذیری»^۳ در صدد محدودسازی نیروی حاکمیتی دولت میزبان از حیث تقنینی و اجرایی بود که حاکی از مشی استعماری شرکت‌های نفتی بین‌المللی بود و در داوریه‌های نفتی به کرات اعتبار آن پذیرفته شده بود.^۴ با شناسایی اصل حاکمیت دائمی دولت‌ها بر منابع طبیعی^۵، در حقوق بین‌الملل اندیشه شرط ثبات سنتی رنگ باخت و این حق برای دولت‌ها محفوظ ماند که قراردادهای مخالف با منافع ملی را نادیده بگیرند. چنین اختیاری برای دولت قطع نظر از ماهیت قراردادهای بالادستی نفتی امری مسلم است و اساساً نیازی به تلقی اداری بودن این قراردادها نیست، چه آنکه حاکمیت دولت‌ها ناشی از اقتضای قرارداد نیست و در قراردادهای خصوصی نیز دولت می‌تواند ابزار حاکمیت خود را بکار گیرد و مصالح عمومی را تأمین نماید. همگام با تحولات، بر پایه تئوریهایی همچون «تغییر اوضاع و احوال بنیادین قرارداد»^۶ یا «تغییر غیر قابل پیش‌بینی شرایط»^۷، اندیشه «انعطاف‌پذیری قراردادی»^۸، شکل گرفته که متضمن پویایی قرارداد و بروز رسانی مفاد و شرایط آن در مواجهه با «عدم توازن قراردادی»^۹ است.^{۱۰} در حقیقت تقابل، جای خود را به تفکر تعدیل قرارداد و مذاکره مجدد داده که به نوعی بازگشت به آزادی قراردادی است و لزومی را که در معنای ثبات منعکس می‌شد، در بستر «تغییرپذیری»^{۱۱} در مواجهه با شرایط و اوضاع و احوال غیرقابل پیش‌بینی، تفسیر کردند. به تعبیری همگام‌سازی قرارداد با شرایط روز که متضمن منافع مشترک طرفین است، از طریق تعدیل یا مذاکره مجدد و یا حتی استفاده از قراردادهای ناقص، عین لزوم آن تلقی

۱. مداخلات کشورهای استعمارگر در کشورهای نفتی بوسیله امتیازات نفتی بلند مدتی که تحصیل کرده بودند، سر منشأ بسیاری از تیره‌روزی کشورهای نفت خیز بوده و هست تا جائیکه از آن تعبیر به «نفرین منابع» (La malédiction des ressources) می‌شود.

- El Kailani-Chariat, Ebstissam, Ibid, p۲۹.

۲. La clause de gel

۳. La clause d'intangibilité

۴. El Kosheri, Ahmed, Ibid, p۸۸۶.

۵. در حقوق بین‌الملل به موجب قطعنامه‌های ۱۸۰۳، ۳۲۸۱، ۶۲۶ و ۱۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، این اصل شناسایی شده است و بسیاری از حقوق‌دانان آن را متضمن یک قاعده عرفی می‌دانند. همچنین در ماده ۱۹۳ کنوانسیون حقوق دریاها نیز به این اصل اشاره شده است. ر.ک به: Garcia-Castrillon, ۲۰۱۳, p۲.

۶. Clausula rebus sic stantibus

۷. L'imprévision

۸. La flexibilité contractuelle

۹. La déséquilibre économique

۱۰. Patru, iss ۱, ۲۰۱۱, p۱۲۶.

۱۱. La mutabilité

۱۲. El Kailani-Chariat, Ebstissam, Ibid, ۲۰۱۴, p۳۸-۴۰.

۴- تحلیل نظری امکان گسترش آزادی قراردادی در قراردادهای بالادستی نفتی

در بحث‌های گذشته از اصل آزادی قراردادی سخن گفته شد و مشخص شد که با توجه به غلبه ماهیت خصوصی قراردادهای بالادستی نفتی، این اصل در آن بمانند سایر قراردادهای، در قواره یک اصل کلی حقوقی ظاهر می‌شود. مع‌ذک چالش‌ها و محدودیت‌های بسیاری فرار روی آن شکل گرفته است، که در برخی موارد بیشتر مبتنی بر دلایل تاریخی است و می‌توان آن را به نوعی ناشی از سلطه هراسی دانست. واقعیت این است که این قراردادها با توجه به موضوع آن، که کالایی با ماهیت استراتژیک می‌باشد از اهمیت بسیاری برخوردار هستند که تلقی مستقلی را نیازمند است که باید در تنظیم نظام حقوقی نفت و گاز به‌طور عام و طراحی نظام قراردادی نفت و گاز به‌طور خاص رعایت گردد. بنابراین لازم است چنین نظامی بر پایه دو عنصر توازن و عدالت قراردادی از یک سو و تحلیل اقتصادی و تفلسفی بودن عناصر آن مورد توجه قرار گیرد.^۱

۴-۱- توازن و عدالت قراردادی در قراردادهای بالادستی نفت و گاز

از منظر نخست، توازن و عدالت پایه نظام طبیعی و انسانی است و قاعده‌ای است که زیر پوست آن جاری است.^۲ توازن و عدالت در قرارداد نیز قاعده است و نقض آن در نهایت به اضرار طرفین می‌انجامد. اندیشه‌ای که عدالت قراردادی را از طرفین قرارداد مجزا می‌کند، یا صرفاً آن را بر پایه اراده آزاد طرفین تفسیر می‌کند، هر دو منسوخ و مطرود هستند. افراط و تفریط و انکار مفهوم اجتماعی قرارداد مذموم است.^۳ در نظام قراردادهای بالادستی نفتی مفهوم منفعت عمومی کشور صاحب نفت در کنار منفعت شخصی شرکت بین‌المللی باید تفسیر شد و نوعی تعادل را میان این دو ایجاد کرد. جدال تاریخی به این سمت کشیده شد که طرفین باید تضاد را به همکاری بدل کنند. هر طراحی قراردادی نیز باید متضمن چنین توازن و تعادلی باشد. قراردادهای امتیازی سنتی به دلیل انکار توازن محکوم به شکست شد. چنین تعادلی باید بمثابة یک مفهوم پویا مد نظر قرار گیرد، نه ایستا؛ بنابراین در تمام طول مدت قرارداد و با رعایت تمامی عناصر موثر از جمله مسائل بازار، شرایط سیاسی، ریسک‌های تجاری و... باید تعریف شود. یکی از علل ناکارآمدی قراردادهای بیع متقابل که در نهایت باعث حرکت به سمت طراحی جدید شد،

۱. برای مشاهده تحلیل اقتصادی اصل آزادی قراردادی و تحلیل اقتصادی عدالت قراردادی ر.ک به: انصاری، مهدی، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، چاپ اول، انتشارات جاودانه- جنگل، ۱۳۹۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق «نئوری موازنه» بر پایه اصالت عمل، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، تهران، ۱۳۹۳، صص ۱۳ و ۱۴.

۳. Aubert De Vincelles, Carole, Ibid, p ۱۸.



همین بی تفاوتی نسبت به توازن منافع طرفین قرارداد بود که بسیاری از شرکت‌های نفتی بین‌المللی را نسبت به آن بی‌میل کرد و فرصت‌های سرمایه‌گذاری بسیاری را از کشور سلب کرد. براساس آنچه گفته شد اصل آزادی قراردادی در تعریف حقوق و تکالیف حاکم بر قراردادهای بالادستی صنعت نفت گاز می‌تواند تضمین کننده توازن قراردادی شده و عملاً عدالت توزیعی را فیمابین بازیگران قراردادی محقق سازد.

۲-۴- تحلیل کارآیی اقتصادی و حداکثرسازی در منافع طرفین در قراردادهای

بالادستی نفتی

از منظر تحلیل اقتصادی، هر گونه قراردادی باید معطوف به کارایی اقتصادی و به حداکثر رساندن ثروت طرفین باشد. اگر قراردادی برای یک طرف چنین ویژگی‌های را در بر نداشته باشد، بی‌تردید، انگیزه‌ای در ورود به آن نخواهد داشت. اما اگر کارآمدی اقتصادی را متضمن باشد به جلب تقاضای بیشتر و نوعی رقابت منتهی می‌شود که خود متضمن فایده اقتصادی است. درحالی که رویکرد شرکت‌های نفتی بین‌المللی صرفاً اقتصادی و مفهوم مادی ثروت است، دولت‌های میزبان علاوه بر ثروت مفاهیمی چون اشتغال، حفاظت از محیط‌زیست، دانش فنی و در یک کلام توسعه پایدار را دنبال می‌کنند^۱. بی‌تردید از منظر تحلیل اقتصادی قراردادهای بالادستی نفتی که چنین همسویی منافی را ایجاد نماید ترجیح دارد و کارآمد تلقی می‌شود.

آزادی قراردادی به‌عنوان زیر بنای حقوق قراردادهای، می‌تواند هم نظامی متوازن را ایجاد نماید و هم از منظر اقتصادی به کارآمدی منجر شود. در حقیقت غرض این نیست که در نظام قراردادهای نفتی، نگاهی صرفاً مبتنی بر آزادی قراردادی داشت، بلکه منظور این است، هرگونه تحدید آن باید با توجه به ملاحظات عدالت قراردادی و برداشت اقتصادی از آن باشد. بنابراین آزادی قراردادی تا آنجا مطلوب است که رقابت ایجاد کند، ارزش افزوده خلق کند، منافع ملی را تأمین نماید، باعث استفاده بهینه از منابع نفتی شود^۲.

۱. Garcia-Castrillon, Carmen, Ibid, p۶.

۲. انصاری، مهدی، همان، ۱۳۹۰، ص ۲۴۷.

۳-۴- تفلسی بودن عناصر قراردادهای بالادستی نفتی

نکته آخری که باید به آن توجه کرد، بحث میان رشته‌ای و چند وجهی بودن قراردادهای نفتی است. به دلیل پیچیدگی‌ها، عدم قطعیت‌ها و میان رشته‌ای بودن موضوعات، لازم است اصل آزادی قراردادی و محدودیت‌های آن با توجه به عناصر نه گانه تفلسی بررسی شود. عناصر تفلسی موجود در قراردادهای بالادستی نفت و گاز شامل عناصر ۹گانه فنی، فناوری، اقتصادی، مالی، مالیه‌ای، بازرگانی، قراردادی، محیطی و حقوقی می‌باشد^۱.

بر اساس مدل تفلسی، لازم است در قراردادهای بالادستی عناصر موضوعات فنی (از قبیل مهندسی، طراحی، اجرا، بهره‌برداری)، اقتصادی (از قبیل سرمایه‌گذاری، امکان‌سنجی اقتصادی طرح و نرخ بازگشت سرمایه)، مالی (از قبیل تامین مالی، تعیین طبقات هزینه‌ها، تثبیت و تسجیل و تایید هزینه‌ها، طراحی و اعال رویه‌های حسابداری و حسابرسی و روش‌های ارائه صورت وضعیت‌ها و بازپرداخت هزینه‌ها)، مالیه‌ای (از قبیل هزینه‌های قانونی شامل مالیات، تامین اجتماعی، عوارض گمرکی و تعرفه‌های قانونی حاکم بر اجرای پروژه‌های نفتی)، بازرگانی و تجاری (از قبیل موضوعات پوشش‌های بیمه‌ای، حمل و نقل، واردات، و صادرات)، قراردادی (از قبیل شرایط صریح و تلویحی قراردادی، فرایندها و ماهیت‌های حاکم بر واگذاری، مذاکره، انعقاد، اجرا و تسویه حساب قراردادی)، محیطی (از قبیل محیط سیاسی، محیط اجتماعی و فرهنگی، محیط تجاری و کسب و کار، و محیط اکولوژیک و محیط‌زیست) و حقوقی (از قبیل قوانین و مقررات حاکم بر قراردادهای حقوق و تعهدات و مسئولیت‌های طرفین قراردادهای رویه‌های قضایی و دکترین‌های حقوقی مطروحه در صنعت نفت) مورد توجه جدی قرار بگیرد.

در طرح آزادی قراردادی و محدودیت‌های آن باید به عناصر تفلسی توجه کرد، زیرا این وجوهات چندگانه و پیچیدگی در قرارداد نفتی اگر چه می‌تواند توجیه‌گر آزادی قراردادی باشد، می‌توان، باعث تحمیل محدودیت بر آن نیز باشد. به عنوان مثال، لازم است در طراحی قراردادهای بالادستی نفتی ایران به محدودیت‌های عناصر حقوقی (Legal) حاصل از اصول ۴۴، ۴۵، ۸۰ و ۸۱ قانون اساسی و نیز قانون

۱. مدل جامع تفلسی برای اولین بار توسط سید نصراله ابراهیمی در کنفرانس بین‌المللی نفت و گاز لندن ۲۰۰۵ مطرح شد. این نظریه توسط ایشان در سال ۲۰۰۵ و سپس در سال بعد در کنفرانس بین‌المللی نفت و گاز و ال ان جی در شهر ژوهانسبورگ آفریقای جنوبی و کارگاههای آموزشی ارائه شده توسط ایشان در کشورهای مالزی، سنگاپور، چین، اندونزی، انگلستان، امارات متحده عربی و ویتنام به شکل مفصل‌تر و کامل‌تری بسط یافت. مطابق این مدل، که به مدیریت جامع قراردادی نسبت به عوامل پیچیده با درجه عدم قطعیت و نامعلومی در حد بالا می‌پردازد، لازم است ضمن شناسایی جامع خطرات مطروحه در قراردادهای بالادستی نفتی به ارزیابی آنها پرداخته و روش‌های مدیریت جامع، یک پارچه، میان رشته‌ای و استراتژیک را در یک زنجیره صفر تا صد واکاوی و اعمال کرد.

نفت مصوب ۱۳۶۶ (اصلاحیه سال ۹۰)، و همچنین قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب سال ۱۳۹۱، قوانین بودجه سالانه از سال ۱۳۷۴ به بعد و بویژه قوانین برنامه پنج ساله توسعه اقتصادی و مصوبه هیئت دولت در خصوص الگوی قراردادهای نفتی مصوب سال‌های ۱۳۹۴ و ۱۳۹۵ که در حیطه قراردادهای نفتی ایران قابل طرح است، توجه شود. بنابراین بایستی زمینه حقوق عمومی و خصوصی حاکم بر قراردادها را مدنظر قرار داد و مقرراتی با ویژگی امری وضع شده از سوی دولت‌ها از قبیل ضد تراست، قوانین کنترل مبادله ارز یا قیمت‌ها، قوانین تحمیل کننده نظام‌های مسئولیت ویژه یا منع کننده شروط قراردادی شدیداً غیر عادلانه و غیره، را مورد ملاحظه قرار داده که ممکن است محدودیت‌هایی را در اعمال اصل آزادی قراردادی اعمال نماید.

اصل آزادی قراردادی از اصول بنیادین و جهان شمول حقوق قراردادهای است که در تمامی نظامهای حقوقی، از جمله در حقوق ایران شناسایی شده است. با توجه به اینکه قراردادهای بالادستی نفتی فیما بین شرکت‌های ملی نفت که دارای شخصیت حقوقی دولتی هستند ولی بر اساس اصول خصوصی و تجاری اداره می‌شوند و شرکت‌های بین‌المللی نفتی (IOC) که عمدتاً دارای شخصیت حقوقی خصوصی می‌باشند، منعقد می‌گردند و دارای ماهیت خصوصی هستند، سخن از آزادی قراردادی در این قراردادهای گزاف نیست. با وجود این، محدودیتها و چاشمهای اصل آزادی قراردادی در قراردادهای بالادستی نفتی بسیار بیشتر از سایر قراردادهاست تا جائیکه امکان انتخاب طرف قراردادی از طریق مقررات مناقصه، امکان انتخاب قالب قراردادی از طریق قراردادهای تیپ و الگوها محدود شده است. قوانین آمره، نظم عمومی و رفتارهای الزام آور عرفی در قراردادهای صنعت نفت و گاز بسیار است، به حدی که انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و روش حل و فصل اختلافات این قراردادها را با چالش‌ها و محدودیت جدی مواجه کرده است.

اندیشه ثبات و لزوم سنتی که آزادی قراردادی را مسدود و در عین حال تضمین می‌کرد، جای خود را به انعطاف‌پذیری قراردادی داده است. بنظر می‌رسد در شرایط کنونی بر اساس معیارهای توازن و عدالت قراردادی از یک سو و تحلیل اقتصادی قراردادهای بالادستی نفتی با توجه به ماهیت پیچیده و چند وجهی آن، شایسته است راه را بر آزادی قراردادی و اعمال حاکمیت اراده طرفین بیشتر باز کرد، تا بتوان مسیر سرمایه‌گذاری و توسعه میادین نفت و گاز و تحمل ریسک‌های متعدد در این صنعت، را هموار کرد. بدون شک اصل آزادی قراردادی در کنار عناصر محدودکننده بایستی به گونه‌ای در مذاکرات، انعقاد و اجرای قراردادهای بالادستی با یکدیگر تعامل کنند، که در عمل سرمایه‌گذاری‌های نفتی تسهیل گردیده و موجبات توسعه میادین بالادستی نفت و گاز بر اساس اصل توازن قراردادی، و همچنین اصل برد-برد در منافع بین دولت‌های میزبان / شرکت‌های ملی نفت از یکطرف و شرکت‌های بین‌المللی نفتی از سوی دیگر، فراهم گردد.



منابع و مأخذ:

الف - منابع فارسی:

۱. ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۹۶-۱۳۹۷)، تقریرات درس حقوق تطبیقی قراردادهای دوره دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۲. ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۹۷-۱۳۹۸)، تقریرات درس حقوق نفت و گاز پیشرفته دوره دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۳. ابراهیمی، سید نصرالله، عباسی، حمیدرضا (۱۳۹۷)، "بررسی عنصر تکنولوژی از عناصر تفلسی در قراردادهای بین‌المللی نفتی"، مجله راهبرد، سال ۲۸، شماره ۹۰، بهار.
۴. ابراهیمی، سید نصرالله، طباطبائی بافقی، سید علیرضا (۱۳۹۴)، «روش‌شناسی و ابزار تحقیق در حقوق نفت و گاز»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، شماره ۲.
۵. ابراهیمی، سید نصرالله، جواندل جانانلو، فرخ (۱۳۹۴)، «مدیریت تفلسی ریسک در تنظیم قراردادهای بین‌المللی نفت»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، شماره ۱.
۶. ابراهیمی، سید نصرالله، و شیربجیان، محمد (۱۳۹۳)، «قراردادهای بالادستی نفت و گاز و تبیین دلالت‌های قانونی و الزامات قراردادهای جدید»، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران.
۷. ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۸۸)، «نسل سوم قراردادهای بیع متقابل». مشعل، نشریه کارکنان صنعت نفت ایران ۴۶۸.
۸. ابراهیمی، سید نصرالله، صادقی مقدم، محمدحسن، و سراج، نرگس (۱۳۹۱)، «انتقادهای وارده بر قراردادهای بیع متقابل صنعت نفت و گاز ایران و پاسخ‌های آن». فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۴ (۴): ۱-۱۹.
۹. ابراهیمی، سید نصرالله، و خوش‌چهره، فاطمه (۱۳۹۴)، «استفاده، انتقال و توسعه فناوری در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران». فصلنامه حقوق پزشکی ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری: ۶۵-۱۰۲.
۱۰. ابراهیمی، سید نصرالله، منتظر، مهدی، مسعودی، فرزاد (۱۳۹۳)، «اصول قانونی حاکم بر قراردادهای خدماتی بالادستی صنعت نفت و گاز ایران». پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران ۳ (۱۲): ۱-۲۶.
۱۱. ابراهیمی، سید نصرالله؛ اکبری، محمود (۱۳۹۶)، "شناسایی، ارزیابی و مدیریت ریسکها در قراردادهای طرح و ساخت نفت و گاز و تاثیر آن در پیشگیری طرح از ادعا و اختلاف"، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران ۱- سال ششم، شماره ۲۳، تابستان.

۱۲. انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، چاپ اول، انتشارت جاودانه- جنگل.
۱۳. الماسی، نجاد علی (۱۳۸۸)، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ هشتم، میزان، تهران.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، گنج دانش، تهران.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول (حقوق تعهدات، عقود و ایقاعات)، چاپ اول، چاپخانه مشعل آزادی، تهران.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، گنج دانش، تهران.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، فلسفه عمومی حقوق «تئوری موازنه» بر پایه اصالت عمل، چاپ سوم، گنج دانش، تهران.
۱۸. صالحی، محمد (۱۳۹۶)، «اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان، اصل یکصد و سی و نهم»، پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۹. طبرلو، رضا، بابایی، زهرا (۱۳۹۶)، «بررسی اصول ارتقای سلامت در قانون برگزاری مناقصات ایران و سازمان همکاری و توسعه اقتصادی» (OECD)، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۳، شماره ۱.
۲۰. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، حقوق نفت و گاز، چاپ دوم، میزان، تهران.
۲۱. محبی، محسن (۱۳۹۳)، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی (سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی)، چاپ سوم، شهر دانش، تهران.
۲۲. میرزا نژاد جویباری، اکبر (۱۳۹۴)، «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری در آینه رأی شماره ۱۳۸-۱۳۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۸.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، چاپ دوازدهم، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۲۴. کاویانی، کورش (۱۳۸۰)، «اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی» پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۵.
۲۵. گودرزی، زهرا، باقری، محمود (۱۳۹۴)، «تحلیل قوانین جدید در حوزه نفت و گاز و بررسی ظرفیت قانونی موجود در پذیرش تحولات قراردادی»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۱، شماره ۲.
۲۶. هندی، اصغر (۱۳۸۶)، «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶.

- Auten v. Auten, [۱۹۵۴], ۳۰۸ N. Y. ۱۵۵, ۱۳۴ N. E. ۲d ۹۹.
- Atiyah, P.S., An Introduction to the Law of Contract, Clarendon Law Series, ۱۹۹۵.
- Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Clarendon, Oxford, ۱۹۷۹.
- Banifatemi, Yas, The law applicable in investment treaty arbitration, in Arbitration under International Investment Agreements, K. Yannaca-Small Ed, OUP, ۲۰۱۰.
- Beale "What Law Governs the Validity of a Contract: Theoretical and Practical Criticism of the Authorities", ۲۳ Harv. L. Rev. , ۱۹۱۰.
- Beale, Treaties on the Conflict of Laws, New York, vol. I-III, ۱۹۳۵.
- Bernardini, Piero, Investment arbitration under the ICSID convention and BITs, in global reflections on international law, commerce and dispute resolution, ICC Pub, ۲۰۰۵.
- Brunet, Alexia, Juan Agustin Lentini, Arbitration of international oil, gas and energy disputes in Latin America, Northwestern Journal of International Law & Business, vol ۲۷, iss۳, ۲۰۰۷.
- Ebrahimi, S. N. , Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations with Particular Reference to the Rome Convention ۱۹۸۰, Athena Press, London,
- El Kosheri, Ahmed, International arbitration and petroleum contracts, Encyclopaedia of Hydrocarbons, vol ۳۵, ۲۰۰۷.
- Garcia-Castrillon, Carmen, Reflections on the law applicable to international oil contracts, Journal of World Energy Law and Business, ۲۰۱۳.
- Graveson, R. H. , "The proper law of Commercial Contracts in the English Legal System" in the Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts, University of Michigan Law School, Smm Arbor, ۱۹۵۱.
- Graveson, R. H. , Conflict of Laws, London, ۳rd edn. , ۱۹۵۵.
- Hosseini, Seyed Hadi, Restrictions on contractual liberty: a comparative study of Islamic (Shi' a) jurisprudence and Anglo-Australian common law, with Some reference to the Civil Code of Iran, PhD Thesis, The University of New South Wales Faculty of Law, ۱۹۹۷.
- Juenger, Friedrich, K. , "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An American Assessment", in North, Contract Conflicts, North Holland Publishing Company, ۱۹۸۲.
- Irakli, Tedoradze, The principle of freedom of contract, pre-contractual obligations legal review English, EU, and US law, European Scientific Journal , vol ۱۳, n ۱۴, ۲۰۱۷.
- Iran-US Claims Tribunal, Amoco Int'l Finance Corp. v. Iran, ۱۵ IRAN-U. S. C. T. R. , at ۱۸۹ et seq.
- Lando, Ole, "Private International Law: Contracts", Chapter ۲۴, International

- Encyclopedia of Comparative Law, ۱۹۷۶.
- Lando, "New American Choice of Law Principle and the European Conflict of Laws of Contracts: The Influence of Modern American Contract Theories on European Law", ۳۰ Am. J. Comp. L. , ۱۹۸۲.
- Lorenzen "Validity and Effects of Contracts in the Choice of laws", ۳۰ Yale L. J. ۱۹۲۱.
- Mafi, Homayoun, Iran's Concession Agreements and the Role of the National Iranian Oil Company: Economic Development and Sovereign Immunity, ۴۸ Nat. Resources J. ۴۰۷, ۲۰۰۸.
- Morse, "Comparative Study of the Rules of Conflict of Laws in the Field of Contracts" in Rigaux, F. , The Influence of the European Communities upon the Private International Law of the Member States, Larcier, ۱۹۸۱.
- North, P. M. and Fawcett, J. J. , Cheshire and North's Private International Law, London, Butterworths, ۱۲th edn. , ۱۹۹۲.
- Nussbaum, "Conflict Theories of Contract: Cases Versus Restatement", ۱۹۴۲.
- Patru, Radu Stefan, Theory of imprevision from the economic and legal perspective of contract analysis, Juridical Tribune, vol ۱, iss ۱, ۲۰۱۱, pp۱۲۴-۱۳۱.
- Rabel, E. , The Conflict of Laws: A Comparative study, ۲nd edn.
- Siesby, Erik, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", ۳۹ Nordisk Tidsskrift for Int'l Ret, ۱۹۸۰.
- Zhaohua, Meng, Party autonomy, private autonomy and freedom of contract, Canadian Social Science, vol ۱۰, no ۶, ۲۰۱۴, pp ۲۱۲-۲۱۶.

ج - منابع فرانسه:

- Aubert De Vincelles, Carole, Droit des obligations, Tome ۱, Prépa Dalloz, ۲۰۱۴.
- Chadus, René, Droit administratif général, Montchrestien, Tome ۱, ۱۵ éd, ۲۰۰۱.
- El Kailani-Chariat, Ebstissam, La stabilisation des contrats pétroliers, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Paris I, Panthéon Sorbonne, ۲۰۱۷.
- Le Contrat de Recherche et de Partage de production D'Hydrocarbures portant sur Cayar Offshore profond, entre la République du Sénégal, La Société Petro-Tim Limited et La Société des Pétrole du Sénégal, ۲۰۱۲.
- Logie, Jaques, les contrats pétroliers iraniens, Revue Belge de Droit International, available at: <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files>.
- Mayer, Pierre, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, Journal du droit international, année ۱۱۳, no ۱ , Paris, ۱۹۸۶. pp. ۵-۷۸.
- Montero, Etienne, Marie De Moulin, La formation du contrat depuis le Code Civil de ۱۸۰۴: un régime en mouvement sous une lettre figée, Dans Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil, Bruxelles, ۲۰۰۴.
- Sacco, Rodolfo, liberté contractuelle, volonté contractuelle, Revue international de droit comparé, vol ۵۹, n ۴, ۲۰۰۷, pp ۷۴۳- ۷۶۰.

The principle of contractual freedom and its limitations in upstream oil contracts based on TEFCEL Model

Seyed Nasrallah Ebrahimi^۱

Mojtaba Eini^۲

Abstract

The principle of contractual freedom is one of the fundamental principles of international contracts, especially in the oil and gas industry. Although upstream oil contracts follow the contractual freedom, the said principles include some limitations because of the special nature of the contracts and the limitations should be analyzed. In this study, an analysis of the mentioned issues is done using an academic and practical approach. Based on the strategy, the provisions of contracts shall be designed, concluded, and enforced in such a way that could facilitate oil investments. Besides, they should be able to pave the way for the development of oil and gas fields based on contractual balance and win-win principle in the contractual interests between host states, national oil companies (NOCs), and international oil companies (IOCs).

Keywords: governance and tenure, type and modeling, stability, contractual flexibility, contractual balance, economic analysis

^۱ Assistant Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran University

^۲ Ph.D. student in Oil and Gas Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran University