

## حق بهره برداری از معادن

محمد طاهر کنعانی\*

استادیار گروه حقوق دانشکده اقتصاد دانشگاه لرستان

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱۰/۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۱۲/۱۴)

### چکیده:

معادن بخشی از ثروت ملی و از مشتقات لایه‌های بیرونی و درونی زمین است. از نظر حقوقی فرض های مختلف مالکیت عمومی، مباحات و مالکیت خصوصی برای معدن مطرح شده است. ممنوعیت و محدودیت بهره برداری از معادن توسط بخش خصوصی هر چند برای توزیع عادلانه درآمد و ثروت بین مردم ضرورت دارد، اما این مطلق گرایی گاهی موجب عدم استفاده از توان بخش خصوصی و در نتیجه ناشناخته ماندن بسیاری از معادن کشور و جلوگیری از توسعه و رشد اقتصادی و اشتغال و تولید خواهد شد. بر اثر این محدودیت ها و ممنوعیت بخش خصوصی، حوزه های نفتی و گازی مشترک ایران با کشورهای همسایه توسط کشورهای بیگانه غارت می شود زیرا نفت و گاز در طاق‌دیس های زیر زمین مهاجرت کرده و در نتیجه حفاری های فعال کشورهای بیگانه به ضرر کشورمان استخراج می شود. در این تحقیق نگارنده می کوشد با تجزیه و تحلیل قواعد و مبانی و منابع حقوقی بین مالکیت عمومی و خصوصی - در نتیجه استفاده از توان هر دو بخش عمومی و خصوصی - تعادل برقرار سازد.

### واژگان کلیدی:

معدن، انفال، مباحات، مالکیت، حاکمیت، معادن ظاهری، معادن باطنی، پروانه بهره برداری.

Email: mohamadtaherkanani@yahoo.co.uk

\* فاکس: ۹۸۲۱۴۴۷۶۰۴۹

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«تعهد به فعل ثالث» سال ۱۳۸۸، شماره ۳.

## مقدمه

معادن یکی از ارکان اساسی و حیاتی اقتصاد کشور محسوب می‌شوند. ایران با مساحتی حدود ۳۲ درصد از کل مساحت کره زمین، دارای میلیاردها تن ذخایر معدنی متنوع است (اسلامی پناه، ۱۳۸۲، ص ۱۱). اقتصاد کشور ما از نظر اتکاء به منابع زیرزمینی و استفاده از منابع معدنی بعنوان وسیله تحصیل درآمد و صادرات مواد خام به کشورهای دیگر به گونه‌ای است که منجر به استخراج بی رویه معادن و فروش آنها به قیمت نازل و چپاول و غارت منابع معدنی شده است.

"اموال عمومی طبیعی بر دو دسته تجدید شونده و تحلیل رونده تقسیم می‌شوند: منابع تجدید شونده منابع طبیعی و جنگل‌ها و آب‌ها هستند که با مدیریت و استفاده صحیح قابل احیاء و تجدید هستند، اما منابع تحلیل رونده معادن و ثروت‌های طبیعی هستند که بطور طبیعی بوجود آمده و هرچند هم صرفه جوئی شود، سرانجام روزی تمام خواهد شد، این منابع دارای سه گونه‌ی جامدات (فلزات، زغال سنگ و گچ) و مایعات (نفت) و گاز (گازهای طبیعی) است و خوشبختانه کشور ما هر سه نوع منابع را در اختیار دارد. امروزه در خصوص بهره برداری و استخراج معادن دو ضرورت حقوقی و اقتصادی وجود دارد:"

**اول؛** ضرورت توجه به منابع طبیعی تحلیل رونده و ذخایر ارزشمند معدنی و نظارت و کنترل مراحل اکتشاف و استخراج آنها با توجه به نیازهای فعلی جامعه و نسل‌های آینده است. به علت بهره برداری بی رویه از برخی معادن خطر اتمام آنها و بی نصیب شدن آیندگان از این ثروت‌های خدادادی در آینده نه چندان دور وجود دارد. مضافاً اینکه از نظر عدالت اجتماعی معادن جزو ثروت‌های عمومی و متعلق حق همه اتباع کشور بوده و اکتشاف و استخراج و امتیاز بهره برداری آنها باید براساس عدالت و توزیع عادلانه منابع ثروت صورت پذیرد.

**دوم؛** ضرورت توجه به نیازهای روزافزون جامعه و خود کفایی کشور از واردات و توسعه صادرات و شناسایی و اکتشاف منابع بکر و دست نخورده است که شاید تاکنون پای هیچ انسانی به آنجا نرسیده است. دامنه کوه‌ها و عمق دره‌ها، پهنه دشت‌ها و کویرها، اعماق دریاها و مرداب‌ها در سرزمین پهناور ایران دارای معادنی است که خداوند بزرگ به منظور بهره برداری و استفاده نوع بشر آنها را در دل زمین قرار داده است. نظام دولتی و خصوصی ایران به علت نداشتن دانش فنی و سرمایه و مدیریت منابع و به علت سوق یافتن سرمایه گذاری‌ها به سوی شغل‌های کاذب و نیز عدم جذب سرمایه‌های خارجی و حتی ایرانیان داخل و خارج از کشور، قدرت شناسایی و اکتشاف و استخراج معادن را در حد مطلوب ندارد. به عنوان مثال در خصوص سنگ‌های قیمتی، کشور ایران از قدیم‌الایام مهد جواهر شناسی و سنگ‌های قیمتی و نیمه قیمتی بوده است. در شرایط کنونی به علت نداشتن متولی و مدیریت منابع، عدم شناسایی

معادن و نداشتن نقشه معادن، نقص تکنولوژی نانو و لیزری، از بازار سرمایه ۶۰۰ میلیارد دلاری جواهرات جهان، سهمی اندک نصیب کشورمان شده است. سرمایه‌گذاری در این امر بسیار مقرون به صرفه است. مثلاً یک جواهر یک قیراطی برابر دهها تن مواد معدنی و مصنوعی دیگر ارزش اقتصادی دارد (اقتصاد ایران، ۱۳۸۵، ص ۱).

در خصوص معادن سرب و روی در حالی که ایران از وارد کنندگان این فلزات بوده، ولی در سالیان اخیر به همت بخش خصوصی، سه برابر نیاز داخلی تولید شده و این در حالی است که از میزان ۱/۲ میلیارد تن ذخایر شناخته شده فقط سه در صد آن برداشت شده است. از جمله این معادن، شرکت روی مهدی آباد یزد در حد یک شرکت فراملی در بورس لندن نیز به ثبت رسیده است. بطورکلی تعداد ۲۲۹۳ معدن در کشور وجود دارد که تنها در شهریور ۸۴ تا ۸۵، تعداد ۱۴۲۱ فقره اکتشاف، ۴۶۵ فقره گواهی کشف و ۵۳۵ فقره پروانه بهره برداری صادر شده است (ماهنامه اقتصاد ایران، ۱۳۸۵، ص ۳). با مقایسه آماری این ارقام و افزایش بی سابقه تعداد معادن مورد بهره برداری، نتیجه می‌گیریم قانون جدید معادن و رویکرد خصوصی سازی موجب یک جهش اقتصادی در معادن کشور شده است. اما در خصوص معادن هیدروکربورات (نفت و گاز)، قضیه تفاوت دارد. برابر قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ این معادن در انحصار دولت است. با وجود این بر اساس ماده ۳ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷ هیدروکربورها در طبقه سوم معادن قرار گرفته و عموم اطلاق آن قانون دلالت بر صدور مجوز بهره برداری آن معادن توسط بخش خصوصی دارد! (به نظر می‌رسد اشتباهی فاحش در قانون نویسی رخ داده است). به هر حال به نظر می‌رسد در خصوص حوزه‌های نفتی و گازی مشترک ایران و کشورهای همسایه، استفاده از توان بخش خصوصی و جذب سرمایه‌گذاری‌های خارجی به منظور حفظ منافع ملی ضرورت دارد. وضعیت معادن مشترک بین ایران و کشورهای همسایه از نظر منافع ملی و حیثیت و غرور ملی بسیار نگران کننده است. انواع مواد معدنی به ویژه نفت و گاز در بسیاری از میدان‌های مشترک دریایی در معرض استخراج وسیع کشورهای همسایه قرار دارد. آنها با استفاده از مدیریت صحیح و توان شرکت‌های چند ملیتی و بزرگ و جذب منابع و سرمایه‌گذاری‌های داخلی و خارجی، قراردادهای بسیار عظیم اکتشاف و استخراج را منعقد کرده و منابع و معادن مشترک را بیش از حد مجاز و استحقاق خود بهره برداری می‌نمایند. مثلاً در حوزه خلیج فارس از قرار اطلاع فقط کشور قطر ۱۸ میلیارد دلار سرمایه‌گذاری کرده و در حوزه دریای مازندران، جمهوری آذربایجان بزرگ‌ترین قرارداد نفتی قرن را منعقد کرده است. بی شک این سرمایه‌گذاری‌ها موجب تضییع حق ملت ایران خواهد شد. در این تحقیق، ما درصدد هستیم معضلات و موانع حقوقی سرمایه‌گذاری‌ها و عدم استفاده مطلوب از منابع اقتصادی ایران، راه‌های قانونی توسعه و رشد و بهره برداری از معادن را بررسی نماییم. با

توجه به اینکه اصول قانون اساسی براساس موازین فقهی تصویب شده‌اند، لازم است ابتدا بررسی فقهی موضوع انجام شود. سپس قوانین موضوعه مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرند. سرمایه‌گذاری مجاز بخش خصوصی در این عرصه را مورد بررسی قرار دهیم.

### الف) شمول انفال بر معادن

برابر قانون اساسی، معادن جزو انفال و ثروت های عمومی دانسته شده است. پس باید دید که آیا معادن نیز در داخل مفهوم انفال می‌گنجد یا خیر. بر فرض که معادن از انفال نباشد، بعنوان منابع طبیعی خدادادی استخراج و تملک آنها توسط احیاء کنندگان مقدور است یا خیر؟ آیا دولت اسلامی می‌تواند با توجه به افزایش جمعیت استفاده عادلانه معادن را قانون مند سازد؟ و حق عموم مردم نسبت به معادن چیست؟

در خصوص معادن و شمول انفال بر آنها، بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. در این باره سه عقیده فقهی وجود دارد؛ مشهور فقیهان عقیده بر مباح بودن معادن و عدم شمول انفال دارند. البته برخی از صاحبان این عقیده قائل به شمول انفال بر معادن واقع در زمین‌های بدون صاحب هستند. برخی دیگر از فقیهان به طور مطلق معادن را جزو انفال دانسته و همه معادن ظاهری و باطنی را انفال و مال امام می‌دانند. عقیده سوم قائل به تفصیل بین معادن ظاهری و باطنی است. صاحبان این عقیده می‌گویند معادن ظاهری از مباحات و متعلق به عموم مردم است اما معادن باطنی با احیاء و اذن امام قابل تملک است.

۱- **مبنای قول مشهور (عدم شمول انفال بر معادن):** مشهور فقیهان همچون شهید اول و ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۸۸ - شهید اول، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۶۴)، ملا محسن فیض کاشانی (فیض کاشانی، ۱۴۲۶ ه.ق، ص ۲۴) کاشف الغطاء (کاشف الغطاء، ۱۴۲۶ ه.ق، ص ۳۳) و صاحب جواهر، معادن را در زمره مباحات دانسته که مردم در استفاده از آنها مساوی و یکسان هستند. «انّ الناس فیها شرع» این قول فقهی با مقتضای اصل اولی نیز مطابقت دارد، چون صرفنظر از دلایل فقهی و سایر اقوال، اصل اباحه است. از نظر شبهه وجوبیه، واجب بودن أخذ اجازه از دولت اسلامی مورد شک و تردید و بی گمان مجرای اصل برائت است. از نظر شبهه تحریمیه نیز حرام بودن تصرف در معادن بدون اذن و اجازه دولت مورد شک و تردید است. بنابراین با وجود شبهه تحریمیه، اصل برائت قابل استناد است (کلانتری، ۱۳۷۸، ش ۲۳). این اصل اولی با مقتضای دلیل لفظی «خلق لکم ما فی الارض جمیعاً» و اصل اباحه استفاده از حقوق طبیعی و خدادادی نیز موافق است. به همین دلیل صاحب ریاض، در توجیه عقیده مشهور فقها می‌نویسد: «و لعله للاصل» و عدم وضوح سند روایات و اختلاف نسخه در روایت اسحاق ابن عمار مندرج در تفسیر علی ابن ابراهیم همگی مؤید عدم شمول انفال بر معادن است (طباطبائی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۲۵۷). برابر این

عقیده، معادن ظاهری قابل تملک خصوصی نبوده و هرکس می‌تواند بقدر حاجت خود از آنها بهره برداری کند. با بررسی این قول مشهور، بنظر می‌رسد هرچند که خود معدن ظاهری قابل تملک نیست ولی حیازت از آن حتی افزون بر نیاز شخصی مملک محسوب و حیازت کننده می‌تواند آن را در معرض بیع و شراء قرار دهد. لیکن معادن باطنی با تملک زمین سطح آن یا حفاری، تملک محقق می‌شود و حفاری اگر به مرحله استخراج برسد، احیاء و الا تحجیر محسوب می‌شود (همان منبع، صص ۱۹۰ و ۱۹۱).

**۲- مبنای نظریه غیر مشهور (شمول انفال بر معادن):** طرفداران این قول از فقیهان مشهور بوده و تعداد قابل توجه آنها مشهور بودن قول قبلی را مورد سؤال قرار می‌دهد. مبنای قول غیر مشهور مانند (شیخ کلینی، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۵۳۸)، (شیخ مفید، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۲۷۸) (سلار، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۱۴۰)، قاضی (ابن براج، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۱۰۶) علامه در مختلف، نراقی، شیخ انصاری و امام خمینی که معادن را از انفال می‌دانند، استدلال آنها روایت موثقه اسحاق ابن عمار است. راوی آن نیز علی ابن ابراهیم قمی از پدرش از فضاله از ابن عثمان از اسحاق بن عمار است که می‌گوید: از امام صادق (ع) درباره انفال پرسیدم، فرمود: «انفال عبارتند از: آبادی هایی که خراب شده و ساکنانش رفته‌اند، از آن خدا و پیامبر است و اموالی که تعلق به پادشاهان داشته، برای امام است و زمین مخروبه‌ای که بدون جنگ و لشکرکشی به تصرف درآمده و تمام زمین‌های بی صاحب و معادن آنها از انفال هستند و هر شخص بی سرپرستی که بمیرد، مال او از انفال است» (حر عاملی، ۱۴۰۹، حدیث ۲۰).

**۳- ایرادات وارد بر قول غیر مشهور:** صدر روایت در خصوص اختصاص انفال به پیامبر (ص) و جانشینان وی است ولی این اختصاص، کبری قضیه است که جای بحث ندارد ولی موضوع اختلاف، صغری قضیه است که آیا معادن جزء انفال هست یا خیر؟ و دیگر اینکه عبارت «... فیها المعادن» شامل معادن واقع در انفال است یا مطلق معادن. در این خصوص صاحب جواهر می‌گوید: «فتأمل جيداً فإن المسألة غیر سالمة الاشکال و الاحتیاط الذی جعله الله ساحل البحر الهلکه فیها المطلوب» (نجفی، بی تا، ص ۱۳۰). در حالی که بر خلاف عقیده صاحب جواهر، مقتضای اصل اولی براءت است و نه احتیاط. مضافاً صاحب جواهر در جای دیگر دلایل شمول انفال را برای معادن کافی ندانسته است، چون علاوه بر دلایل نقلی، سیره مسلمین و عموم آیه شریفه «خلق لكم ما فی الارض جمیعاً» و شدت نیاز مردم به استفاده از آنها دلالت بر اباحه دارد. ولی در خصوص معادن باطنی، احیاء را به دلیل روایت و اجماع سبب تملک دانسته و می‌گوید تفاوتی ندارد که معدن متعلق به امام یا عموم مردم باشد «سواء قلنا للامام او للناس». به هر صورت احیاء سبب تملک است و اگر کسی از معدن بدون

اذن مالک استخراج کند، ظالم محسوب و ماده استخراجی متعلق به مالک معدن است (همان منبع، ص ۱۱۱). اشکال اصلی که بر این روایت وارد شده اختلاف نسخه روایت است. در برخی نسخه‌ها، به جای «منها، فیها» آمده است و بنابراین، منصرف به معادن واقع در انفال است. بر فرض هم که منها درست باشد، دلالت آن روشن نیست زیرا احتمال می‌رود، مرجع ضمیر کلمه «ارض» باشد. حال اگر مرجع ضمیر را انفال بگیریم؛ لازم می‌آید و او قبل از آن استینافیه باشد در حالی که اصل در او عطف بودن است (همان منبع، ص ۱۲۰). صاحب ریاض در تأیید همین عقیده می‌گوید: «اگر این ضمیر به انفال بازگردد لازم می‌آید «او» که اساساً برای عطف به کار می‌رود، به معنای استیناف آمده باشد، علاوه بر این، اگر او برای استیناف باشد نیاز به کلمه «منها» در این جانبود و عبارت «والمعدن» کافی بود» (طباطبائی، همان منبع، بی تا - ص ۲۵۶). مضافاً اگر معادن همه مال امام باشد چرا روایت مستفیض خمس را بر کاشف معادن واجب گردانیده است؟ پس معلوم می‌شود معادن متعلق به امام نیست و جزء اموال عمومی محسوب نمی‌شود.

۴- پاسخ به ایرادات: در پاسخ به این اشکالات می‌توان گفت: اولاً، مالکیت امام و مردم با هم تباین ندارد و بلکه رابطه آنها با هم رابطه طولی است، زیرا مالکیت امامان و انبیاء از جنس مالکیت شخصی نیست بلکه از باب اشراف و امامت و حکومت است. بدون شک مالکیت امام از باب منصب حکومت و ریاست دولت اسلامی است و به معنای مالکیت حکومت و امامت است (آصفی، ۱۴۰۹ ه. ق. ص ۱۳۶). بر همین اساس، طبق روایت و اجماع فقیهان (حتی آن دسته از فقیهان که معادن را از انفال می‌دانند) تمامی شقوق انفال با احیاء، قابل تملک خصوصی است. در حالی که اگر مالکیت امام به صورت ملک شخصی باشد، احیاء باید در حکم تصرف غاصبانه در مال غیر باشد.

ثانیاً، مرجع ضمیر مورد بحث، نمی‌تواند، ارض باشد چون اگر معدن در سایر زمین‌های انفال باشد هم جزء انفال محسوب می‌شود در حالی که لازمه درست بودن نسخه فیها این است که تنها قسم سوم زمین‌های مزبور مرجع ضمیر شود ولی هیچ خصوصیتی برای قسم سوم به چشم نمی‌خورد چون هر سه قسم زمین‌های ویران، متصرفی مسلمین و بدون مالک، از این حیث حکم یکسان دارند پس مرجع ضمیر انفال است. و او نیز عطف است. چونکه اگر استیناف باشد، لازم است که مبتدا بدون خبر و ناتمام باقی بماند. ثالثاً، بر فرض که مقصود روایت فقط معادن واقع در انفال باشد، معادن واقع در املاک شخصی که در اعماق زمین است؛ اعماق زمین از حدود عرفی مالکیت شخصی خارج و لایه‌های درونی زمین جزء زمین بدون صاحب و انفال محسوب می‌شود یا اینکه معدن در سطح زمین قرار دارد که جزء معادن

ظاهری محسوب و مالکیت امام در مورد آنها اختلافی است. در خصوص ایراد مربوط به وجوب پرداخت خمس معادن، با توجه به اینکه جنس مالکیت امام غیر از مالکیت خصوصی است، تملک خصوصی معادن با فرض شمول انفال بر اساس مجوز قانونی حکومت بدون شک امکان پذیر است و در آن صورت پس از تحقق مالکیت، پرداخت خمس نیز واجب است و در نتیجه حکم خمس تعارضی با شمول انفال ندارد. در تقویت این عقیده می‌توان گفت معادن حکم اراضی موات را دارد که با اقطاع واگذار می‌شود. گاهی حکومت مال موات را در برابر طسق (وجهی که حکومت در قبال واگذاری انفال می‌گیرد) تملیک می‌کند (اقطاع تملیک) و گاهی با حفظ مالکیت انفال حق استفاده از آن را به اشخاص می‌دهد (اقطاع استغلال) شیخ طوسی احیاء و اقطاع را قابل جمع می‌داند (سید محمد خامنه ای، ۱۳۷۱، ص ۲۳).

**۵- تفصیل بین معادن ظاهری و باطنی:** قول سوم فقها این است که بین معادن ظاهری و باطنی تفصیل قائل شده‌اند. علامه در مختلف، همه معادن را جزء انفال دانسته و گفته است «والاقرب الاطلاق» (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۳۳۸). ولی در کتاب قواعد می‌گوید، معادن ظاهری و معادنی که دسترسی به آنها مستلزم مشقت نمی‌شود، شرع و ثروت مشترک مسلمین است و هرکس می‌تواند بقدر نیاز خود از آنها برداشت کند. در این صورت با احیاء و تجحیر به تملک خصوصی در نمی‌آیند (علامه حلی، بی تا، ص ۲۳۱) و شهید ثانی نیز می‌گوید «لا يجوز ان يقطعها السلطان العادل» (شهید ثانی، بی تا، ص ۱۸۸) ولی در مورد معادن باطنی با احیاء تملک حاصل می‌شود ولی احیاء کننده نمی‌تواند مانع حفاری دیگران شود. البته اگر مواد معدنی در محدوده عملیات حفاری باشد، اطراف محل را نیز دربر می‌گیرد و حریم خصوصی برای حفاری کننده ایجاد می‌شود (صدر، ۱۳۸۲ ه.ش، ص ۱۱۶). در نتیجه مالکیت امام و تملک خصوصی افراد مانعه الجمع نیست.

**۶- عقیده راجح:** به نظر می‌رسد در شرایط فعلی، معادن چه متعلق به امام یا عموم مردم باشد، دولت می‌تواند برای توزیع عادلانه ثروت، در خصوص استخراج آنها قانون‌گذاری کند. چون با فرض تعلق به امام، حکومت اسلامی طبق قانون اساسی، جانشین امام است. در صورت تعلق به عموم مردم، حکومت به نمایندگی از سوی مردم برای حسن اداره آنها حق قانون‌گذاری دارد، چون بنای عقلاء خود از مصادر تشریح است. طبق بنای عقلا آزادی مردم در استفاده از معادن بدون مجوز قانونی سبب هرج و مرج و نابودی معادن یا تملک آنها توسط افراد معدودی خواهد شد. بنابراین، چون شارع مقدس خود هم جزء عقلا و بلکه رئیس عقلا است. برای رفع تزاخم بین مصالح فرد و جامعه چنین حکمی را بایسته مسلمین می‌داند. در زمان حاضر نیز که دولت ملی تشکیل شده و جمعیت رو به تزاید مردم، موجب کمیابی مواد معدنی شده است، احیاء و تملک خصوصی، موجب محروم شدن دیگران از این حقوق

خدادادی می‌شود. فلسفه قول مشهور فقهاء بر اباحه معادن حق عموم مردم و عموم آیه شریفه «خلق لکم ما فی الارض جمیعاً» است و این تعلق حق عموم مردم ملازمه با استحقاق آنها و لزوم برخورداری همه مردم از معادن است. بنابراین، قوانین مصوب بر حق طبیعی و اولیه افراد در تملک معادن حکومت دارد یعنی قوانین معادن ناسخ قوانین و قواعد فقهی مربوط به احیاء نمی‌شود بلکه در مواردی که تملک افراد، محدود یا ممنوع می‌شود رابطه این احکام ثانوی بر احکام اولیه رابطه حکومت و ورود است نه ناسخ و منسوخ. نکته آخر این است که آیا با فرض اباحه معادن باطنی مالکیت زمین موجب مالکیت معدن واقع در اعماق زمین می‌شود یا خیر؟ در پاسخ همان‌طور که گفتیم، حدود مالکیت افراد بر زمین، حدود عرفی و اعتباری است و هیچ دلیل عقلی و نقلی مبنی بر تبعیت مالکیت اعماق زمین از سطح زمین وجود ندارد.

### ب) قانون‌گذاری در خصوص معادن

با بررسی ضوابط فوق در خصوص مالکیت معادن قضیه تا حدودی روشن است، زیرا معادن جزو اموال عمومی محسوب می‌شوند و در مالکیت دولت به معنای عام است ولی این مالکیت برخلاف مالکیت خصوصی، بیشتر از جهت اعمال حاکمیت و سلطه و اشراف دولت است تا اعمال حقوق مالکانه. به هر حال اصل ۴۵ قانون اساسی معادن را جزو انفال و ثروتهای عمومی دانسته و بنابراین مشمول مالکیت عمومی است. در خصوص معادن تاکنون قوانین مختلفی به تصویب رسیده که از جمله مهم‌ترین آنها قانون معادن مصوب ۱۳۶۲ و قانون معادن مصوب ۱۳۷۷ است. قانون جدید سال ۱۳۷۷ ضابطه مالکیت را حذف کرده و معادن را بطور کلی تابع ضوابط حقوق عمومی دانسته است. حقوق دولت را اعمال حاکمیت و حقوق اشخاص را اعمال مالکیت توصیف کرده است (ماده ۲). برابر ماده ۲۲ قانون جدید اگر معادن مکشوفه در محدوده املاک دایر یا مسبوق به احیاء باشند، مجری عملیات باید پس از تایید وزارت صنایع معادن اجاره یا بهای آن را بدون محاسبه مواد معدنی با قیمت روز برابر نظریه کارشناسی بپردازد. تنها امتیاز مالک این است که مالک در استخراج سنگ ساختمانی و سنگ‌های تزئینی بر دیگران حق تقدم خواهد داشت. قانون جدید صدور پروانه اکتشاف (ماده ۶) و گواهی کشف بنام دارنده پروانه اکتشاف (ماده ۷) را پیش بینی کرده است. گواهی کشف شامل نوع ماده معدنی، کمیت، کیفیت، حدود مساحت و هزینه عملیات اکتشافی است. مواد معدنی همچون نفت خام، گاز طبیعی و مواد پرتوزا هرچند طبقه بندی شده اما از شمول این قانون خارج نشده است (ماده ۳). برخلاف قانون سابق طبق قانون جدید پروانه بهره برداری و قرارداد استخراج از هم تفکیک نشده و بطور کلی به اشخاص خصوصی و عمومی پروانه بهره برداری داده می‌شود. برخلاف قانون سابق که تابع قواعد معاملات خصوصی و



انعقاد قرارداد استخراج با اشخاص بوده و بنابراین به نحوی مالکیت دولت و اختیار انعقاد قرارداد دولتی و ضوابط حقوق خصوصی قابلیت اعمال داشته، قانون جدید بیشتر تابع قواعد حقوق عمومی و حمایت از سرمایه گذاری افراد و حقوق مکتسبه آنان و احترام به حق اکتشاف و حق بهره برداری است. طبق این قانون، حقوق دولت از سطح یک مالک مطلق به سطح یک مرجع قانونی صدور پروانه و مجوز تقلیل یافته است به دلایل ذیل: ۱- برابر ماده ۲ قانون جدید، مسئولیت اعمال حاکمیت بر عهده دولت است و این اعمال حاکمیت برای حفظ ذخائر معدنی، صدور اجازه فعالیت معدنی نظارت بر امور، توسعه فعالیت های معدنی، توسعه صادرات مواد معدنی با ارزش افزوده، ایجاد اشتغال و افزایش سهم معادن در توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور است. اعمال حاکمیت مزبور مانع اعمال مالکیت اشخاص نخواهد بود. تعریف مزبور از اعمال حاکمیت تابع همان رویکرد کلی است که طرفدار کاهش نقش انحصاری دولت و کاهش تصدی گری دولت و توسعه فعالیت بخش خصوصی است.

۲- به موجب ماده یک قانون معادن، پروانه اکتشاف و پروانه بهره برداری و عملیات بهره برداری تعریف شده و وزارت صنایع و معادن مکلف است که در راستای شناسایی معادن پروانه اکتشاف برای متقاضیان صادر نماید و این پروانه اکتشاف موجب استحقاق مکتشف برای دریافت گواهی کشف می شود (ماده ۵) دارند گواهی کشف ظرف یکسال می تواند، تقاضای پروانه بهره برداری نمایند (ماده ۸) و حق آنها فقط در صورتی ساقط می شود که ظرف مهلت قانونی تقاضای صدور پروانه بهره برداری ننموده باشند. حق بهره برداری و صدور پروانه بهره برداری به دارنده پروانه اکتشاف داده می شود. بنابراین، طبق قانون جدید دولت بعنوان مالک مطلق معدن قرارداد استخراج منعقد نمی نماید، بلکه بعنوان اعمال حاکمیت پروانه و مجوز بهره برداری صادر می کند. پروانه بهره برداری موجب ایجاد حق مکتسب برای دارنده آن می شود این پروانه، سندی لازم الاجرا و قابل خرید و فروش و انتقال به اشخاص ثالث است (تبصره ۳ ماده ۱۰).

۳- حقوق دولتی مندرج در بند «و» ماده ۱ و ماده ۱۴ چیزی شبیه مالیات است و جنبه ثمن معامله و انعقاد قرارداد استخراج ندارد. در عین حال پروانه مزبور موجب ایجاد حق مکتسب برای عامل بهره بردار می شود (ماده ۱۷) دولت نیز در راستای تکلیف تشویق سرمایه گذاری (ماده ۱۶) و حمایت از بخش خصوصی حقوق مکتسبه بهره برداری را محترم شمرد. البته در صورت اثبات عدم کارائی و عدم اجرای تعهدات مندرج در پروانه بهره برداری، دولت مهلت کافی به بهره بردار می دهد. شخص مذکور در صورت عدم اجرای تعهدات به پرداخت خسارت محکوم و یا فاقد صلاحیت تشخیص داده می شود.

لیکن این فقدان صلاحیت بر اعتبار پروانه بهره برداری و حقوق مکتسبه بهره برداری اشخاص ثالث تاثیری نخواهد داشت.

۴- درخصوص سنگ‌های لاشه ساختمانی و سنگ‌های تزئینی مالک زمین حق تقدم داشته و در صورت اخذ پروانه اکتشاف از حقوق دولتی معاف و مالک معدن مکتشفه می‌شود (تبصره ۲ ماده ۲۲). بنابراین، طبق قانون مزبور، معادن سنگ از اموال عمومی محسوب نمی‌شوند مگر اینکه خارج از اراضی خصوصی افراد بوده و در محل زمین‌ها و اموال عمومی واقع شده باشند.

۵- از ویژگی‌های این قانون عدم تبعیت مالکیت سطح زمین تا عمق عرفی از مالکیت لایه‌های زیرین زمین است و مالکیت سطح زمین جز در مورد سنگ‌های لاشه ساختمان و سنگ‌های تزئینی برای مالک زمین هیچ حق تقدمی ایجاد نمی‌کند حتی مالک سطح زمین ملزم است زمین را به صورت عقد اجاره به بهره بردار معدن واگذار نماید (ماده ۲۲ قانون و ماده ۵ آیین نامه اجرایی).

**سؤال:** شخصی مبادرت به اکتشاف معدن نموده و پروانه اکتشاف و سپس گواهی کشف دریافت کرده و ظرف مهلت مقرر قانونی درخواست پروانه بهره برداری کرده است. آیا وزارت صنایع و معادن می‌تواند درخواست وی را رد نماید؟ یا از ترتیب اثر دادن به آن خودداری کند؟ قبل از هر چیز باید در نظر داشت که قانون‌گذار برای افرادی که در مهلت یکساله مقرر درخواست پروانه نکرده باشند، حق اولویت آنها را سلب نموده است. مفهوم این ماده این است که دارنده گواهی کشف دارای حق اولویت نسبت به معدن است و این حق مکتسب باید توسط وزارت صنایع و معادن رعایت شود. حال اگر حتی حق اولویت وی ساقط شود، استحقاق وصول هزینه‌های اکتشافی را خواهد داشت. با توجه شناسائی حق اولویت مزبور، در رابطه با پاسخ سؤال اصلی، دو نظریه قابل طرح است.

**اول:** وزارت صنایع معادن مکلف به صدور پروانه بهره برداری است و برابر مقررات قانون معادن حقوق دولتی را نیز براساس میانگین حقوق دولتی (تبصره ۱ ماده ۱۴) و بند الف تبصره ۶۶ قانون بودجه ۱۳۶۳ (تبصره ۲ ماده ۱۴) و قیمت پایه میانگین معادن مجاور (تبصره ۱ ماده ۱۴) بعنوان سهم دولت تعیین و پروانه بهره برداری صادر کند. چون دارنده گواهی کشف حق اولویت دارد. مخالفت غیرموجه وزارت معادن و فلزات موجب نادیده گرفتن حق اولویت عامل بهره بردار که با صرف هزینه و توان و وقت خود موفق به اکتشاف شده است، می‌شود و عامل از طریق دیوان عدالت اداری حق الزام وزارت مزبور به صدور پروانه بهره برداری را دارد.

**دوم:** اینکه حق اولویت عامل بهره برداری یک حق اولویت در صورت تشخیص دولت موکول به صدور پروانه بهره برداری است و این امتیاز حداکثر موجب ایجاد استحقاق بهره بردار در صورت صدور پروانه است. حال اگر وزارت صنایع و معادن براساس رعایت صرفه و صلاح جامعه بهره برداری از معدن مورد نظر را کلاً مفید و ضروری تشخیص ندهد. عامل بهره بردار حقی در الزام دولت به صدور پروانه نخواهد داشت. البته در این صورت دولت باید هزینه‌های اکتشاف را پرداخت و حتی پروانه اکتشاف را به نرخ روز خریداری نماید.

قانون معادن در این رابطه ساکت است. بنابراین باید به عموماً قانونی توسل جست. به نظر می‌رسد برابر عموماً، دولت به نمایندگی از جامعه حق اعمال حاکمیت معدن را دارد و این حق مالکیت باید در راه منافع عمومی اعمال شود، مضافاً اینکه از نظر قواعد مالکیت نمی‌توان مالک مال عمومی (دولت) را ملزم به واگذاری مال خود نمود. از نظر اعمال حاکمیت نیز اصل بر تقدم منافع عمومی بر منافع فردی است و صدور پروانه باید در مواردی که منافع عمومی لطمه می‌بیند متوقف شود. در نتیجه به نظر می‌رسد عقیده دوم صحیح و منطبق با موازین است. براساس ملاک ماده ۸ و به قیاس اولویت، در صورت مخالفت دولت عامل بهره بردار مستحق دریافت هزینه‌های اکتشافی است. نتیجه‌ای که از تجزیه و تحلیل قانون مزبور می‌توان گرفت این است که نقش دولت در صدور پروانه کشف و بهره برداری جنبه اعمال حاکمیت دارد و بخش خصوصی در چارچوب قانون با پرداخت حقوق دولتی حق بهره برداری از معادن را دارد. اما پس از صدور پروانه بهره برداری به صراحت قانون حق بهره برداری از معدن برای دارنده پروانه حق مکتسب محسوب و دولت نمی‌تواند بر خلاف حق مکتسب شخص خصوصی اقدام نماید.

با تحلیل قانون مزبور درمی‌یابیم مفهوم مالکیت خصوصی دولت برخلاف قانون سال ۱۳۶۲ به حاکمیت متحول گردیده و مقصود از مالکیت عمومی، حاکمیت دولت براساس رعایت منافع عمومی جامعه است. این اعمال حاکمیت مانع از شناسایی حقوق قانونی برای معدن کاران نمی‌شود، ولی اعمال حاکمیت دولت برحق خصوصی صاحبان معادن در موارد حفظ منافع عمومی حکومت دارد. در همین راستا ماده ۲ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷ صراحتاً اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی را به معنای اعمال حاکمیت دولت معنی کرده است. این قانون، حق بهره برداری معدن کاران را با توجه به اعمال حاکمیت دولت در مواردی از مرتبه ملک به مرتبه حق تنزل داده است. یعنی برخلاف مالکیت که سلطه مطلق مالک بر مال است، حق بهره برداری سلطه نسبی معدن کار بر معدن مکشوفه است. هرچند که مدت بهره برداری طبق تبصره سه ماده ۱۰ قانون معدن محدود به مدت زمانی حداکثر ۳۵ سال است ولی برابر همان تبصره دارنده حق بهره برداری حق اولویت تمدید پروانه را دارد. بنابراین دولت نمی‌تواند

معادن را به شخص دیگری واگذار نماید، زیرا این یک حق مکتسب برای دارنده پروانه محسوب می‌شود.

### ج) معادن نفت و گاز

قراردادهای نفتی ترکیبی از فناوری و مدیریت و تکنولوژی و منابع طبیعی است که نوع مالکیت آنها مستلزم مالکیت بر اموال عمومی طبیعی و مصنوعی است. از این رو به لحاظ اهمیت منابع نفتی و صنعت نفت در اقتصاد ملی بعنوان شریان اصلی حیات اقتصادی و تنوع و پیچیدگی قراردادهای نفتی، بحث در این باره از اهمیتی خاص برخوردار است.

۱- سابقه قانون‌گذاری: نخستین قرارداد نفتی برای استخراج منابع زیرزمین از جمله نفت، قرارداد ۷۰ ساله *بارون جولپوس دورویتر* است. به موجب این قرارداد رویتر در قبال پرداخت ۱۵ درصد از عایدی خالص، حق اکتشاف و استخراج کلیه معادن و منابع زیرزمینی را بدست آورد. همین طور امتیاز داری، قرارداد امتیاز ۱۹۱۹ ایران و انگلیس، قرارداد امتیاز ۱۹۱۶ *خوشتاریا* کشور روسیه، قرارداد امتیاز نیوجرسی نوامبر ۱۹۲۱، قرارداد ۱۹۳۳ شرکت نفت ایران و انگلیس، به ترتیب موجب سلطه خارجی بر صنعت نفت گردید. در سال ۱۳۳۰ هجری شمسی (۱۹۵۱ میلادی) تلاش ملت برای استیفای حقوق خویش و نفی سلطه خارجی بر صنعت نفت، ملی شدن این صنعت را به ارمغان آورد (کالبد شکافی قراردادهای نفتی، ۱۳۷۹، ص ۸۴). با ملی شدن صنعت نفت، این گونه قراردادهای و اعطای امتیاز، بر چیده شد. اما در سال ۱۹۵۴ شکل تغییر یافته‌ای از آن در قالب قرارداد کنسرسیوم به مرحله اجرا درآمد و به فرمول تسهیم ۵۰/۵۰ تبدیل شد (همان منبع، ص ۲۱).

به موجب این قرارداد شرکت ملی نفت ایران، نفت خام استخراج شده توسط کنسرسیوم را سرچاه به اعضای آن می‌فروخت و از ما به التفاوت قیمت اعلام شده و هزینه استحصال، ۵۰٪ درصد به عنوان مالیات به ایران می‌پرداختند. بهره مالکانه معادل یک هشتم بهای نفت خام بود. درآمد حاصله از نفت خام برای ایران چهار برابر قبل از ملی شدن نفت، افزایش یافت (وزارت اطلاعات، ۱۳۵۲، ص ۱۰). در سال ۱۹۶۵ شش قرارداد نفتی دیگر در ایران امضاء که همه آنها براساس مشارکت منعقد گردید. قانون نفت مصوب سال ۱۳۳۶ شیوه مشارکت در سرمایه گذاری را مجاز شناخته است. براساس این قانون شرکت خارجی و شرکت ملی نفت ایران، یک شرکت جدید ایرانی تأسیس کرد و تمامی فعالیت های اکتشاف، تولید و بهره برداری در یک منطقه خاص به آن شرکت واگذاری می‌گردید. براساس قانون نفت مصوب ۱۳۵۳/۵/۸ هرگونه قرارداد مشارکت که متضمن مالکیت خارجی بر منافع و نیز مالکیت نفت استحصالی بر سر چاه گردد، ممنوع شد. در عوض، این قانون شیوه خرید خدمت برای اکتشاف، توسعه و

تولید را مجاز اعلام کرد. براساس این قانون در سال ۱۹۶۶ برای نخستین بار، قرارداد خرید خدمت میان ایران و گروه فرانسوی اراپ (ERAP) منعقد گردید. در این قرارداد شرکت خارجی بعنوان پیمانکار و شرکت ملی نفت ایران بعنوان کارفرما و حاکم عمل کرد. براساس این قرارداد، حاکمیت ایران بر منابع نفتی به رسمیت شناخته شد. تسهیم درآمد حاصله براساس (۸/۵-۹۱/۵) درصد سهم ایران و ۱۱ درصد سهم مقاطعه کار تعیین شد. ابتکاری که در این قراردادها از سوی ایران به کار برده شده، در نظر گرفتن ۵۰٪ ذخایر میدان های کشف شده (غیر از نخستین میدان) به عنوان «ذخیره ملی» بود که در اختیار شرکت ملی نفت ایران قرار داشت (موحد، ۱۳۷۵، ص ۱۴۲).

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و ایجاد نگرش منفی نسبت به سرمایه و سرمایه گذاری، نگرش به سرمایه گذاری خارجی به مراتب بدتر بود. سرمایه گذاری خارجی مذموم تلقی و شخص سرمایه گذار نیز شخصیتی بود که اندیشه غارت منابع ملی و ثروت های طبیعی کشور را در سر می پروراند. با این اندیشه سرمایه گذاری خارجی به حداقل ممکن در بخش پایین دستی صنعت نفت کاهش یافت و تا سال ۱۹۸۹ جذب سرمایه گذاری در بخش بالادستی صنعت نفت تقریباً صورت نگرفت (کالبد شکافی قراردادهای نفتی، بی تا، ص ۲۹۹).

با پایان گرفتن جنگ تحمیلی و ضرورت بازسازی صنعت نفت، جذب سرمایه گذاری خارجی در دستور کار قرار گرفت. براساس مواد قانون برنامه های توسعه و تبصره های قوانین بودجه، سقف های مشخص برای منابع ارزی خارجی در نظر گرفته شد. به موجب اصول ۴۴ و ۸۱ قانون اساسی، به لحاظ محدودیت و انحصار بخش دولتی و ممنوعیت مطلق دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و مؤسسه ها در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان، هرگونه سرمایه گذاری مستقیم در بخش نفت و گاز ممنوع اعلام گردید.

۲- قوانین حاکم: بموجب ماده ۶ قانون نفت مصوب ۱۳۶۶، هرگونه سرمایه گذاری خارجی در عملیات نفتی، همراه مالکیت بر منابع و تأسیسات و تجهیزات ممنوع گردید. به موجب ماده ۱۲ قانون نفت، قراردادهای خرید خدمت که به عنوان بای بک یا بیع متقابل معروف است، مجاز دانسته شد؛ زیرا ماده ۱۲ قانون مزبور قوانین مغایر را ملغی دانسته، در حالی که قرارداد بای بک مغایرتی با قانون جدید ندارد، زیرا قانون نفت ۱۳۶۶ هرگونه سرمایه گذاری خارجی با حضور مستقیم سرمایه گذار خارجی همراه مالکیت بر منابع و تأسیسات و تجهیزات را، نفی می کند. خرید خدمت یا بای بک برای پیمانکار خارجی حاکمیت و حق عینی ایجاد نمی کند. بنابراین، تنها شکل مجاز سرمایه گذاری خارجی، قراردادهای بیع متقابل قلمداد شده است.

با وجود این عملاً تا دهه ۷۰، جهشی در زمینه سرمایه گذاری خارجی به چشم نمی خورد. عملیاتی نشدن روش بازخرید محصول (موسوم به بیع متقابل)، مخاطرات سرمایه گذاری در ایران، محدودیت های سقف بودجه، محدودیت های برنامه ای، فشارهای خارجی، برنامه تحریم آمریکا و نیز محدودیت های اجرائی و تشریفات مفصل قانونی و لزوم اخذ مجوز از کمیسیون ها و مراجع مختلف از جمله موانع سرمایه گذاری خارجی در عرصه نفت و گاز بوده است. با ملاحظه سیر قانون گذاری مزبور، معلوم می شود که تفسیر قانونگذار از اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی در زمینه نفت و گاز، عدم امکان واگذاری ثروت های عمومی ولو در برابر تعهدات متقابل و سودآور طرف خارجی است. طبق ماده ۲ قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ منابع نفت کشور، جزء انفال و ثروت های عمومی است و تمامی تجهیزات و تأسیسات و سرمایه گذاری های بعمل آمده متعلق به ملت ایران و در اختیار حکومت اسلامی است. سؤالی که مطرح می شود، این است که آیا واقعاً قرارداد بای بک (موسوم به بیع متقابل) تنها شکل مفید و قانونی قرارداد نفتی است؟ آیا پیش بینی یک نوع قرارداد و محدود کردن دستگاه اجرائی به بیع متقابل، موجب سلب قدرت چانه زنی و از دست رفتن فرصت های دیگر معاملاتی و تقلیل قدرت معاملی کشور و سوء استفاده احتمالی طرف خارجی، برای بالابردن قیمت خدمات نمی شود؟ علت چیست؟ چرا قانونگذار، تنها راه ممکن سرمایه گذاری در صنعت نفت و گاز را بیع متقابل دانسته است؟ آیا بخاطر محدودیت ناشی از تفسیر اصل ۴۴ قانون اساسی است یا مصالح و منافع ملی پاسخ به این سوالات مستلزم بررسی کارشناسی و ارزیابی معایب و مضرات قراردادهای بازرگانی مرسوم در تجارت بین المللی است. اجماًلاً به نظر می رسد که قرارداد بای بک و یا هر نوع قرارداد دیگر فی نفسه خوب یا بد نیست، بلکه آنچه که قرارداد تجاری را مفید و سود آور می نماید. کیفیت مطلوب و مبلغ پایین قرارداد، نسبت به هزینه و مخارج و سودآوری آن و دیگر تضمینات و وثائق قرارداد است، بنابراین هیچ دلیلی وجود ندارد که فقط قرارداد بای بک تنها مدل منحصر قراردادی مفید در حوزه تجارت بین الملل است. وضعیت اقتصادی، تجاری و سیاسی و مؤلفه های متعدد تجارت بین المللی گاه اقتضاء می کند که از سایر مکانیزم های تجارت بین الملل استفاده شود.

به عقیده نگارنده محصور کردن اقتصاد ملی و منافع ملت در یک نوع خاص قرارداد، با وضع تشریفات مفصل و پیچیده و دیوانسالاری دولتی موجب از دست رفتن فرصت های دیگر و سلب قدرت مانور تجارت خارجی و محدود شدن امکان چانه زنی و عدم امکان بررسی سایر راهکارهای تجارت و سرمایه گذاری مفیدتر و مقرون به صرفه تر و در نتیجه عقب ماندن از رقیبان خارجی و عقب ماندگی اقتصاد کشور خواهد شد. از نظر مطالعه تطبیقی نیز پژوهشگران حقوق تجارت بین الملل، به این نتیجه رسیده اند که کشورهای جهان سوم برای

رشد و توسعه اقتصادی از قدرت معاملی خود، سعی کرده‌اند، کشورهای توسعه یافته را برای سرمایه گذاری و انتقال دانش فنی تحت فشار قرار دهند. براین اساس، قراردادهای سنتی خرید کالا، فروش مواد اولیه، اعطای امتیاز، أخذ وام و امثال آن وافی به مقصود نیست. مکانیزم‌های جدید قراردادی که مورد استفاده کشورهای جهان سوم است، دارای اقسام متعدد هستند که همه آنها براساس تجربیات تجارت بین الملل، می‌توانند منافع ملی کشورهای در حال توسعه را تضمین نمایند.

پیرو همین ضرورت، قانون‌گذار در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، علاوه بر بیع متقابل، قراردادهای مشارکت مدنی و ساخت، بهره برداری و واگذاری را نیز بعنوان شیوه‌های سرمایه گذاری پذیرفته است. از نظر قانونی بنظر می‌رسد ماده ۳ قانون مزبور در قراردادهای نفتی نیز می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و براساس آن قراردادهای متنوع نفتی با شرکت های داخلی و خارجی منعقد شود.

سؤال دیگر این است که آیا این قبیل قراردادها موجب سلطه طرف خارجی بر منابع و اموال عمومی می‌گردد یا خیر؟ بنظر می‌رسد این قراردادها می‌توانند با شرایطی منعقد شوند که حاکمیت و مالکیت کشور میزبان، محفوظ بماند. شناسایی حق مشارکت یا حق عینی نسبت به ابزار تولید و وسایل سرمایه گذاری نافی حاکمیت دولت نخواهد شد. این قراردادها امروزه ابزار کشورهای جهان سوم، برای انتقال دانش فنی و سرمایه و مدیریت و رشد و توسعه اقتصادی است. طبق تبصره ماده ۲ قانون فوق، در قراردادهای بی، او، تی مادام که سرمایه و سود طرف خارجی مستهلک نشده، اعمال حق مالکانه نسبت به سرمایه باقی مانده محفوظ است. برابر ماده ۹ آیین نامه اجرائی همان قانون، انتقال حقوق مالکانه، از طریق واگذاری تدریجی حقوق مالکانه در طول مدت قرارداد یا واگذاری حقوق مکتسبه در پایان دوره قرارداد عملی می‌شود.

هرچند قانون‌گذار برای سرمایه گذار خارجی، حق مالکانه پیش بینی کرده، ولی این حق مالکانه در طول مدت قرارداد، باید به طرف ایرانی واگذار شود. در نتیجه برای سرمایه گذار خارجی سلطه بر اموال عمومی و تملک کامل مالکیت عمومی بوجود نخواهد آمد. این روش توسط دولت در سرمایه گذاری های دولتی نیز مورد استفاده قرار گرفته، لیکن در مورد قراردادهای نفتی تاکنون این نوع قراردادها منعقد نشده است. ضرورت خروج از قالب انحصاری بیع متقابل و استفاده از روش های مختلف قراردادهای بین‌المللی در عرصه رقابت‌های منطقه‌ای توسط تصمیم گیران و تصمیم سازان قراردادهای نفتی ملموس است. در حال حاضر کشورهای همسایه مانند قطر و آذربایجان از طریق قراردادهای بزرگ نفتی سرمایه‌هایی عظیم را در صنعت نفت و گاز خود جذب کرده و قدرت استحصال نفت و گاز از

منابع نفتی و گازی مشترک را بسیار بیشتر از توان مالی و فنی ایران، بدست آورده اند. غرور ملی و ضرورت حفظ منافع ملی و پیروزی در این رقابت از هر ضرورت دیگری حساس تر و مهم تر است. قید و بندهای غیر ضروری قانونی نباید مانع دستیابی به این هدف شود. پیرو همین ضرورت قانون گذار در بند "ب" ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم مقرر داشته که به منظور افزایش ظرفیت تولید نفت و حفظ و ارتقای سهمیه نفت ایران در تولید اوپک، تشویق و حمایت از جذب سرمایه ها و منابع خارجی در فعالیتهای بالادستی نفت و گاز به ویژه در میادین مشترک و طرح های اکتشافی کشور، اطمینان از حفظ و صیانت هرچه بیشتر با افزایش ضریب بازیافت از مخازن نفت و گاز کشور، انتقال و به کارگیری فناوری های جدید در توسعه و بهره برداری از میادین نفتی و گازی و امکان استفاده از روش های مختلف قراردادهای بین المللی، به شرکت ملی نفت ایران اجازه داده می شود؛ نسبت به انعقاد قراردادهای اکتشافی با طرف های خارجی یا شرکت های صاحب صلاحیت داخلی با رعایت اصول و شرایط مقرر در ماده مزبور از جمله حفظ حاکمیت و اعمال تصرفات مالکانه دولت بر منابع نفت و گاز کشور اقدام نماید.

این ماده قانونی به طور بسیار کلی، قراردادهای متعدد و روش های مختلف قراردادهای بین المللی را اجازه داده است و از طرفی تنها روش قراردادی که حق مالکانه برای طرف سرمایه گذار خارجی یا داخلی پیش بینی نکرده، قرارداد بیع متقابل است. سایر انواع قراردادهای به نحوی مستلزم شناسایی حق مالکانه برای سرمایه گذار طرف قرارداد است لیکن حقوق مالکانه مزبور، به معنای انتقال مالکیت منابع نفتی و گازی نخواهد شد و بلکه صرفاً تضمینی است برای توثیق سرمایه و سود طرف خارجی و در پایان قرارداد حق مالکیت دولت کماکان محفوظ است. بنابراین، می توان در آینده امیدوار بود که قراردادهای مختلف نفتی با حفظ حاکمیت و مالکیت دولت و پیش بینی مقررات و شروط قانونی و قراردادی موضوع تجارت بین المللی و انعطاف حق مالکانه به میزان توثیق سرمایه و سود طرف خارجی در دستور کار وزارت نفت و شرکت های تابعه قرار گیرد. در این رابطه بند الف ماده ۲۵ قانون برنامه چهارم نیز مقرر می دارد که دولت موظف است حداقل ۱۰٪ ظرفیت فعالیت، اکتشاف، استخراج و تولید نفت، گاز، پالایش پخش و حمل و نقل مواد نفتی و گازی را با حفظ مالکیت دولت و با رعایت قانون نفت مصوب ۱۳۶۶/۷/۹ به بخش خصوصی داخلی واگذار نماید. برابر بند ه ماده ۱۴ قانون مزبور، دولت مجاز است که به منظور شناسایی و اکتشاف هرچه بیشتر منابع نفت و گاز در سراسر کشور (بجز استان های خوزستان، بوشهر و کهگیلویه و بویراحمد) نسبت به عقد قراردادهای بیع متقابل اقدام نماید.



**تجویز روش‌های مختلف بین‌المللی** به معنای خصوصی سازی و آزاد سازی کلی صنعت نفت و گاز در کشور نخواهد بود بلکه در آزادی عمل شرکت ملی نفت ایران و استفاده از توان و ظرفیت های بخش مهندسی در عملیات اکتشاف و استخراج و حمل و توزیع نفت و گاز در داخل و خارج کشور است. به موجب قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ که به تصویب مجلس رسیده، صنعت نفت و گاز در بخش تولید و استخراج نفت خام و گاز و معادن آن در گروه سوم فعالیت های اقتصادی قرار گرفته است. برابر بند ج ماده ۸ قانون مزبور سرمایه‌گذاری و مالکیت و مدیریت این بخش منحصرأ در اختیار دولت است. سایر فعالیت های مربوط به صنعت نفت و گاز مانند پتروشیمی، پالایشگاه، حمل و نقل، صنایع وابسته و حتی فروش و توزیع و صادرات و حفاری و اکتشاف جزء گروه‌های دوم و سوم بوده و فعالیت بخش خصوصی مجاز شناخته شده است. در خصوص تولید و استخراج نیز طبق ماده ۹ قانون مزبور فعالیت بخش خصوصی و غیردولتی در ابعاد فنی، مالی، مهندسی و مدیریتی بشرط مالکیت ۱۰۰٪ دولت مجاز است. این قانون اهداف خصوصی سازی در معادن نفت و گاز را ضروری ندانسته است.

#### د) مطالعه تطبیقی

۱- حقوق فرانسه: در نظام حقوقی رم مالکیت سطح زمین ملاک بوده ولی از قرن چهاردهم میلادی، بین مالکیت سطح زمین و زیرزمین تفکیک کردند. نویسندگان حقوق مدنی فرانسه در تفسیر ماده ۵۵۲ قانون مدنی فرانسه آورده‌اند که مالکیت فضا و قرار برای استفاده‌های معمولی و بیشتر در رابطه با همسایگان در سطح روابط مالک و همسایگان است. هرگاه مالکیت خصوصی فضا و قرار با مالکیت عمومی مشاع محلی یا عمومی برخورد داشته باشد در واقع حقوق خصوصی با حقوق عمومی و ملی برخورد می‌کند. مالکیت در چارچوب حقوق خصوصی و عمومی یک سیمای اصلی می‌یابد و حقوق عمومی بر خصوصی حاکم است. بنابراین، معادن زیرزمینی در بخش مالکیت عمومی قرار می‌گیرد. با توجه به ضابطه کلی «استفاده عمومی» و اتصال به سرزمین فرانسه مندرج در ماده ۵۳۸ قانون مدنی فرانسه، می‌توان گفت، فهرست اموال مندرج در ماده ۵۳۸ قانون مدنی جنبه حصری ندارد و به همین دلیل اندیشه حقوقی، اموال دیگری را بعنوان مالکیت عمومی مورد بحث قرار داده است. از جمله آن اموال، معادن است که در ماده ۵۳۸ قانون مدنی فرانسه نیامده است. بطور کلی سه مبنای حقوقی برای مالکیت معدن وجود دارد: **حق کاشف، حق مالک زمین و حق دولت.**

از نظر مفهوم زمین شناسی، شرایط توده های معدنی و ارتباط آنها با سطح رویه زمین متفاوت و وضع معادن روزمینی و زیرزمینی متفاوت است. معادن سنگ و بطورکلی روزمینی

با مالکیت عین ملک، عجین است، ولی معادن فسیلی و زیرزمینی بدون ارتباط با مالکیت عین زمین است. قانون ۱۸۱۰ معادن فرانسه مبنای این اندیشه است. برابر ماده ۵۹۳ قانون مدنی فرانسه حق اکتشاف برای کاشف، حق انتفاع ایجاد می‌نماید. برای مجوز اکتشاف جز صلاحیت حقوقی و قانونی شرطی دیگر لازم نیست. هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند تقاضای مجوز نماید، اختیار دولت مطلق و براساس تفوق منافع عمومی بر منافع خصوصی است. ماده ۱۹۷ قانون معادن فرانسه حق اکتشاف معادن هیدروکربورات را برای دولت محفوظ کرده است. در مورد امتیاز کشف معادن، رویه قانون‌گذاری فرانسه آزاد منشانه است و همه اشخاص حقیقی و حقوقی و عمومی و خصوصی حتی خارجی، براساس توان فنی و مالی خود، حق درخواست امتیاز معادن را دارند معادنی که متعلق به دولت است پس از پایان مدت بهره برداری به دولت باز می‌گردد.

۳- حقوق آمریکا: تصور مالکیت خصوصی بر معادن نفت و گاز ایران در حقوق ایران نا آشنا و غریب است ولی در ایالات متحده آمریکا مالکیت خصوصی بر منابع هیدرو کربنی پذیرفته شده است (شافع، ۱۳۸۸، ص ۳۵۵). در حقوق آمریکا ضابطه مالکیت محل بر معادن نفت و گاز پذیرفته شده است. دادگاه استیناف ایالت متحده در پرونده‌ای چنین رای داد که بر اساس قاعده عمومی کامن لا هر کس مالک زمین باشد؛ مالکیت منابع زیرزمینی و تمام ذخایر زیر زمین را به دست می‌آورد. البته قاعده استخراج بر قاعده مالکیت اولویت دارد یعنی کسی که در ملک خود اقدام به استخراج می‌کند مالک معدن می‌شود هر چند که در زیر ملک همسایه باشد (همان منبع، ص ۳۵۷).

با گذشت زمان مشخص شد این ضابطه به زیان همسایه و موجب زیان به حقوق مالکانه همسایه است. به همین خاطر دیوان عالی تگزاس آزادی مالک را در حفر چاه نا محدود ندانسته و مالک باید به مخزن نفت همسایه آسیب نرساند. این قاعده حقوقی (مالکیت خصوصی معادن نفت و گاز) به دلیل وسعت ذخایر نفتی و عدم ارتباط منطقی زیر زمین با روی زمین قابل انتقاد است. چون نفت از لایه‌های درونی جا بجا می‌شود، در اثر رقابت فعال حفاران فشار در سطح زمین کاهش یافته و نفت زیادی در درون لایه‌های زمین به هدر می‌رود (F Stephan-1998-p18).

## نتیجه

با ملاحظه اصول و قواعد و مبانی فقهی و مطالعات تطبیقی و با درک اهمیت سرنوشت ساز معادن برای منافع جمعی و عمومی مردم نتایج زیر ازین مطالعات قابل استخراج است:

- ۱- از حیث ضرورت توزیع عادلانه درآمد و ثروت و حفاظت و پاسداری از معادن باید نظارت و اعمال حاکمیت و در مواردی نیز اعمال مالکیت به عنوان مالکیت عمومی می‌نماید؛
- ۲- اعمال حاکمیت و مالکیت دولت نباید منجر به انحصار غیر ضرور دولت و ممانعت استفاده از توان بخشی خصوصی و جذب سرمایه گذاری های داخلی و خارجی در جهت شناسایی و کشف و استخراج معادن ناشناخته و به ویژه میدان های مشترک نفتی و گازی با همسایگان شود و دولت نقش هدایت کننده بخش خصوصی در این زمینه باشد؛
- ۳- مبانی فقهی و حقوقی مالکیت عمومی به معنای انحصار غیر ضرور دولت و ممنوعیت بخش خصوصی از سرمایه گذاری و احیاء و استخراج معادن نیست و در چارچوب منافع عالی و جذب سرمایه گذاری و اشتغال و تولید ثروت بخش خصوصی می‌تواند نقشی مثبت در استخراج معادن داشته باشد؛
- ۴- مالکیت مطلق افراد خصوصی بر معادن بزرگ و انحصار افراد معدودی بر ثروت های ملی (آن گونه که در ایالات متحده آمریکا وجود دارد) موجب اختلاف طبقاتی و تضییع حق عمومی و بهره برداری بی رویه از معادن خواهد شد؛
- ۵- قوانین موجود از حیث افراط و تفریط در خصوص معادن بزرگ نیاز به بازنگری و اصلاح بر اساس حدود و شرایط فوق را دارد.

## منابع و مأخذ

### الف- فارسی

۱. اسلامی پناه، علی (۱۳۸۲) تعهدات آگاهانه در قراردادهای واگذاری معادن مندرج در مجله پژوهشی های حقوقی - انتشارات شهر دانش.
۲. آصفی، محمد مهدی (۱۴۰۹ ه. ق)، *ملکيه الارض فی الاسلام*، قم.
۳. آندریازیمترگوژوا، (۱۳۸۱) *سازمان تجارت جهانی و نفت*، ترجمه یوسف جسمی، قسمت اول، مجله اقتصاد و انرژی
۴. انتشارات کویر، تهران، (۱۳۷۹) *کالبد شکافی قراردادهای نفتی*.
۵. براج قاضی ابن، (۱۴۰۶ ه. ق)، *المهذب*، تحریر عبدالعزیز ابن، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم
۶. حلی علامه، اسدی حسن ابن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳) *مختلف الشیعه*، جلد سوم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، چاپ دوم.
۷. حلی علامه، (بی تا) *قواعد، باب احیاء موات و ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات قواعد*، تعلیق کرمانی و اشتهدادی و بروجردی- ج ۲.
۸. حر عاملی، محمد ابن حسن (۱۴۰۹ ه. ق) *ابواب الانفال*، موسسه آل البیت، جلد ۶، باب ۱، حدیث ۲۰، چاپ اول.
۹. خامنه ای، سید محمد، (۱۳۷۱) *اقطاع*، انتشارات کیهان.
۱۰. دیلمی سلار (سالار فارسی) (۱۴۰۴ ه. ق) *المراسم*، حمزه بن عبدالعزیز، منشورات الحرمین، قم.
۱۱. شافع، میر شهبیز، (۱۳۸۸) *مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز در حقوق ایالات متحده آمریکا*، مجله پژوهش های حقوقی شهر دانش.

۱۲. شهیدثانی (۱۴۱۰ ه.ق) *الروضه البهیه فی شرح اللمعه*، کتابفروشی داوری، ج ۷، چاپ بیروت، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین قم.
۱۳. شیخ مفید، (۱۴۱۳ ه.ق) *المقنعه*، کنگره جهانی هزاده شیخ مفید، قم، چاپ اول.
۱۴. صدر، محمد باقی (۱۴۱۷ ه.ق) *اقتصادنا*، چاپ دوم، (۱۳۸۲) ج ۲، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان.
۱۵. طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۸ ه.ق) *ریاض المسائل*، جلد پنجم، موسسه آل البيت، چاپ اول.
۱۶. عاملی، محمد ابن مکی (شهید اول) (۱۴۱۷ ه.ق)، *الدروس*، چاپ دوم، ج ۱، قم، موسسه آل البيت.
۱۷. فیض، کاشانی ملا محسن، (بی تا) *مفاتیح الشرایع*، ج ۳، موسسه رایانه ای علوم اسلامی.
۱۸. کاشف الغطاء محمد حسین (۱۴۲۶ ه.ق) *المکتبه المرتضویه*، *تحریر المجله*، ج ۳، نجف، چاپ اول.
۱۹. کلانتری، علی اکبر، (۱۳۷۸) *مقاله دولت اسلامی و خمس معادن*، *مجله فقه*، حوزه علمیه قم.
۲۰. کلینی ابوجعفر (۱۴۰۷ ه.ق) *اصول کافی*، دارالکتب الاسلامیه، ج ۱، تهران، چاپ چهارم.
۲۱. *مجله اقتصاد ایران* (۱۳۸۵) *کتاب چرا سنگ‌های ایرانی نمی‌درخشند؟*
۲۲. موحد، محمد علی، (۱۳۷۵) *نفت ما و مسائل حقوقی آن*، انتشارات خوارزمی.
۲۳. نجفی، محمد حسن، (بی تا) *جواهر الکلام دار الحیاء التراث العربی*، ج ۱۶، بیروت، قوچانی شیخ عباس، چاپ هفتم.
۲۴. وزارت اطلاعات، (۱۳۵۲) *نفت ایران از دوران امتیاز تا حاکمیت*، مالکیت و کنترل مطلق.

## ب- خارجی

- 1 -F Stephan-**the economics of lsw**-Harvester wheat sheaf publication.
- 2- Gabriel marty et Pierre Raynaud Droit Civil- **les biens**-1editon –paris.
- 3- jean personnaz -**droit des mines** -paris1958-p,10.
- 4- [http:// News. Imidro. Org](http://News.Imidro.Org).
- 5- [http:// www.govashir. Com /agriculture](http://www.govashir.Com/agriculture).
- 6- <http://www.sice.oas.org/tradel/mexeufta/english/d2 anx a-5 Asp -15k>.
- 7-Anderson&ernest E smith ,oiland gas law-**cases and materials**-American case book studies,1986.
- 8-<http://www.sice.oas.org/tradel/mexeufta/english/d2 anx a-5 Asp -15k>.