

بررسی تحلیلی بر قراردادهای بیع متقابل و بی.او.تی با تطبیق بر فقه امامیه

روح الله آهنگران^۱

^۱ دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه قم، رشته فقه و اصول

چکیده

هدف از انجام این نوشتار بررسی تحلیلی بر قراردادهای بیع متقابل و بی.او.تی با تطبیق بر فقه امامیه می باشد. نتایج حاصل از این مطالعه حاکی از آن بود که از لحاظ فقه امامیه می توان برای توصیف قراردادهای بیع متقابل به عقد بودن، لزوم، تنجیز آن، معوض بودن، بلند مدت و سنگین بودن حجم عوضین را قائل شد و در مقام تطبیق قرارداد بی.او.تی که همان قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال می باشد نیز اگر این قرارداد به روش منطبق بر عقود اسلامی تنظیم گردد؛ از جهت مطابقت با عقود معین شرعی مانعی نخواهد داشت. تحلیل تطبیقی این قرارداد با عقود شرعی همانند قبالة، صلح، اجاره، بیع، استصناع، جعالة، وکالت مورد بررسی قرار گرفته و ابهاماتی که می تواند این قرارداد را از دایره مشروعیت خارج سازد را تشریح نموده و آثاری که بر آن مترتب گردد را تبیین نماید. همچنین ماهیت فقهی قرارداد بی.او.تی را چنانچه بر اساس قراردادی مستقل بر پایه عقلایی متصور گردد؛ لازمه آن اولویت دادن ماهیت قرارداد بر مبنای غیر توقیفی بودن عقد است. روش مطالعه در پژوهش مذکور با استفاده از مطالعات کتابخانه ای و فیش برداری و نهایتاً دستیابی به نتیجه با روش توصیفی - تحلیلی انجام گرفته است.

واژه‌های کلیدی: بیع متقابل، بی او تی، قرارداد، عقود شرعی، ساخت، بهره برداری، انتقال، فقه، قبالة، جعالة، استصناع، اجاره

۱. مقدمه

یکی از مسائل مستحدثه جدید در پیش روی موضوع قراردادهای در فقه امامیه می توان به قرارداد بیع متقابل و بی.اوتی اشاره کرد. کارکرد این دو قرارداد در حوزه امور زیربنایی از جمله احداث طرح های بزرگ صنعتی و عمرانی همانند مخابرات، راهسازی، سدسازی، احداث خطوط راه آهن و فرودگاه و همچنین احداث میادین نفت و گاز و حوزه پتروشیمی مشهود بوده و با توجه به دارا بودن ظرفیت زیربنایی به خصوص ذخایر نفت و گاز در ایران اسلامی، بررسی تحلیلی در ماهیت شناسی و مشروعیت بخشی این نوع قراردادهای بیش از پیش ملموس می گردد. معهداً لازم است در پرتو جذب سرمایه گذار در طرح های زیربنایی برای دستیابی به توسعه صنعتی و رشد اقتصادی کوشید اما برای تحقق این مهم ضروری است که قوانین و روش قراردادی منطبق با شرع اسلامی باشد.

قرارداد بیع متقابل (بای بک) و قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال (بی.اوتی) در تجارت بین الملل رسمی یافته و در عرف تجاری و رویه های انعقاد قرارداد لحاظ گردیده است. قرارداد بیع متقابل را از جمله قراردادهای خرید خدمت خطرپذیر محسوب کرده که تنها در شیوه استهلاک هزینه ها با یکدیگر تفاوت دارند. به تعبیر دیگر، در قرارداد بیع متقابل برای تأمین هزینه ها می بایست الزاماً از عایدی همان طرح زیربنایی مذکور در قرارداد بهره جست اما در قراردادهای خرید خدمت خطر پذیر می توان از عایدی همان پروژه یا عایدی از پروژه دیگر و یا حتی از بودجه دولت استفاده کنند.

همچنین طرفین در قرارداد بی.اوتی دولت سرمایه پذیر و کنسرسیوم تشکیل یافته از شرکت های خصوصی می باشد که در قبال امتیازاتی اقدام به سرمایه گذاری و اجرای پروژه های سنگین (از جهت مالی) نموده و طی مدت مشخصی طرح ها را به مرحله بهره برداری می رسانند. در این نوع قراردادهای کنسرسیوم مکلف است پس از ساخت و بهره برداری از پروژه در مدت معین آن را به صورت سالم به دولت پذیرنده سرمایه مجانا واگذار نماید. طرف های اصلی قرارداد در بی.اوتی دولت پذیرنده سرمایه و کنسرسیوم بوده و طرف های فرعی و ثانویه این قرارداد نیز سهامداران و پیمانکاران و خریداران محصولات می باشند.

در این نوشتار با بررسی توصیفی - تحلیلی درباره تشریح قرارداد بیع متقابل از جهات عقد بودن و اصل لزوم آن، منجز بودن، معوض بودن، بلند مدت بودن قرارداد و سنگین بودن حجم عوضین پرداخته خواهد شد و همچنین تحلیل تطبیقی بر ماهیت فقهی قرارداد بی.اوتی خواهد داشت و در نهایت با استفاده از منابع کتابخانه ای و فیش برداری امکان تطبیق این دو قرارداد با عقود شرعی سنجیده خواهد گردید.

تعاریف و مفاهیم

۱-۲ قراردادهای بیع متقابل

در قراردادهایی که پیش شرط آن تعهد صادرات یا واردات یکی از موارد معامله تلقی گردد را تجارت متقابل می خوانند. در واقع به داد و ستدی پیوند دارد که بر اساس آن، صادر کننده متعهد خواهد شد مضاف بر پذیرش تعهدات رایج در معامله، تعهدات متقابل و اضافی را به سود وارد کننده پذیرش و قبول نماید. مناسبت های مورد پذیرفته برای این تعهدات می تواند شامل خرید متقابل کالا و خدمات از وارد کننده، انتقال دانش فنی یا فناوری به وارد کننده، اعانت برای بازاریابی کالاهای تولیدی به گونه ای که مشتری برای این کالا و خدمات برای وارد کننده صورت گیرد و همچنین سرمایه گذاری در اقلیم سرزمینی وارد کننده و مشارکت در تولید برخی کالاها در کشور وارد کننده باشد. معهداً برای تجارت متقابل روش های

مختلفی طرح شده که معاوضه و افسست، بیع متقابل، خرید متقابل و قراردادهای واگذاری، پنج دسته ای می باشند که بر اساس نظریه کمیسیون تجارت بین المللی ایالات متحده آمریکا یاد شده است. گاهی نیز به دو دسته کلی معاملات جبرانی تجاری و معاملات جبرانی صنعتی تقسیم کرده که معاملات تهاتری و خرید متقابل جزو معاملات جبرانی تجاری محسوب نموده و بیع متقابل و قراردادهای اصلی را در معاملات جبرانی صنعتی قلمداد کرده اند.

با توجه به اینکه قرارداد بیع متقابل یکی از وجوه معاملات جبرانی صنعتی و تجارت متقابل به حساب آمده است در این نوشتار به این موضوع معطوف گشته و سعی شده از لحاظ بایستگی مشروعیت بخشی و احراز قانونی بودن قراردادهای بیع متقابل بر اساس دیدگاه فقه امامیه بررسی و پرداخته شود.

۲-۲- دیدگاه فقهی بر تعریف ساخت، بهره برداری و انتقال (B.O.T)

با توجه به تعریف عقد که عبارت است از «توافق دو انشای متقابل که به منظور ایجاد اثر حقوقی صورت میگیرد»، قراردادهای بی او تی با عقود منطبق است و در ماهیت قراردادی آن هیچگونه شک و شبهه ای نیست، اما این که فقها چه دیدگاهی راجع به این نوع قراردادها دارند موضوع مهمی است.

جایگاه عقد از لحاظ فقهی بر دو نظریه استوار است که نخست آن، عقود را متوقف بر نص شارع دانسته و منحصر به عقود می دانند که شارع آن را تنفیذ نموده و زمانی لازم الوفاء دانسته از جمله گروه عقود معین همانند عقد اجاره و بیع قلمداد گردد. همچنین هر نوع عقدی که خارج از شکل عقود معین باشد و انعقاد قرارداد شکل بگیرد، هر چند مورد اقتضای جامعه نیز باشد ولی مشروع و لازم الوفاء نخواهد بود. پایه ی استنباط این دسته از فقهاء آیه شریفه «أَوْ فَوْأً بِالْعُقُودِ (مائده/۱) می باشد که ناظر به عقود زمان شارع میدانند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۲/۲۲-۲۱۳؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۱/۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۲۰). اما شماری دیگر از فقها بر این نظرند که این آیه مذکور و آیه شریفه «أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» (نساء/۲۹) عمومیت داشته و اطلاق این آیات قابل انطباق بر همه عقود چه عقد معین و یا عقود مورد نیاز مسلمین را شامل می گردد. البته شرط این شمولیت آن است که محتوای عقد بر خلاف کتاب و سنت نباشد. اما اینکه چنین عقدی به جهت عدم سابقه در شرع را می بایست مبطل دانست را نپذیرفته اند. (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۰/۸؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۰/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۷۱/۲)

امام خمینی (ره) با تتبع در نظرات گوناگون فقها درباره واژه عقد در آیه «أَوْ فَوْأً بِالْعُقُودِ اذعان دارد قول نزدیک به صواب که به ظاهر این آیه تطبیق دارد آن است که همانند عقد بیع و تعهدات معمول بین دولت ها یا اشخاص از جمله عقود به معنای مطلق عقود معاملیه و عهدیه باشد، مع الوصف قلمروی عقود شامل موارد عقد بوده و حتی تعهدات معمول بین دولت ها و اشخاص را در بر گرفته و اختصاص به عقود معین زمان شارع نمی باشد. (خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷/۴) همچنین در دیدگاه مرحوم آیت الله خوئی، مفهوم آیه وفای به عهد را بدین جهت لازم الوفاء دانسته که بر مبنای عرف؛ صدق بر عقدی باشد که شامل هر نوع تراضی گردد. (خوئی، [بی تا]: ۱۴۲/۲)

با توجه به این دیدگاه، هر تراضی که در عرف بتوان اطلاق عقد و قرارداد را شامل گشته و در احکام شرعی با محتوای آن اعراضی نداشته باشد صحیح بوده و همه قرارداد های معین و غیر آن را در بر می گیرد. با توجه به ماده ۲۱۹ قانون مدنی که عقود را لازم الاتباع دانسته که مطابق قانون واقع گردد مگر در صورتی که اقاله به رضای طرفین رخ بدهد یا آن که به دلیل قانونی فسخ شود. اگر قانون خلاف آن را بیان نکرده باشد جمیع عقود لازم محسوب می گردند.

لازم به ذکر است که مقصود هر دو طرف عقد برای شروع یک قرارداد به خصوص در قراردادهای بین المللی همانند بی او تی، به گونه ای است که تنافی با جواز آن دارد. چراکه جواز چنین قراردادهایی ناسازگار با عقلایی بودن آن می باشد. مع الوصف میتوان نتیجه گرفت که در قراردادهای بی او تی، که از قراردادهای نامعین میباشد، به صرف رضایت دو طرف قرارداد برای صحت و لزوم آن مکفی است؛ چرا که برای هر یک از طرفین این قرارداد تعهداتی به وجود می آید و عرف

نیز به این تعهدات طرفینی عقد میگوید؛ فلذا تحت عموم آیه «وفوا بالعقود» قرار میگیرد و لازم الوفاء و مشروع می باشد. (درویشی، ۱۳۹۱: ۹۴)

برای قرارداد بی او تی تعاریف مختلفی صورت گرفته است. بر حسب تعریف مجمع فقه اسلامی از شاخه های فرعی سازمان کنفرانس اسلامی بیان شده است: اگر طرفین تفاهم نمایند برای ساخت و اداره ی پروژه ای به گونه ای که یکی از آن طرفین مالک و یا نماینده اش و طرف دیگر نیز سرمایه گذار باشد و طی یک مدت معین برای دو طرف، بهره وری کامل از سود آن داشته باشد یا آن که طرفین تفاهم نمایند برای یک مدت مشخص، سرمایه گذار با کارگزاری دارایی خود منتج به دریافت سود معقول گشته و در پایان به کارفرما پروژه کارآمد و سالم تحویل دهد.^۱

همچنین در کنار تعریف مذکور نیز بنابر نظریه سازمان بین المللی توسعه صنعت کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد درباره تعریف ساخت، بهره برداری و انتقال بیان شده است که برای رسیدن به رشد اقتصادی و دستیابی به توسعه لازم است در امور زیربنایی سرمایه گذاری شود و با توجه به آنکه کشور های در حال توسعه مقدر نیستند تا در آن بخش سرمایه گذاری کرده و با وجود تقاضای روز افزون در اجرا و ساخت پروژه های زیر بنایی برای آنان متصور است تا نیازمند به سرمایه گذاری کلان، اقتضا بر جذب منابع پولی خارجی، بهره جویی از فناوری پیشرفته و دانش فنی و مدیریت کارآمد شوند. این سازمان چنین روشی را به عنوان یک مکانیسم ملموس و پیچیده بر اساس یک الگوی واضح تصریح می نماید و دولت ها را مجاز کرده تا با استفاده از منابع دولتی، به احداث تأسیسات زیر بنایی کند. (فلاح، میرفیض و عباس زاده، حسن، ۱۳۸۶: ۱۹) اگرچه این تعریف بدین منظور نیست که اختصاص به دولت داشته بلکه می تواند در قرارداد های بی. او. تی یک انگاره از ناحیه بخش خصوصی به یک شرکت خصوصی دیگر تفویض شود اما به طور معمول با شکل چنین قراردادهایی، یکی از طرفین متعاقد را می توان دولت متصور گشت. به همین جهت در این تعریف از دولت به عنوان یکی از ارکان اصلی آن یاد شده است. نکته دیگری که می بایست به آن دقت کرد، هیچ ضرورتی ندارد که بخش سرمایه گذار منحصر به یک بخش خارجی باشد و می تواند به یک شرکت خصوصی داخلی نیز واگذار شود اما به طور متداول از آنجا که بخش داخلی توان فنی و مالی لازم برای اجرای طرح را در اختیار ندارد لذا حضور سرمایه گذار خارجی در این دست قراردادهای بسیار شایع است. انعقاد قراردادهای بی. او. تی به عنوان یکی از راهکارهای جلب سرمایه خارجی و بهره برداری از مدیریت کارآمد بخش خصوصی، مورد توجه کشورهای در حال توسعه است. (www.Unido.Org/en/doc/۳۴۲۶, p.

۱.

قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال بنابر تعریف کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد^۲ به قراردادی که به پروژه های زیربنایی اطلاق می گردد آنگاه که دولت طرف قرارداد، صاحب امتیازی برای سرمایه گذاری و ساخت کارخانه یا ساختاری خاص برای پروژه های عمومی بر می گزیند بر این اساس، دولت بهره برداری از آن مکان را بر اساس قوانین تجاری و تا زمانی معین به صاحب امتیاز واگذار میکند و بعد از اتمام زمان قرارداد، امتیاز پروژه به دولت باز می گردد. (Unido: Bot, ۱۹۹۶: ۲۳)

^۱ - قرارداد شماره ۱۸۲ (۱۹/۸) مجمع فقه اسلامی منشعب از سازمان کنفرانس اسلامی، برگزار شده در دوره نوزدهم، امارت شیخ نشین شارجه، ۵-۱- جمادی الاولی ق.

^۲ - Uncitral

توصیف قرارداد بیع متقابل

۱-۳ عقد بودن

باتوجه به متقابل بودن این بیع که هر دو معامله مرتبط به یکدیگر است بی تردید این نوع بیع از عقود و قراردادها به حساب می آید. ارتباط این دو معامله درباره تجهیز سازی لوازم، تأمین ماشین آلات، مساعدت های فنی و تکنولوژی، حق اختراع، تمهید برای اعتلای دانش فنی بوده که جهت دایر نمودن و آسان ساختن واحد تولیدی برای خریدار به کار می رود. در واقع هر دو طرف قبول کرده اند به سبب اعطای این تسهیلات، محصولات حاصل از آن را فروشنده خریداری نماید. لازم به ذکر است که مفهوم عقد برای بیع متقابل قابل تطبیق بوده چراکه توافق دو انشای طرفین و اراده ی آنان برای ایجاد اثر حقوقی صورت پذیرفته و جای تردیدی برای ماهیت چنین قراردادی وجود ندارد. اما آنچه که قابل بحث بوده درباره ی قرار گرفتن این بیع در کدام از قراردادهاست. شماری از فقهای متأخر بر این باورند که لفظ ایجاب و قبول موضوعیت ندارد بلکه معتقدند عقد بیع یا هر عقود دیگری که بیانگر قصد و اراده متعاملین باشد، قابل تحقق است. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸/۳۴۹) و قانون مدنی نیز به همین رویه تمسک نموده است. (قانون مدنی، ماده ۱۹۱-۱۹۴) ایجاب که انشای مقصد اصلی عقد است، توسط بایع، و قبول که انشای رضایت به ایجاب است، به وسیله مشتری واقع می گردد. فقیهان متقدم در تحقق بیع، ایجاب و قبول لفظی را فقط شرط می دانستند. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷/۲)

۲-۳ اصل لزوم

شماری از فقهای عقودی را صحیح و سزاوار در جایگاه مشروعیت دانسته اند که توسط شارع نافذ گردیده و منوط بر نص شارع قلمداد کرده اند. در واقع یگانه عقودی لازم الوفاء است که از جمله عقود معین باشد و هر عقد دیگری حتی مورد اقتضای جامعه نیز باشد اما خارج از این قالب برقرار گردد؛ حکم به عدم مشروعیت و عدم لزوم به وفای به آن داده اند (قمی، ۱۴۱۳: ۴۱/۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۲۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۴/۲۲) برای شناخت عقود معین از لحاظ لزوم برای دوطرف می توان به نمونه های عقد بیع و اجاره و حتی نکاح اشاره کرد. با تتبع در فرآیند استنباط چنین دیدگاهی می توان دریافت که استدلال آنان بر پایه ی آیه شریفه *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* (مائده/ ۱) می باشد.

در برابر این نظریه شماری دیگر از فقهای دیدگاه متفاوتی را ارائه داده و اذعان دارند این آیه ی مذکور و سایر آیات مربوط به تجارت همانند *أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ* (نساء/ ۲۹) عمومیت بر همه قراردادها داشته و مطلق بودن آنان علاوه بر عقود معین بر عقود غیر آن نیز در بر می گیرد. چنانچه این عقود بنا بر نیاز و اقتضای مسلمین ایجاد گردد. (اردبیلی، ۱۴۰۸: ۱۴۰/۸؛ سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۳۳/۲؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۰/۱) به بیان دیگر تراضی طرفین مکفی قلمداد کرده حتی اگر در قالب هیچ عقدی از عقود معین نباشد. البته شرط این شمولیت آن است که محتوای عقد بر خلاف کتاب و سنت نباشد. اما اینکه چنین عقدی به جهت عدم سابقه در شرع را می بایست مبطل دانست را نپذیرفته اند. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۰/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۳۴/۲) انگیزه این دسته از فقها بدین دلیل است که نمی توان به صرف عدم سابقه این عقد در شرع آن را باطل محسوب کرد. لذا نظریه عقود به معنای همه عقود و تعهدات رایج بین اشخاص و حتی دولت ها است و مختص عقود معین مختص زمان شارع نمی باشد.

مع الوصف، قراردادهای بیع متقابل از جمله قراردادهای نامعین می توان قلمداد کرد که تراضی دوطرف معامله را برای لزوم و صحت آن کافی دانست و تحت عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قرار می گیرد.

از لحاظ قانونی نیز چنانچه عقدی بر اساس قانون به وقوع بپیوندد برای دوطرف معامله و قائم مقام آنان تبعیت از آن لازم می باشد مگر آن که با رضایت دوطرف اقاله صورت پذیرد یا آن که به سبب علت قانونی فسخ شود. بنابراین با توجه به ماده ۲۱۹ قانون مدنی و سیر منطقی آن، همه عقود لازم شمرده شده مگر زمانی که قرارداد با قانون مغایرت داشته باشد. مقصود دو طرف معامله برای ایجاد اثر حقوقی در قرارداد به خصوص در قراردادهای بین المللی همانند بیع متقابل بدین جهت است که با جواز آن منافات داشته چرا که جایز بوده چنین قراردادهایی مخالفت با عقلایی بودن آن دارد.

۳-۳ منجز بودن

یکی از بایستگی های معتبر برای عقد، شرط تنجیز بودن آن می باشد. حال این عقد از عقود لازم باشد یا جایز تفاوتی نمی کند. تنجیز در عقود متعارف بوده و در مقابل تعلیق قرار دارد. لازم به ذکر است که مفهوم تنجیز در عقد بدین معنا نیست که آن عقد از هرگونه قید و شرط خالی باشد بلکه مقصود عقدی است که پس از انشای آن، قصد طرفین عقد یعنی منشاء مشهود و آشکار گشته و اثر آن محقق گردد.

در واقع تنجیز عکس تعلیق بوده و اثر آن بر خلاف تعلیق محتمل به نتیجه در آینده نیست و بلا درنگ ایجاد می گردد. چنانچه در ماده ۱۸۹ قانون مدنی بدان اشاره کرده و اذعان دارد که تاثیر عقد تنجیزی براساس انشای موقوف به امر دیگری نبایست صورت پذیرد. قابل دقت است که میان عقد معلق با سایر عقود در مرحله انشاء و توافق تفاوتی وجود ندارد ولی وجود تعهد است که در این گونه قراردادها موکول به امر خارجی می گردد. مشهور فقها قائل به تنجیز در عقود هستند (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷/۶ - ۵۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷۳/۵ - ۱۷۴؛ خمینی (شهید)، ۱۴۱۸: ۱۷۱/۱؛ خویی، ۱۴۱۰: ۱۵/۲؛ روحانی، بی تا: ۸۵/۲). اما شماری از فقها نیز قائل به این نظریه نبوده و جای تأمل می دانند. (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۳۷/۹؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۲۵/۱)

این پندار نبایست پدید آید که در بیع متقابل، قراردادی منعقد شده که برای خریدار الزام مشروط نهفته شده تا محصولات فروشنده تجهیزات را خریداری نماید. یعنی خرید کالای حاصل از فروش تجهیزات موکول به خریداری از آن نیست چراکه قرارداد بیع متقابل تشکیل یافته از سه قرارداد است که نخستین موضوع آن تعاقب، فروش فناوری و تکنولوژی می باشد و ماهیت چنین توافقی منجز بوده ولی تأدیه ثمن برای محصولات به صورت مشروط بیان شده است.

اگرچه پرداخت عوض از فرآورده ها معوض در قرارداد بای بک بعنوان شرط معاهده می باشد اما همچنان عقد منجز بوده و آن را تعلیق نمی نماید. دلیل آن نیز می تواند انفکاک این قرارداد به سه قرارداد فروش و خرید و پروتکل اشاره کرد.

تشخیص این که عقد از نوع معلق است یا مشروط امری موضوعی است و در موارد اختلاف دادرسی، باید با تفسیر قرارداد آن راکشف کنند. مناط در عقد معلق بدین صورت است که برای انشاء به امر دیگری موکول گردد ولی چنانچه ماهیت انشاء منجز باشد ولی شرط برای آن ضمیمه شود به آن عقد مشروط می گویند. بنابراین اگر خارج از ماهیت عقد شرطی ضمن آن توافق شود از دایره تعلیق بیرون آمده و تنجیز خود را حفظ خواهد کرد.

۳-۴ معوض بودن

با اضافه نمودن ماده ای برای مشخص شدن ارزش تعهد می توان گفت که عقد بیع متقابل معوض می گردد. یعنی شرط افاده در معاوضی بودن این نوع عقد بستگی به معلوم گشتن بها و نرخ خرید فرآورده ها توسط خریدار است. روش قیمت گذاری نیز می تواند ذیل قرارداد آغازین برابر و یا افزون از ارزش و بهای تجهیزات یا تکنولوژی فروخته شده باشد.

ارزش تعهد بیع متقابل می‌تواند برحسب مقدار مشخصی پول، یا برحسب درصدی از کل قیمت تجهیزات یا تکنولوژی فروخته شده تحت قرارداد اولیه مورد توافق قرار گیرد. اگر قیمت تجهیزات یا تکنولوژی بدون ابهام ذکر شده باشد ارزش تعهد بیع متقابل را می‌توان برحسب درصدی از این قیمت تعیین کرد. ممکن است همیشه این امر امکانپذیر نباشد؛ (درویشی، ۱۳۹۱: ۹۶) برای نمونه، ممکن است ارزش کمک فنی جزء ارزش قرارداد اولیه منظور نشود، بلکه این قیمت بر مبنای مدت زمان در صورت حساب های جداگانه منعکس گردد. در این مورد، ارزش تعهد بیع متقابل باید به نحوی تعیین گردد که به حساب آوردن قیمت نهایی کمک فنی را امکانپذیر سازد. (Francis, ۱۹۸۷: ۳۲) به هر حال در عقد معوض تعهد متقابل وجود دارد و هر یک از دو طرف در عقد علاوه بر اینکه طلبکار یکدیگر هستند بلکه مدیون یکدیگر نیز می‌باشند. البته نباید بپنداریم که چون عوض دو طرف با یکدیگر متفاوت می‌باشد پس مانع معوض شدن چنین عقدی هست. مگر آنکه عوض یکی از طرف تعهدات بسیار اندک و کم بهاء باشد و عرف آن را نپذیرد. (بروجردی عبده، ۱۳۸۱: ۳۳۶)

۳-۵ بلند مدت بودن قرارداد

با توجه به دوره اثر گذار این نوع قرارداد که از پنج سال تا بیست سال منعقد می‌گردد، پس می‌توان از دسته قراردادهای بلند مدت قلمداد کرد. (Milenkovic, ۲۰۰۴: ۲۶۸)

با توجه به بزرگ بودن طرح های ساخت و اجرای میادین نفتی، لازم است برای رسیدن به خط تولید و بهره برداری از فرآورده ها، زمان زیادی را در نظر گرفت. لذا با این نگرش به موعود مدید نیاز است تا به تدریج فرآورده های تولیدی باز خرید گردد. (شیروی، ۱۳۸۳: ش ۱۹/۷؛ نصیری، ۱۳۸۳: ۱۷۱) گرچه میزان بلند مدت بودن یک قرارداد بستگی به نظرات کارشناسان داشته و بر اساس شرایط همان زمان سنجیده می‌شود. با توجه به پیشرفت تکنولوژی عصر حاضر می‌تواند دوران طویل آن را بکاهد و این امر باعث سود رسانی به کشوری خواهد شد که منابع خودش را برای بهره برداری و ساخت قرار داده است. افزایش هزینه ها و یا طولانی شدن دوره مدت قرارداد می‌تواند نقش بسزایی در افزایش میزان سود دهی برای شرکت های طرف قرارداد داشته باشد لذا در قراردادهای بیع متقابل، هیچ نظام قراردادی پاداش و تنبیهی که عملکرد پیمانکاران را کنترل و نظارت نماید تعریف نشده است و پیمانکاران مربوطه در این زمینه حساسیت لازم را ندارند.

در زمان انعقاد قرارداد می‌بایست پیش بینی های لازم برای طولانی شدن زمان معین مورد توافق، چاره شود چرا که در شرایط بازار به خصوص با توجه به تحریم ها و مسائل سیاسی و بین المللی می‌تواند باعث افزایش هزینه های سرمایه ای از سقف تعیین شده منجر گردد. معهذاً باید در قرارداد های بیع متقابل به خصوص در عرصه نفت و گاز شرایط تداوم در پیشامدهای ناگهانی که موجب تعلیق قرارداد می‌گردد و همچنین چه بایسته هایی بعنوان عامل انحلال قرارداد به حساب می‌آید را در قرارداد می‌بایست به صورت شفاف نگارش گردد.

در قراردادهای بیع متقابل شرایطی همچون مدت اعتبار، بایسته های انقضاء و اسباب انحلال قرارداد ذکر می‌شود.

۳-۶ سنگین بودن حجم عوضین

مقصود از سنگین بودن حجم عوضین با توجه به بزرگ بودن طرح های اجرایی قرارداد های مرتبط با میادین نفتی و همچنین ثقل بها و ارزش آن، مورد بهره وری قرار گرفته چرا که در قراردادهای بیع متقابل به خصوص در تجهیز و ساخت و توسعه

میادین، با در نظر گرفتن حجم گسترده طرح ها و پروژه ها، میزان هزینه این نوع قرارداد و همچنین مقدار پول و ثمن برای عوض این عملکرد از میلیون ها دلار گذر کرده و مبالغ چشم گیری منعقد می گردد.

طبق آمار وزارت نفت، میزان سرمایه گذاری در صنعت نفت کشور به روش بیع متقابل حدود سی میلیارد دلار است. برای مثال در تبصره ۱۱ بند «د» قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور (مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۲۵) در مورد طرح های توسعه میادین نفت و گاز آمده است: تا سقف دو میلیارد و هشتصد و پنجاه میلیون دلار اعتبار مورد نیاز به صورت فاینانس و یا بیع متقابل خواهد بود. طبق آمار وزارت نفت، میزان سرمایه گذاری در صنعت نفت کشور به روش بیع متقابل حدود سی میلیارد دلار است. (ایزدی فرد، ۱۳۸۹: ۱۲۱)

می توان قرارداد بیع متقابل را به صورت یک مرحله ای صورت پذیرد اما با توجه به سنگین بودن حجم عوضین، اولویت با تنظیم قرارداد چند مرحله ای می باشد. به دلیل حجم انبوه محاسبات و عظیم بودن پروژه ها می توان آن ها را به چند مرحله یا فاز تقسیم کرد و به صورت جداگانه قرارداد تنظیم نمود.

تحلیل تطبیقی ماهیت فقهی قرارداد بی. او. تی

برای قرارداد بی. او. تی چند احتمال متصور است. یا این قرار داد نوعی عقد مستقل محسوب شده که جنبه عقلایی داشته یا آنکه از رمزه عقود شرعی قلمداد کرد یا آن که عقدی مرکب است از چند عقد شرعی دیگر که مجموع آن را قرارداد بی. او. تی شکل می دهد.

۴-۱ قرارداد مستقل بر پایه عقلایی

در عقلایی بودن این قرارداد جای تردیدی وجود ندارد و بهترین گواه برای این فرض را می توان از انعقاد قرارداد در میان عقلاء متصور شد؛ اما در اینکه چنین قراردادی آیا از جمله عقود شرعی شمرده می گردد یا آن که عرف آن را از عقود ثابت در شریعت شناسایی نمی کند می بایست اذعان کرد که با تطبیق این قرارداد با عقود اسلامی مورد اختلاف بوده و با توجه قواعد عام قرارداد ها می توان نتیجه گرفت که این قرارداد، عقدی مستقل و عقلایی است.

اگر مبنای این قرارداد را بر غیر توقیفی بودن معاملات لحاظ کنیم، جایز دانستن چنین معامله ای به مراتب سهولت خواهد داشت به زمانی که مبنای آن را توقیفی بودن معاملات بدانیم. چراکه اگر این قرارداد را نتوان به عقود رایج اسلامی منطبق ساخت، از باب عقود عقلایی می توان حکم به صحت و جواز آن داد؛ ولی بر مبنای توقیفی بودن معاملات، چنانچه قرارداد بی. او. تی با عقود اسلامی غیر قابل تطبیق باشد پس چنین معامله ای نیز باطل خواهد بود.

استدلال غیرتوقیفی بودن معاملات و همچنین عقد مستقل و عقلایی بودن قرارداد بی. او. تی را می توان در ادله عام و مطلق که شارع درباره معاملات بیان کرده جستجو کرد. چنانچه اذعان شده هر قرارداد و معامله ای که از سوی عقلا طرح گردد و بر خلاف شرع و کتاب و سنت نباشد، جایز است و هر دو طرف معامله نیز باید به تعهدات خود عمل کنند. (بهبهانی، ۱۴۱۷: ۷۳) پس می توان نتیجه گرفت بر اساس آیات و روایات در ادله عام و اطلاق معاملات، قراردادهای بی. او. تی مشمول قراردادهای منهی عنہ شارع نبوده و اگر میان طرفین معامله ای منعقد گردد، وفای به آن واجب خواهد بود و می بایست به تعهدات خود پایبند باشند.

۴-۲ تحلیل تطبیقی عقود شرعی بر قرارداد بی. او. تی

همانگونه که بیان شد، براساس نظریه توقیفی بودن معاملات، تنها به صحت قرارداد بی. او. تی می توان حکم به صحت داد که بر یکی از عقود شرعی قابل تطبیق باشد. حال با توجه به عقود مختلف در شرع به تحلیل تطبیقی این عقود با قرارداد بی. او. تی پرداخته خواهد شد.

۴-۲-۱ تطبیق بر عقد قباله

یکی از نزدیکترین عقود شرعی به قرارداد بی. او. تی را می توان عقد قباله معرفی نمود. اگرچه برای عقد قباله نیز اختلاف دیدگاه وجود دارد و برخی آن را عقدی مستقل برشماردند (محقق کرکی، ۱۴۰۹: ۱۸۵/۱) و برخی دیگر آن را اجاره یا جعله می دانند (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۲۲/۱۲) اگر جایگاه قباله در موضع عقد مستقل باشد، با توجه به ادله واصله از نقل و ماهیت آن، می توان این نوع قرارداد شرعی را نزدیک ترین قرارداد به بی. او. تی دانست.

با توجه به نقل های رسیده مانند صحیحہ حلبی (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۶۸/۵)، صحیحہ یعقوب بن شعیب (همان)، مؤثقه حلبی (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰۵/۷) که مضمون مشترک آنان در راستای آبادانی زمین و بهره برداری از آن در مدت معین است؛ با امعان نظر به این روایات می توان تصریح کرد که مصداق بی. او. تی مصداق شرعی قباله بوده و جایز دانست. (ترابی، ۱۳۸۹: ۶۲) البته این در صورتی است که فرض ما از عقد قباله بر مبنای عقد مستقل باشد و الا این عقد به اجاره یا جعله مربوط شده و می بایست برای تطبیق به این دو عقد مذکور رجوع کرد.

۴-۲-۲ تطبیق بر عقد صلح

توافق و سازش بر چیزی همچون تملیک، نقل و یا اسقاط حق را صلح می نامند. با مرتفع شدن دعوای میان دو یا چند نفر بر مبنای توافق و سازش را صلح گویند و این آشتی و تسالم بر اساس تراضی دو طرف رقم خورده که منتج به تملیک عین یا منفعت و یا مقابل آن یعنی اسقاط حق و دین باشد. همچنین امکان دارد صلح برای پیشگیری احتمالی از دعوای طرفین برای معامله ای صورت پذیرد. (شیخ بهایی، بی تا] ۲۲۶/۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۲۹/۹؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹: ۱۹۲/۱) مع الوصف عقدی که بر اساس گذشت طرفین واقع گردد را صلح می گویند بدین گونه که برای طرفین حقی مشتبه گردیده یا بر سر آن دعوا رخ دهد و یا مقصود پیشگیری از نزاع طرفین برای مورد معامله باشد. هرچند منتج به ایجاد یا انتقال یا اسقاط حقی صورت پذیرد. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶۵/۱۸؛ عاملی مکی، ۱۴۱۷: ۳۲۷/۳؛ خمینی، بی تا: ۵۶۲/۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۷۴/۴) داد و ستد مستقل بر مبنای تسالم را صلح بدوی تعریف نموده که همانند هبه، بیع و اجاره از جمله عقود معین محسوب می گردد. بنابر دیدگاه برخی از مذاهب اسلامی، عقد صلح را مختص به برطرف شدن دعوای طرفین دانسته اما در تعریف فقهای امامیه چنین دیدگاهی وجود ندارد و این امکان است اختلافی میان طرفین نباشد بلکه بدو وسیله انجام معامله قرار گیرد. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۰/۲۶؛ حائری، ۱۴۰۹: ۱۵۳/۲) برابر ماده ۷۵۲ قانون مدنی که مطابق دیدگاه فقهای امامیه به تعریف صلح پرداخته و اذعان دارد که برای رفع تنازع و جلوگیری از دعوای احتمالی در مورد معامله و غیر آن صورت می گیرد.

همچنین بنابر نظر برخی از فقها که قائل به مستقل بودن عقد صلح نبوده و آن را از شاخه های عقد بیع یا اجاره و همچنین ابراء و هبه و عاریه قلمداد کردند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۸/۲) دیگر این امکان وجود ندارد تا قراردادهای بی. او. تی را ضمن عقد صلح تفسیر کرد؛ بلکه اگر مصالحه ای نیز رقم بخورد در فروعات آن مانند صلح بر بیع و اجاره جاری می گردد. البته در مقابل نظر شیخ طوسی (ره) مشهور فقها صلح را یک عقد مستقل شرعی قلمداد نموده اند. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۹/۲) اگر بر اساس دیدگاه

مشهور درباره صلح به قرارداد بی.اوتی بنگریم؛ در این صورت می توان اذعان داشت: به وجود آمدن صلح میان طرفین یعنی دولت و کنسرسیوم نوعی مصالحه ابتدایی بوده که موضوع آن درباره تفویض حق امتیاز بهره گیری از زمین در مقابل فرآوری پروژه و سپس تحویل آن به دولت صورت گرفته است. (ترابی، ۱۳۸۹: ۶۲) با توجه به قلمروی وسیع عقد صلح می توان اذعان کرد؛ قرارداد بی.اوتی قابل تطبیق با این عقد شرعی بوده و آن چه که در مشروعیت عقد صلح تصریح شده را می توان در تنظیم قرارداد بی.اوتی لحاظ کرد.

۴-۲-۳ تطبیق بر عقد اجاره

با توجه به شرعی بودن عقد اجاره، چنانچه اثبات گردد که قرارداد بی.اوتی منطبق با قرارداد اجاره است پس در شرعی بودن قرارداد بی.اوتی نیز تردیدی نخواهد بود. در تعریف عقد اجاره مطرح می گردد که با رضایت طرفین، منفعت معینی در برابر عوض معلوم و یا عمل مشخص در مقابل عوض صورت می پذیرد. (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵/۱۰) البته برخی از فقها نیز در تعریف اجاره، اشاره به انتقال منفعت به دیگر شخص در مقابل عوض معین مطرح نموده که چنین انتقال و قراردادن عوض تشریح شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۴/۲۷) مع الوصف در عقد اجاره، عین در ملکیت برای مالک پایدار مانده اما بهره وری از منافع آن برای مدتی به شخصی دیگر تفویض می گردد. اگر بخواهیم جایگاه قرارداد بی.اوتی را بر عقد اجاره تطبیق دهیم لازمه آن، شناخت موجر و مستأجر است. اگر موجر را دولت و مستأجر را کنسرسیوم بپنداریم؛ روش این قرارداد چنین خواهد بود که دولت به عنوان مالک زمین، حق بهره وری از منافع آن زمین را برای مدت مشخص و معلوم به کنسرسیوم منتقل می سازد. همچنین کنسرسیوم نیز در عوض، طرح های ساخته را در آن زمین را تحویل دولت می دهد. اگرچه این شائبه به وجود خواهد آمد که مدت زمان بهره برداری کنسرسیوم از پروژه، عقد اجاره شمولی ندارد که می توان بر پایه ی شرط ضمن عقد اجاره یا عقد دیگر آن را تصحیح نمود.

اما اگر موجر را کنسرسیوم و مستأجر را دولت بپنداریم؛ به گونه ای که کنسرسیوم تجهیزات خود را به جهت ساخت پروژه به اجاره دولت داده و مدت زمان بهره برداری از طرح ها را به عنوان حق اجرت محاسبه کند، در این نگرش دیگر زمین نقشی در قرارداد نداشته و محل احداث طرح محسوب می گردد. بنابراین قرارداد بی.اوتی با فرض موجر بودن کنسرسیوم، یک نوع عقد اجاره قلمداد گشته و به شرط ضمن عقد یا ترکیب با عقد دیگر نیازمند نخواهد بود.

۴-۲-۴ تطبیق بر عقد بیع

درباره مفهوم و تعریف بیع، دیدگاه های گوناگون از ناحیه فقها مطرح است که یا آن را نقض و یا بر آن تاکید داشته اند. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵/۳-۱۰) اما قدر متقین و مشترک فقها در تعریف بیع می توان به ایجاب و قبولی اشاره کرد که عین را انتقال داده و عوض بر آن مترتب گردد و بایستگی آن رضایت طرفین است. در قرارداد های بی.اوتی معاوضه عین درازای عوض محقق می گردد اما نکته ای که بدان می بایست دقت کرد، در این نوع قراردادها با برخی از شرایط در بیع متعارض می باشد از جمله آنکه در بیع دوام و مشروط نبودن آن به مدت زمان خاص است (خویی، بی تا: ۱۵۴/۵) در حالی که در این نوع قرارداد، بازگشت زمین به دولت به عنوان بخشی از قرارداد مطرح و مورد تعهد شده و این اعاده به منزله تعیین مدت خاص جهت پایان معامله و فسخ آن است که با بیع بودن چنین معامله ای در تعارض می باشد.

اگرچه می توان قرارداد بی.اوتی را گونه ای از مصادیق بیع قلمداد کرد و احکام بیع را بر آن منطبق ساخت اما لازمه آن شناخت جایگاه طرفین برای معامله را باید متصور بود. اگر با بیع دولت و مشتری را کنسرسیوم تلقی کنیم، در این وجه، دولت بعنوان مالک زمین، آن را به کنسرسیوم فروخته و سپس بعد از مدتی آن را بازپس خواهد گرفت. در این وجه منطبق با بیع نخواهد بود و چنین عقدی با مشکل روبه رو خواهد شد. چراکه اعاده عین پس از انتقال به مشتری به ملک با بیع، برخلاف مقتضای عقد بیع است.

اما اگر جایگاه برعکس گردد؛ یعنی با بیع کنسرسیوم و مشتری دولت باشد، پس از انجام پروژه دولت به عنوان مشتری، محصول نهایی را از کنسرسیوم خریداری نموده و جایگاه دولت در نقش مشتری پنداشته خواهد شد. معهدا در نگرش به این نوع جایگاه می توان قائل به بیع سلم شد و بهره برداری از زمین که در ملکیت دولت بوده و همچنین مدت زمان استفاده از پروژه، به عنوان عوض معامله پیش از تحویل معوض به با بیع پرداخت شده و فروشنده موظف است در مدت مشخص مبیع و کالا را آماده تحویل به مشتری نماید. پس قرارداد بی.اوتی قابل انطباق با عقد بیع می باشد و در معامله سلم، عوض باید معین و حال باشد و در مجلس معامله اخذ شود. (عاملی حسینی، ۱۴۱۹: ۸۵۶/۱۷) قابل ذکر است که آنچه عوض معامله واقع می شود، استفاده از زمین تا مدت معلوم است و نقش استفاده از زمین و پروژه آشکار بوده و یکی عوض و دیگری معوض خواهد بود اما در اینکه مدت زمان بهره برداری کنسرسیوم از پروژه با چه عنوانی در قرارداد لحاظ گردد، نیازمند عقد دیگری خواهد بود و از مصادیق بیع انگاشته نمی گردد. (شاکری، ۱۳۹۷: ۱۸)

۴-۲-۵- تطبیق بر عقد استصناع

هرگاه سفارش دهنده با پیشه ور و صنعتکار به جهت ساخت کالایی مشخص به توافق برسد را استصناع می گویند. (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۴۲۷/۱) در اینکه آیا این عقد از عقود مستقل است یا آنکه عقد ترکیبی از اجاره و وکالت محسوب می گردد اختلاف نظر می باشد. اگر عقد استصناع را نوعی عقد ترکیبی قلمداد کرد بر قرارداد های بی.اوتی نیز اثر گذار خواهد بود چراکه کنسرسیوم با اخذ وکالت از ناحیه دولت، تجهیزات ضروری برای فرآوری را تهیه نموده و سپس عملکرد کنسرسیوم را ذیل اجاره تعزیف کرده و مخارج برای وکالت و اجاره کارکرد از بهره برداری در مدت مشخص و معلوم از پروژه تأمین خواهد شد.

پس می توان بر مشروعیت قرارداد بی.اوتی با تطبیق بر عقد استصناع استمساک جست و در هر سه وجه یعنی بیع، عقد ترکیبی یا مستقل، جهت مشروعیت بخشی قابل اثبات است.

۴-۲-۶- تطبیق بر عقد جعاله

هرگاه فردی برای انجام کاری مشروع و حلال قبول تعهد کرده و در ازای انجام آن کار عوض معلوم را مستحق گردد به آن جعاله می گویند. به تعبیری هرگاه عوضی تعیین گردد در ازای انجام کاری توسط شخصی دیگر به آن جعاله خواهند گفت. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۶/۳) برخی فقها به این تلازم پرداخت اجرت در قبال انجام کار اذعان داشته و این دیدگاه را انتخاب کردند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۷/۳۵) برخی دیگر از فقها، عقد و صیغه ای که دلالت بر این التزام نماید را جعاله خوانده اند. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۱۶۲/۲؛ عاملی مکی، ۱۴۱۷: ۹۷/۳؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۵/۱۰) در کتب فقهی متقدمین، باب مستقلی درباره جعاله وجود نداشت بلکه مطالب مربوط به آن ذیل ابوابی همانند لقطه و ضمان مطرح می گردید. (مفید، ۱۴۱۳: ۶۴۸؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳۲/۳) اما به تدریج در آثار فقهی، بابی مستقل درباره جعاله پدید آمد و به شرح و بسط آن

پرداختند. (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۷۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۶/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۴۲۳/۱۷) اگرچه برخی از فقها قائل به ایقاع بودن جعاله هستند (خویی، ۱۴۱۰: ۱۲۷/۲؛ خمینی، ۱۳۶۶: ۵۱۳/۲؛ حلی، ۱۴۲۰: ۴۴۱/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۰/۳۵) اما فقهای که نظریه عقد را انتخاب نمودند بدین دلیل است که می گویند: انجام دادن کار توسط عامل، قبول به حساب می آید و بدین جهت در زمره عقود محسوب می گردد. (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۰/۱۱)

قرارداد بی.اوتی را می توان از نوع عقد جعاله بر شمارد چرا که دولت در ازای انجام کار (ساخت پروژه)، عوض و اجرتی (بهره برداری از زمین در مدت معلوم) را مقرر می دارد. البته در مقام تطبیق این قرارداد با جعاله از چند وجه دارای ایراد خواهد بود. اگر عوض برای این قرارداد، بهره برداری از زمین باشد در مقام تطبیق با جعاله این اشکال طرح می گردد که چگونه است قبل از انجام کار، عوض را دریافت می کند؟ پس نمی توان بهره برداری از زمین توسط کنسرسیوم قبل از آنکه کار را به اتمام نرساند بعنوان عوض دریافت کند. با توجه به ماهیت جعاله که در زمان انعقاد قرارداد عقدی جایز و غیر معوض محسوب می گردد ولی در زمان اجرای کار از ماهیت خود خارج شده و به عقدی لازم و معوض تبدیل می گردد. (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۲۵/۲) اما در قراردادهای بی.اوتی از همان ابتدای قرارداد به عنوان عقدی معوض و لازم خواهد بود. راهکاری که متصور است چنین ایرادی رخ ندهد آن است، در تنظیم قرارداد باید به صورت غیر لازم و غیر معوض نگارش و تفاهم شود. یعنی کنسرسیوم حق داشته باشد که پیش از شروع عملیات ساخت از انجام آن منصرف شود یا اگر در حین انجام پروژه منصرف شد، تنها مستحق اجرت میزان انجام قرارداد باشد. اگر این مورد رعایت گردد می توان به ملاحظه شدن عقد جعاله اذعان کرد به گونه ای که پیش از انجام فعالیت، ماهیت آن عقدی جایز و غیر معوض بوده و با آغاز فعالیت ساخت پروژه مذکور، عقد از ناحیه جاعل، لازم و از ناحیه عامل، همچنان غیر لازم باقی بماند. (شاکری، ۱۳۹۷: ۲۱)

۴-۲-۷ تطبیق بر عقد وکالت

عقد وکالت نوعی عقدی جایز است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۵۱/۲) که به موجب آن، شخص نایب در تصرف گردد. اگر قرارداد بی.اوتی را بر عقد وکالت تطبیق داده شود و دولت را جایگاه موکل و کنسرسیوم را در جایگاه وکیل قلمداد کرد، فقط در یک وجه دارای ایراد خواهد بود و آن که چون وکالت عقدی جایز می باشد و قرارداد بی.اوتی از گونه عقد های لازم است لذا قابل تطبیق بر شرعیت این قرارداد متصور نیست مگر آنکه همانند جعاله به گونه ای قرارداد تنظیم گردد که الزام آور نباشد. البته قابل ذکر است که چنانچه شرط ضمن عقدی طرح گردد تا عقد جایز را به عقدی لازم تغییر داد؛ دیگر برای تطبیق چنین قراردادهایی از لحاظ جایز بودن به وجود نخواهد آمد.

نتیجه گیری

مهمترین هدف این پژوهش، اثبات مشروعیت قراردادهای بین المللی عموماً، و قرارداد بیع متقابل و قرارداد بی.اوتی خصوصاً و بررسی تحلیلی در ماهیت فقهی این نوع قراردادها بود. با بررسی تحلیلی در مورد قرارداد های ساخت، بهره برداری و انتقال (بی.اوتی) و انطباق آن بر اساس ملاک های عقود شرعی، بدین نتیجه می توان رسید که با مذاقه در راهکارهای متفاوت میان دولت و کنسرسیوم در تنظیم قرارداد، این قابلیت وجود دارد که بی.اوتی را از سه منظر عقد مستقل، عقد ترکیبی و یا مصداق یکی از عقود شرعی همانند قبالة، صلح، اجاره، بیع، استصناع، جعاله و وکالت قلمداد کرد و بر اساس واجد بودن شرایط هر یک از عقود، قرارداد را تنظیم کرد. اگرچه آثار مترتب بر این قرارداد ها مبتنی بر دیدگاه فقها بر مبنای

توقیفی بودن معاملات و یا غیر توقیفی بودن آن متفاوت خواهد شد. اما می توان با وجود دیدگاه های مختلف فقهی، متناسب با شرایط موجود اقتصادی برای دولت و کنسرسیوم، چشم اندازهایی نو را متصور گشت تا علاوه بر جذب سرمایه گذاری از دایره مشروعیت در قرارداد خارج نشود.

مقصود دو طرف معامله برای ایجاد اثر حقوقی در قرارداد به خصوص در قراردادهای بین المللی همانند بیع متقابل بدین جهت است که با جواز آن منافات داشته چرا که جایز بودن چنین قراردادهایی مخالفت با عقلایی بودن آن دارد. افزایش هزینه ها و یا طولانی شدن دوره مدت قرارداد می تواند نقش بسزایی در افزایش میزان سود دهی برای شرکت های طرف قرارداد داشته باشد لذا در قراردادهای بیع متقابل، هیچ نظام قراردادی پاداش و تنبیهی که عملکرد پیمانکاران را کنترل و نظارت نماید تعریف نشده است و پیمانکاران مربوطه در این زمینه حساسیت لازمه را ندارند.

مقصود از سنگین بودن حجم عوضین در بیع متقابل با توجه به بزرگ بودن طرح های اجرایی قرارداد های مرتبط با میادین نفتی و همچنین ثقل بها و ارزش آن، مورد بهره وری قرار گرفته چرا که در قراردادهای بیع متقابل به خصوص در تجهیز و ساخت و توسعه میادین، با در نظر گرفتن حجم گسترده طرح ها و پروژه ها، میزان هزینه این نوع قرارداد و همچنین مقدار پول و ثمن برای عوض این عملکرد از میلیون ها دلار گذر کرده و مبالغ چشم گیری منعقد می گردد.

در خصوص قراردادهای بی او تی نیز باید گفت که رشد سریع اقتصادی در کشورهای در حال توسعه و تغییر در نگرش آنها موجب شده تا به توسعه امکانات و طرحهای زیربنایی توجه خاصی مبذول کنند. این کشورها بدون سرمایه گذاری کلان در زمینه حمل و نقل، نیرو، مخابرات، و غیره، قادر نخواهند بود تا رشد اقتصادی فعلی خود را در سطح مطلوبی حفظ کنند. هم اکنون کشورهای مثل فیلیپین، هند، برزیل، لهستان، چین و غیره احساس کرده اند که تا چه اندازه کمبود سرمایه گذاری در طرحهای زیربنایی، مانع رشد اقتصادی این کشورها و تا چه حد مانع دست یافتن آنها به یک رشد مطلوب اقتصادی است. به عنوان مثال، کمبود برق در چین باعث شده است که بین ۱ تا ۲ درصد رشد ناخالص ملی آن کشور را پایین بیاورد. مشابه چنین تخمین هایی در مورد پاکستان و هند جود دارد.

با تحلیل تطبیقی ماهیت فقهی قرارداد بی.او.تی می توان نتیجه گرفت بر اساس آیات و روایات در ادله عام و اطلاق معاملات، قراردادهای بی. تی مشمول قراردادهای منهی عنه شارع نبوده و اگر میان طرفین معامله ای منعقد گردد، وفای به آن واجب خواهد بود و می بایست به تعهدات خود پایبند باشند. لذا می توان این قرارداد را بر پایه عقلایی و مستقل تعبیر کرد.

در ضمن لازم است معوض یعنی فعالیت در شرکت ساخت و تعمیر و کارخانه ای که باید به طرف اول تحویل گردد و به ضمن صورت عوضی که در شرکت پرداخت می گردد - یعنی امتیاز بهره برداری ونحوه استفاده شرکت از این حق - و قیمت کالای تولیدی یا خدمتی که شرکت مزبور در دوره قرارداد ارائه می دهد، شفاف و واضح بوده و هیچ گونه ابهام یا مخاطره ای در آن راه نداشته باشد تا قرارداد صحیح باشد و شرعاً مستلزم غرر منفی نگردد.

منابع

منابع فارسی

۱. ایزدی فرد (۱۳۸۹)، علی اکبر و کاویار، حسین، تأمل فقهی و حقوقی در قرارداد بیع متقابل، پژوهش نامه بازرگانی، بهار ۱۳۸۹، شماره ۵۴
۲. بروجردی عبده (۱۳۸۱)، محمد، حقوق مدنی، تهران، نشر رهام، چاپ اول.
۳. ترابی (۱۳۸۹)، مرتضی، قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال از نگاه فقهی، ترجمه محمدرضا توکلی، فصلنامه تخصصی پژوهش نامه فقهی، سال نخست، شماره اول، ص ۳۱-۸۴
۴. درویشی (۱۳۹۱)، بابک و فیاضی، روح الله، قرارداد بیع متقابل، مجله آموزه های فقه مدنی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، شماره ۶
۵. شیروی (۱۳۸۳)، عبدالحسین، انواع روشهای قراردادی تجارت متقابل، اندیشه های حقوقی، سال دوم، شماره ۷، صص ۴۶-۵۰.
۶. شاکری (۱۳۹۷)، بلال؛ ناصری مقدم، حسین؛ بررسی فقهی قرارداد های بی.اوتی (B.O.T)، مجله علمی پژوهشی فقه، پاییز ۱۳۹۷، سال ۲۵، شماره ۳
۷. فلاح (۱۳۸۶)، میرفیض و حسن عباس زاده، مدیریت ریسک در قراردادهای ساخت - بهره برداری - انتقال (BOT)، مجله تازه های اقتصاد، بهار ۱۳۸۶، شماره ۱۱۵
۸. نصیری، مرتضی (۱۳۸۳)، حقوق تجارت بین المللی در نظام حقوق ایران، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ اول

منابع عربی

۱. ابن حمزه طوسی (۱۴۰۸)، ابی جعفر محمد بن علی، الوسیله الی نیل الفضیله، قم، نشر مکتبه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
۲. اردبیلی (۱۴۰۳)، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، نشر دفتر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول
۳. انصاری (۱۴۱۵)، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول
۴. اصفهانی (۱۴۱۸)، محمدحسین (کمپانی)، حاشیة کتاب المکاسب، تحقیق عباس محمد آل سباع، قم، نشر أنوار الهدی، چاپ اول
۶. بحرانی (۱۴۰۵)، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهرة، تحقیق محمد تقی ایروانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول
۷. بغدادی (۱۴۱۳)، محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)، المقنعة، قم، نشر کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله، چاپ اول
۸. بهبهانی (۱۴۱۷)، محمد باقر، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، قم، نشر مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، چاپ اول
۹. طوسی (۱۴۰۷)، محمد بن حسن (ابو جعفر)، تهذیب الأحکام، تهران، نشر دار الکتب الإسلامیة، چاپ اول
۱۰. طوسی (۱۳۸۷)، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران، نشر المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم

۱۱. عاملی (بی تا)، بهاء الدین، (شیخ بهایی)، جامع عباسی و تکمیل آن (محمشی قدیم)؛ محقق/ مصحح: علی محلاتی حائری، تهران، موسسه منشورات فراهانی، چاپ اول
۱۲. عاملی (۱۴۱۷)، محمد بن مکی (شهید اول)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، قم، نشر دفتر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ دوم
۱۳. عاملی جبعی (۱۴۱۰)، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول
۱۴. عاملی جبعی (۱۴۱۳)، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، نشر مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول
۱۵. عاملی (۱۴۱۹)، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، نشر دفتر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول
۱۶. قمی (۱۴۱۳)، میرزا ابو القاسم بن الحسن الجیلانی، جامع الشتات، محقق/ مصحح: مرتضی رضوی، تهران، چاپ مؤسسه کیهان، چاپ اول
۱۷. کلینی (۱۴۰۷)، محمد بن یقوب، الکافی، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم
۱۸. روحانی (بی تا)، سید محمد صادق (حسینی قمی)، منهاج الصالحین، قم، [بی نا]
۱۹. حسینی مراغی (۱۴۱۷)، میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات تبلیغات اسلامی، چاپ اول
۲۰. سبزواری (۱۴۲۳)، محقق، محمد باقر بن محمد (محقق)، کفایة الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول
۲۱. سبزواری (۱۴۱۳)، سید عبد الأعلى، مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، نشر موسسه المنار، چاپ چهارم
۲۲. سیوری حلی (۱۴۲۵)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم، انتشارات مرتضوی، چاپ اول
۲۳. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳)، موسوعه الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البيت علیهم السلام، قم، نشر مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول
۲۴. حائری (۱۴۰۳)، سید علی بن محمد طباطبایی (صاحب ریاض)، الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع - حدیقه المؤمنین، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی قدس سره، چاپ اول
۲۵. حکیم (۱۴۱۶)، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، قم، نشر مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول
۲۶. حلی (۱۴۱۴) حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه)، تذکره الفقهاء، قم، نشر مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول
۲۷. حلی (۱۳۸۷)، محمد بن حسن بن یوسف (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، نشر مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول
۲۸. خمینی (۱۴۲۱)، سید روح الله موسوی (امام)، کتاب البیع، تهران، نشر مؤسسه تنظیم نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول
۲۹. خمینی (بی تا)، سید روح الله موسوی (امام)، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول
۳۰. خمینی (۱۴۱۸)، سید مصطفی (شهید)، کتاب البیع، تهران، نشر مؤسسه تنظیم نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول
۳۱. خویی (۱۴۱۰)، سید ابو القاسم موسوی، منهاج الصالحین، قم، نشر مدينه العلم، چاپ بیست و هشتم
۳۲. خویی (بی تا)، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهة، [بی جا]، [بی نا]، مقرر توحیدی

۳۳. محقق حلی (۱۴۰۸)، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، نشر مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم
۳۴. محقق حلی (۱۴۱۸)، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، قم، نشر مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم
۳۵. محقق کرکی (۱۴۰۹)، علی بن حسین (محقق ثانی)، رسائل الکرکی، تحقیق محمد حسون، قم، نشر مکتبه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
۳۶. نراقی (۱۴۱۷)، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول
۳۷. نجفی (۱۴۰۴)، محمدحسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم

منابع انگلیسی

۱. Francis, Dier, The Countertrade Hand Book, Cambridge Woodhuffaulkner, ۱۹۸۷.
۲. Kerkovic', T. Milenkovic.-. (۲۰۰۴). Drafting an International BuyBack Agreement. Series: Economics and Organization, Vol. ۲, N° ۲.
۳. UNIDO, Guide Lines for Infrastructure Development through BOT Projects, (Vienna:UNIDO Publications, ۱۹۹۶), p.۲۳

Analytical Review of Buy Back and B.O.T According to Ja'fari Jurisprudence

(A Jurisprudence and Principles Fourth Grade Scholar - Qom Seminary)

Abstract

The aim of this writing is the analytical review of buy back and B.O.T according to Ja'fari jurisprudence. The results of this study showed that according to Ja'fari jurisprudence, for buy back description you can measure contract, binding, its decisiveness, being considerate, being long-term and consideration volume and in case of comparing B.O.T which is the same construction, exploitation and transformation contract, also if it is arranged based on Islamic contract principles, there aren't limitations in accordance with Islamic nominate contracts. Analytic review of this contract has been done in accordance with nominate contracts like deed, compromise transaction, rent, sale, custom order, contract of reward, and advocacy and explained ambiguities which can delegitimize this contract and affects have been clarified. Also, if the jurisprudence nature of the B.O.T contract be imagined as an independent contract based on rationality, it is necessary to give priority contract nature based on non-confiscation contract. In this study, desk research and taking note and finally accessing to results via analytic-descriptive were used as study methods.

Key Words: Buy Back, B.O.T, Contract, Islamic nominate contracts, Construction, Exploitation, Transformation, Islamic Jurisprudence, Custom Order, Rent,