

قراردادهای خدمات در حقوق افغانستان

نگارنده: دکتر اسدالله رادمند^۱

چکیده

خدمات مفهوم گسترده دارد؛ اما هر آن چیزی که قابل خریداری بوده و ملموس نباشد، خدمات گفته می‌شود. حقوق افغانستان قرارداد خدمات را تحت عنوان قرارداد انجام خدمت و تقسیم تولید، قرارداد خدمات ژئولوژیکی و ژئوشیمیکی آورده است. قرارداد خدمات در کشورهای دیگر و اسناد بین‌المللی تحت عنوان قرارداد خدمت خطرپذیر، قرارداد هم‌کاری، قرارداد لیسانس، قرارداد اعطای امتیاز یا فرانسیز، قرارداد طراحی و ساخت، قرارداد مهندسی، تأمین تجهیزات و ساخت و قرارداد طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت و تأمین مالی آمده است.

حقوق افغانستان در این خصوص نوپا است و در بردارنده چنین قراردادها نیست؛ حال پرسش مطرح می‌شود که: قراردادهای خدمات در حقوق افغانستان با بهره‌گیری از حقوق کشورهای دیگر چه‌گونه می‌توان منعقد کرد؟ یافته‌های نگارنده نشان می‌دهند که: حقوق افغانستان دسته‌بندی مشخصی از خدمات ارائه نکرده؛ ولی منظور قانون‌گذار نیز مفهوم عام آن است که این تحقیق به روش تحلیلی و توصیفی انجام شده است.

این نوع قراردادها با ممارست به وسیله شرکت‌ها و طرفین پروژه‌ها انجام می‌شود، که نیازمند نگارش متون حقوقی دارد؛ ولی این امر به تنهایی حاصل نمی‌شود؛ مگر با تطبیق و مقایسه که نگارنده در این مقاله از همان روش استفاده کرده است.

واژه‌گان کلیدی: افغانستان، قرارداد، خدمات، فرانسیز، هم‌کاری،

ساخت و لیسانس.

سال هفتم نشراتی. سلسله بیست و پنجم. شماره سوم. زمستان. ۱۳۹۷
غالب (فصل نامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی پوهنتون غالب)

^۱. استاد فاکولته حقوق و علوم سیاسی پوهنتون غالب - هرات؛ دکترای تخصصی حقوق خصوصی radmandr@yahoo.com

مقدمه

قرارداد به طور عام و خدمات به طور خاص مرز مشخصی نمی شناسد؛ به همین اساس است که مرزهای کشورها را در نوردیده و به شیوه های مختلفی وارد کشورهای دیگر می شود. برای خدمات نمی توان مفهوم واحد ارائه کرد که همه کشورها بر آن اتفاق نظر داشته باشد. نظام های حقوقی کشورها در خصوص خدمات و مدل های قرارداد مربوط به خدمات روی کردهای متفاوتی اتخاذ کرده اند.

این نوع قرارداد مرز مشخصی نمی شناسد، افغانستان نیز از این امر مستثنی نیست و چنین قراردادهای استفاده های فراوانی دارد؛ هرچند که قانون گذاران افغانستان در این حوزه قانون گذاری نکرده اند؛ ولی استفاده از آن را نمی توان بدون در نظر داشت مدل های رایج در جهان در نظر گرفت. از این روی است که این مقاله تلاش دارد، قراردادهای خدمات را با قراردادهای رایج در ایران و قوانین مربوط به آن تطبیق داده، تا راه حلی برای قراردادهای خدمات در افغانستان بیابد.

در خصوص قراردادهای خدمات در حوزه افغانستان کتاب و مقاله مشخصی نگاشته نشده است؛ ولی در حوزه کشورهای دیگر، به ویژه ایران مقالات و کتاب های متعددی به رشته تحریر در آمده است که برخی از آنها به صورت مستقل و برخی دیگر به صورت بحث های مرتبط به این موضوع پرداخته است؛ به عنوان نمونه «ماهیت قراردادهای اعطای مجوز» به وسیله غلامرضا افشاری نوشته شده، قرارداد طراحی، تهیه و ساخت با تمرکز بر ویژگی های بنیادین آن به وسیله علی بزرگپور کار شده که نویسنده بیش تر بر قراردادهای کلید در دست یا EPC تمرکز کرده اند؛ همین طور پایان نامه دوره کارشناسی ارشد تحت عنوان «قراردادهای EPC از منظر حقوق اقتصادی» به وسیله عرفان لاجوردی در دانش گاه شهید بهشتی کار شده است که ایشان هم بیش تر به تحلیل اقتصادی چنین قراردادها و هم چنان تعادل اقتصادی قرارداد مذکور پرداخته است؛ در حالی که قراردادهای خدمات مدل های مشخصی را به معرفی گرفته است. ضمن مطالب فوق مقاله بی تحت عنوان «قراردادهای بیع متقابل به عنوان رایج ترین قراردادهای صنایع نفت و گاز» به وسیله محمد چراغی و اسدالله ایزدخواه کار شده است که در این قرارداد بیش تر بیع متقابل یا همان بای بک (Buyback) مورد توجه قرار گرفته است، که در قراردادهای نفتی عراق و ایران کاربرد فراوان دارد. نزدیک ترین پژوهش در این حوزه مقاله بی تحت عنوان «مقایسه قراردادهای خدماتی با سایر قراردادهای رایج در حوزه بالا دستی نفت و گاز»، که به وسیله الهام امین زاده و پیمان آقابابایی دهکردی کار

شده است که این مقاله اولاً، بیش تر بررسی تطبیقی داشته و ثانیاً، به بخش های بالا دستی نفت و گاز اشاره کرده است؛ در حالی که قراردادهای خدمات هردو بخش بالا دستی و پایین دستی را شامل می شود و ضمناً قراردادهای خدمات محدود به نفت و گاز نیست.

ضمن بررسی های فوق، نگارنده نیز در رساله دکترای خویش تحت عنوان «بررسی تطبیقی رژیم حقوقی حاکم بر قلمرو فعالیت شرکت های خارجی در حقوق ایران و افغانستان»، که در دانش گاه تهران دفاع شده است، به برخی از مدل های قراردادهای خدمات پرداخته است؛ ولی از آن جایی که در آن جا صرفاً مدل ها به صورت انفرادی معرفی شده است، نگاه نویسنده نیز با روی کرد اقتصادی بوده است؛ اما در این مقاله نگارنده آن را با روی کرد کاملاً حقوقی مطرح کرده است، که در نظام حقوقی افغانستان سابقه قبلی ندارد.

عمده ترین دغدغه شرکت های بزرگ در افغانستان فقدان قوانین و مقررات حاکم بر چنین قراردادهای است؛ به همین لحاظ است که در حقوق افغانستان این مسأله روشن نیست، که چه قانونی بر چنین قراردادهای حاکم اند و قراردادهای خدمات شامل چه نوع قرارداد می گردند. مشاوران حقوقی شرکت ها و رئیسان شرکت ها در این خصوص چه اقداماتی را باید انجام دهند، تا قراردادهای شان نظام مند گردد؟ وجود چنین مشکل ایجاب می نماید تا قراردادهای خدمات و مدل های رایج در حوزه قراردادهای روشن گردد. لازمه چنین بررسی بدون تطبیق با حقوق خارجی حاصل نمی شود. حقوق ایران از این خاطر انتخاب شده است که بسیاری از شرکت های خارجی از جمله شرکت های ایرانی در افغانستان از این نوع قراردادهای استفاده می کنند. بدین سبب است که قواعد حاکم بر آن نیز با قانون شرکت های محل تأسیس آن ها وفق داده شود.

گفتار اول، مفهوم خدمات

در ارتباط به خدمات تعاریف متعددی ارائه شده است، که ریشه در حذف مرزها و قلمروهای حقوقی، جغرافیایی و اقتصادی کشورها دارد. خدمات، واژه عام است که مجموعه گسترده و پیچیده ای از صنایع تا خدمات ساخت و ساز و خدمات کمپیوتری، خدمات بهداشتی، خدمات آموزشی، خدمات زیست محیطی، خدمات مخابرات، گردشگری، مسافرتی و خدمات مالی را دربر می گیرد. یکی از مشخصه های اصلی خدمات ناملموس بودن و غیرقابل رؤیت بودن آن ها است. در واقع گفته می شود که: «خدمات آن چیزی است که قابل خریداری است، اما

ملموس نیست» (New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, ۲۰۰۲: ۱۴).

قانون سرمایه گذاری افغانستان در ایام امارت طالبان شرکتی که به انجام خدمات می پردازد چنین تعریف می کند: «تشبیهی است که فعالیت آن عرضه خدمات به منظور به ترساختن کیفیت و ارزش امتعه تولیدی و فراهم ساختن کیفیت و ارزش امتعه تولیدی و فراهم آوری خدمات صنعتی، زراعتی، حمل و نقل و ساختمانی باشد».

همین طور قانون حمایت از رقابت، خدمات را در فقره ۳ ماده ۳، چنین تعریف کرده است: «فعالیت های فیزیکی یا فکری و یا مرکب از هر دو است، که نتیجه آن قابل تفکیک نبوده در مقابل اجرت انجام و در بازار مورد عرضه و تقاضا قرار می گیرد».

ارائه تعریف خدمات به اندازه یی پیچیده است که روی کرد مبتنی بر حقوق مدنی نتوانسته درک درستی از آن را ارائه کند. اگر بخواهیم ارائه خدمات را نوعی اجاره کار و خدمات در مفهوم ماده (۱۳۲۲ و ۱۳۲۳) قانون مدنی افغانستان بدانیم، ویژه گی اصلی آن تعهد به فعل یا ترک فعل است؛ از این رو، ارائه نرم افزار معیاری، قرارداد بیع است؛ در حالی که تهیه نرم افزار خاصی که منطبق با نیاز مشتری باشد، نام قرارداد اجاره کار را به خود می گیرد؛ اما مقتضیات خاص تجارت، این تفکیک بی هوده را درهم می شکند؛ به عنوان مثال قرارداد «Application Service Provisioning» شکل پیچیده یی به خود گرفته و شرکت خدمات انفورماتیک را ملزم به کارهای گوناگون نظیر ذخیره داده ها روی سرور، حفاظت از داده ها و امنیت آن می کند (کاشار؛ ۱۳۹۰: ۱۳۲).

نقش خدمات بر هیچ کس پوشیده نیست، «کلارک»^۲ (۱۹۴۰) برای اولین بار به نقش خدمات در اقتصاد توجه کرد. وی در پژوهش های خویش نشان داد که تعداد بنگاه ها در بخش صنعت در حال کاهش و در بخش خدمات در حال افزایش است؛ «ویلیام جی» نیز در سال ۱۹۶۷ این مسأله را تأیید و میزان افزایش اشتغال را از آثار آن اعلام کرد؛ همین طور «آنا لوکیناوا» در سال ۲۰۰۳، در مطالعه یی با عنوان «انتقال جامعه فرا صنعتی، بررسی اشتغال بخش خدمات در روسیه»، به این نتیجه رسید که فعالیت در بخش خدمات موجب افزایش اشتغال می شود (Anna; ۲۰۰۳: ۹).

^۲. Clarck

حقوق افغانستان دسته‌بندی مشخصی از خدمات ارائه نکرده، ولی سازمان تجارت جهانی، خدمات را به دوازده بخش اصل و ۱۵۵ زیر بخش فرعی^۳ تقسیم کرده است.

عرضه خدمات به شیوه‌های مختلف داخلی و بین‌المللی انجام می‌شود، که منظور نگارنده عرضه آن به شیوه بین‌المللی از طریق شرکت‌های خارجی است (رادمند؛ ۱۳۹۳: ۳۶۷). حقوق افغانستان در خصوص شیوه‌های عرضه خدمات ساکت است؛ ولی گاتس برای عرضه خدمات چهار شیوه را در نظر گرفته است، که عرضه خدمات از طریق عبور از مرز، مصرف در خارج، حضور تجاری و جابه‌جایی اشخاص حقیقی را شامل می‌شود (کمالی اردکانی؛ ۱۳۸۴: ۱۵۶). به نقل از مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی؛ (۱۳۸۳: ۱۵۶). منظور نگارنده در این نوشته عرضه خدمات از طریق حضور تجاری است که با استفاده از تأسیس شعبه حاصل می‌شود.

حقوق افغانستان درباره خدمات به‌طور عام ساکت است؛ اما در سایر قوانین افغانستان خدمات به‌طور پراکنده آمده است که هیچ‌کدام آن‌ها تعریف مناسبی از خدمات ارائه نداده است. به نظر می‌رسد که حقوق افغانستان مفهوم عام خدمات را پذیرفته که در موافقت‌نامه گاتس آمده است. یکی از دلایل این مسأله گنجانده شدن خدمات در قوانین خاص نظیر مقررۀ مؤسسات تعلیمی خصوصی^۴، مقررۀ مراکز صحتی خصوصی^۵، قانون محیط‌زیست^۶، قانون سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی افغانستان^۷، قانون سرمایه‌گذاری خصوصی و همین‌طور اصل ۴۳ و ۵۲ قانون اساسی است. دلیل دیگر آن، الحاق افغانستان به سازمان همکاری‌های منطقه‌ای جنوب آسیا^۸ (SAARC) پیرامون تجارت و خدمات است که در سال ۱۳۹۱ از سوی پارلمان مصوبه قانونی شده است. بند «۱۶» مادۀ نخست این موافقت‌نامه خدمات را چنین بیان می‌دارد: «عبارت از هر نوع خدمت در هر بخش به استثنای خدماتی که در حیطه صلاحیت اداره دولتی عرضه می‌گردد».

^۳. طبقه‌بندی دوازده‌گانه خدمات عبارتند از: خدمات بازرگانی (شامل خدمات حرفه‌ای و رایانه‌ای)، خدمات ساختمان و خدمات مهندسی مرتبط با آن، خدمات ارتباطات (پست، مخابرات و خدمات سمعی، بصری)، خدمات توزیع، خدمات آموزشی، خدمات زیست محیطی، خدمات مالی (شامل بانکداری و بیمه)، خدمات بهداشتی و اجتماعی، خدمات مسافرتی و گردشگری، خدمات تفریحی، فرهنگی و ورزشی، خدمات حمل‌ونقل و سایر خدماتی که در جای دیگر نامی از آن برده نشده است.

^۴. بند یکم ماده ششم مقررۀ مؤسسات تعلیمی خصوصی، مصوب ۱۳۸۹/۳/۳۱ و ماده چهارم مقررۀ مؤسسات تعلیمی خصوصی، مصوب ۱۳۸۵/۱۲/۷

^۵. ماده پنجم مقررۀ مراکز صحتی خصوصی، مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۸

^۶. ماده شانزدهم قانون محیط‌زیست، مصوب ۱۳۸۵/۹/۵

^۷. بند یکم ماده دوم قانون سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی افغانستان، مصوب ۱۳۸۱/۶/۲

^۸. موافقت‌نامه سازمان همکاری‌های منطقه‌ای جنوب آسیا (سارک)، مصوب ۱۳۹۱/۵/۱۶ پارلمان افغانستان (ولسی جرگه)

^۹. South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC)

منظور از خدمات در موافقت نامه سازمان هم‌کاری‌های منطقه‌ای جنوب آسیا مفهوم وسیع آن است که از یک سو در مواد متفرقه انعکاس یافته است. از سویی هم در بند شانزده، ماده یکم از عبارت هر نوع خدمت استفاده شده که شامل تمام خدمات می‌شود، مگر خدماتی که در قلمرو دولت باشد. افغانستان در قانون سرمایه‌گذاری خصوصی فعالیت شرکت‌های داخلی و خارجی را در تمام بخش‌های اقتصادی اجازه داده است، که یکی از بخش‌های مربوط تأسیسات زیربنایی است که طبق بند هفتم ماده سوم چنین بر شمرده است: «تأسیسات زیربنایی؛ وسایل و تجهیزات یا خدماتی است که غرض رفاه عامه یا بخشی از مردم تهیه و استفاده شده و طور غیرمقید شامل موارد ذیل می‌باشد: تجهیزات تولید و انتقال انرژی؛ تجهیزات آب‌رسانی و تصفیه آب؛ تجهیزات مواد فاضله و تصفیه آن؛ تجهیزات تصفیه زباله و تسهیلات دفع آن؛ تسهیلات و تجهیزات میدان‌های هوایی (فرودگاه‌ها) و تسهیلات بخش صحت و آموزشی؛ تجهیزات مخابراتی و تسهیلات نشراتی و نیز سایر تجهیزات و خدماتی که مطابق احکام این قانون به عنوان تأسیسات زیر بنایی توسط مقامات ذی صلاح مشخص می‌گردد».

یکی از ایرادهای وارد بر حقوق افغانستان این است که دسته‌بندی مشخصی از خدمات ارائه نکرده است، هرچند در موافقت نامه مزبور خدمات را به مفهوم عام آن آورده است؛ اما اگر دسته‌بندی مشخص از خدمات ارائه می‌شد، بهتر بود؛ درحالی که به طور اجمالی قانون تجارت افغانستان آن را طی فعالیت‌های خدماتی آورده است که در زیر مجموعه آن کمیشن‌کاری، دلالی و امثال آن قرار می‌گیرد که این بحث مورد نظر نگارنده نیست، بلکه هدف نگارنده قراردادهای خدمات است که در زیر به هریک از آن‌ها اشاره می‌گردد.

گفتار دوم، قراردادهای خدمات

قرارداد خدمات از زیر مجموعه قراردادهای ساخت و ساز است که در کنار شیوه سرمایه‌گذاری به کار گرفته می‌شود. در مفهوم اقتصادی خدمات به فعالیتی گفته می‌شود که انجام آن مبتنی بر وجود یک «تقاضا» است و برای آن در بازار مربوط «قیمتی» وجود دارد. شیوه انتقال خدمات در حال حاضر براساس چهار روش صورت می‌گیرد که در موافقت نامه تجارت خدمات گاتس (GATS) ذکر شده است (شکوه‌سادات؛ ۱۳۸۱: ۱۴۷). در این بحث خدماتی که از یک سازمان تجاری یا مالی به طرف دیگر منتقل می‌شود مورد نظر ماست. در این شیوه خدماتی که توسط شرکت‌های خارجی ارائه می‌گردد به تقاضای یک شخص حقوقی داخلی صورت می‌گیرد، که مورد پذیرش کشور میزبان است.

در حقوق بسیاری از کشورها قراردادهای خدمات به طور عام تعریف نشده؛ ولی از برخی خدمات قابل ارائه مانند خدمات آماری^{۱۰}، خدمات پژوهشی و مشاوره‌یی هواشناسی^{۱۱}، خدمات فنی هواشناسی^{۱۲}، خدمات هواشناسی هوانوردی^{۱۳}، صنوف خدمات فنی^{۱۴}، صنوف خدماتی^{۱۵} و امثال آن که به طور مشخص نام گرفته شده است، می‌توان این مسأله را یافت که قرارداد خدمات اعم از داخلی و خارجی آن مورد پذیرش قرار گرفته است، که در جای خودش قابل بررسی است. آن چه تحت عنوان قراردادهای خدمات بررسی می‌شود، در برخی منابع به نام سرمایه‌گذاری آورده شده است؛ در حالی که سرمایه‌گذاری مفهوم عام داشته و شامل سرمایه‌گذاری مستقیم، پورتفولیو، قراردادهای سرمایه‌گذاری و قراردادهای خدمات نیز می‌شود؛ به همین لحاظ است که برخی اوقات بین چنین مباحث خلط می‌شود.

حقوق افغانستان قرارداد خدمات را در قانون نفت و گاز در ماده (۲۱ و ۲۳) تحت عنوان قرارداد انجام خدمت و تقسیم تولید، قرارداد خدمات ژئولوژیکی و ژئوشیمیکی پذیرش کرده است؛ اما ایراد قانون مزبور این است که تعریفی از چنین قراردادها ارائه نکرده است و در مورد ماهیت چنین قرارداد به صراحت نمی‌توان ابراز نظر کرد؛ ولی از این که هردو (سرمایه‌گذاری و خدمات) در قالب روش قراردادی قابل مطالعه است، قراردادهای خدمات چنین بررسی می‌شود.

الف) قراردادهای خدمت خطرپذیر (Risk Service Contracts)

یکی از روش‌های قراردادی قرارداد [خدمت خطرپذیر یا توأم با خطر] است که توسط کشورهای صادرکننده نفت و گاز استفاده می‌شود. به موجب این قرارداد پیمان کار تأمین مالی، خدمات اکتشاف و یا توسعه را در ازای دریافت حق الزحمه در منطقه قراردادی مشخص برعهده می‌گیرد. در این قرارداد تمام ریسک‌های عملیات اکتشاف و توسعه به غیر از ریسک کاهش قیمت نفت بر عهده شرکت خارجی است؛ در صورتی که عملیات اکتشاف و توسعه موفقیت‌آمیز

^{۱۰} بند ۱ ماده (۱) قانون مرکز آمار ایران مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۰

^{۱۱} بند ۱ ماده (۱) بند ۲ ماده (۲) مصوب ۱۳۷۷/۴/۳ هیأت وزیران

^{۱۲} بند ۱ ماده (۱) بند ۲ ماده (۲) مصوب ۱۳۷۷/۴/۳ هیأت وزیران

^{۱۳} بند ۱ ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی ماده (۲۱) قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۷/۴/۳

هیأت وزیران

^{۱۴} ماده (۸) قانون ایجاد تسهیلات لازم جهت صدور پروانه کسب برای جانبازان، اسرای آزاد شده و خانواده محترم شهدا و مقفودین و

اصلاح موادی از قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۶۸/۱۲/۱۳

^{۱۵} ماده (۸) قانون ایجاد تسهیلات لازم جهت صدور پروانه کسب برای جانبازان، اسرای آزاد شده و خانواده محترم شهدا و مقفودین و

اصلاح موادی از قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۶۸/۱۲/۱۳

نباشد، هزینه‌های صورت گرفته توسط پیمان کار قابل بازیافت نخواهد بود؛ اما در صورت موفقیت آمیز بودن هزینه‌های خویش را به صورت پولی دریافت خواهد کرد.

این نوع قراردادها بر مبنای ارائه خدمات در مقابل دریافت [حق الزحمه] پولی از پیش تعیین شده، استوار هستند و پیمان کار برخلاف قراردادهای مشارکت در تولید، در ازای خدمات ارائه شده سهمی از نفت و یا گاز تولیدی دریافت نمی کند. این قرارداد را نباید با قرارداد بای بک (Buy back) اشتباه گرفت؛ زیرا تفاوت این قرارداد با قرارداد بای بک در این است، که در قرارداد بای بک، پیمان کار هزینه‌های انجام شده را با باز خرید نفت و گاز تولیدی همان میدان حاصل می کند؛ ولی در این قرارداد در ازای ارائه خدمات پول نقد دریافت می شود. بر مبنای این قرارداد شرکت خارجی هیچ گونه مالکیتی بر منابع تولیدی ندارد، چنان که در قرارداد مشارکت بر مقداری از منابع تولیدی این سهم به وجود می آمد؛ ولی در عوض کشور میزبان مالک تمام منابع تولیدی باقی خواهد ماند.

حال پرسش این است، که این روش در حقوق افغانستان کاربرد دارد یا خیر؟ به طور مشخص از این روش در قوانین افغانستان نامی گرفته نشده است؛ ولی در دو دهه اخیر از چنین قراردادها استفاده‌های زیادی صورت گرفته است که به عنوان نمونه به قرارداد (N.I.O.C) می توان اشاره کرد.

ب) قراردادهای هم کاری (Association Contracts)

یکی از شیوه‌های دیگر قراردادهای خدمات، قراردادهای هم کاری است. این قرارداد همانند قراردادهای فوق، بیش تر در حوزه نفت و گاز منعقد می گردد. بر مبنای این قرارداد پیمان کار [حق انحصاری] اجرای عملیات اکتشاف را در منطقه جغرافیایی مشخص، تحت مکانیزم جوینت وینچر با دولت میزبان یا شرکت ملی نفت بر عهده می گیرد. در این نوع قرارداد شرکت خارجی عملیات اکتشاف را مطابق برنامه‌های مصوب کشور میزبان با شرکت ملی نفت مزبور و با هزینه‌های خود و پذیرش ریسک‌های مربوط به آن، بر عهده می گیرد. در صورتی که عملیات اکتشاف به کشف میدان تجاری منتهی گردد، با انعقاد جوینت وینچر بین شرکت خارجی و شرکت ملی نفت وارد مرحله استخراج و تولید شده و هریک از طرفین قرارداد به نسبت سهام خود مالک نفت و یا گاز تولیدی شده و در سود و زیان و هزینه‌های پروژه شریک خواهند بود. تفاوت این نوع قرارداد با قراردادهای دیگر در این است که این انجام عملیات پروژه با شرکت داخلی کشور میزبان به صورت هم زمان انجام می شود؛ اما تولیدات نفت و گاز در

قراردادهای همکاری متناسب با سهم‌الشرکه هریک از طرفین قرارداد و درصدی که از پیش تعیین شده، بین آن‌ها تقسیم شده و هریک به نسبت سهام خود مالک منابع نفت و یا گاز تولیدی میدان می‌شود.

در برخی کشورها نظیر ایران و عراق این نوع قرارداد با قرارداد بیع متقابل به‌طور مشترک منعقد شده است. قانون بودجه ۱۳۸۲ هرچند مستقیماً به این مسأله اشاره نکرده؛ ولی از مفاد آن چنین برداشت می‌شود که حکم به صحت چنین قراردادهای داده است؛ زیرا بسیاری از شاخص‌های این نوع قرارداد در قانون مذکور موجود است.

در قوانین افغانستان هرچند این نوع قرارداد تحت عنوان، قرارداد همکاری پیش‌بینی نشده است؛ ولی در عمل بسیاری از قراردادهای منعقد شده‌است که ویژه‌گی‌های قرارداد همکاری را دارند؛ به عنوان نمونه، قراردادهایی که در حوزه استخراج نفت و گاز شمال افغانستان، به‌ویژه کندز، بلخ، سرپل و دریای هریرود با شرکت‌هایی از کشور امارات متحده عربی، کویت و ترکیه منعقد شده است، ماهیت قرارداد همکاری را دارند.

ج) قراردادهای لیسانس (Licensing)

یکی از نمونه‌های دیگری قرارداد خدمات، قراردادهای لیسانس است. قرارداد لیسانس قراردادی است که یک مجوزدهنده برخی از [دارایی‌های اختصاصی خود را در اختیار مجوزگیرنده] قرار می‌دهد. در مقابل لیسانس‌گیرنده برای جبران امتیازات اخذشده [حق‌الامتياز] می‌تواند به‌صورت یک‌جا یا در طی زمان برای مثال برحسب حجم تولید، فروش، سود خالص و یا ترکیبی از این روش‌ها پرداخت گردد. به‌طور عموم در قراردادهای لیسانس نیازی به ایجاد یک شرکت مستقل وجود ندارد؛ بلکه در این قراردادهای لیسانس‌دهنده حقوق خاصی را به لیسانس‌گیرنده (عموماً شرکت‌های فعال در کشور میزبان می‌باشد) برای استفاده این حقوق در یک زمینه خاص اعطا می‌کند؛ به‌طور عموم از چنین قرارداد در فعالیت‌هایی استفاده می‌شود که حجم کالاها بزرگ و حجیم بوده و هزینه نقل و انتقال آن‌ها زیاد باشند، مانند تولید شیشه، سنگ و امثال آن. معایب چنین روش برای کشور میزبان این‌است که تغییرات سریع در فناوری صورت گرفته و توانایی جذب فناوری بالا را ندارد؛ درحالی که مهم‌ترین مزیت آن را به‌بود فناوری بدون صرف هزینه‌های اضافی، آموزش افراد با کم‌ترین هزینه و عدم مشارکت خارجی‌ها در سرمایه شرکت است.

قراردادهای لیسانس مانند سایر قراردادهای رایج در حوزه نفتی در قوانین افغانستان پیش‌بینی نشده است؛ ولی در عمل این نوع قرارداد با شرکت‌های خارجی زیادی منعقد می‌شود که بر مبنای آن در افغانستان فعالیت می‌نمایند.

د) قرارداد اعطای امتیاز خاص یا فرانشیز

فرانشیز قراردادی است که به موجب آن «اعطاکننده امتیاز» (Franchisor) [امتیاز بهره‌برداری از یک نظام و روش خاص تجاری یا تولیدی] در قلمرو عرضه کالا یا خدمات که یک یا چند علامت یا نام تجاری معرف آن است، در قبال دریافت عوض معین به «گیرنده امتیاز» (Franchisee) واگذار می‌کند (اسکینی؛ ۱۳۹۰: ۲).

قرارداد فرانشیز در حقوق بسیاری از کشورها از جمله ایران تعریف نشده؛ ولی بند «۷» ماده (۱) قانون بیمه همه‌گانی خدمات درمانی ایران فرانشیز را چنین تعریف کرده است: «قسمتی از هزینه درمان است که بیمه‌شده باید در زمان دریافت خدمات درمانی پرداخت نماید»^{۱۶}. یکی از روش‌های شناخته‌شده اعطای امتیاز خاص یا فرانشیز است که شرکت خارجی به تاجر یا شرکت کشور دیگر اعطا می‌کند. در این حالت، شرکت‌های خارجی به جای این که مستقیماً اقدام به فعالیت و تجارت در کشور خاصی نمایند، اقدام به اعطای پروانه‌های فعالیت به اشخاص دیگر، معمولاً ساکن و فعال در همان سرزمین، می‌کنند.

فرانشیز از لحاظ قلمرو سه دسته توزیعی، خدماتی و صنعتی می‌باشد؛ اما تعریفی را که بند (۴) ماده یک آیین‌نامه ۸۸/۴۰۸۷ اتحادیه اروپا ارائه کرده دربرگیرنده فرانشیزهای خدماتی و توزیعی است و فرانشیزهای صنعتی را پوشش نداده و چنین مقرر می‌دارد:

فرانشیز مجموعه‌ای از حقوق مالکیت معنوی و صنعتی مربوط به
علایم تجاری، نام‌های تجاری، علایم مغازه‌ها، مدل‌های مفید
(قابل استفاده)، طرح‌ها، حقوق مؤلف، دانش تجربی یا حق انحصاری
(به ثبت رسیده) جهت بهره‌برداری برای فروش مجدد کالاها یا آماده‌سازی
خدمات برای مصرف‌کننده‌ی نهایی است.

قراردادهای فرانشیز اصولاً در اکثریت کشورهای جهان، نامعین هستند و صرف آمریکا، کانادا و ژاپن دارای قواعد خاص فرانشیزند (باباپور؛ ۱۳۸۴: ۶۸). در حقوق افغانستان و بسیاری از کشورها فرانشیز تحت نام مشخص نیامده است؛ ولی به کمک قواعد عمومی قراردادها این

^{۱۶} بند ۷ ماده (۱) قانون بیمه همه‌گانی خدمات درمانی کشور مصوب ۱۳۷۳/۸/۳

نوع قرارداد قابل توجیه است. همین طور از مواد قانون تجارت، قانون ثبت علایم تجاری و اختراعات و آیین نامه آن (مصوب ۱۳۱۰ و تجدید نظر شده در سال ۱۳۳۷)، قرارداد اتحادیه پاریس و از همه مهم تر، کنوانسیون سازمان جهانی مالکیت معنوی که در ۴ مهر ۱۳۸۰ قانون الحاق ایران به آن، از تصویب مجلس گذشت، امکان حمایت تقریباً کامل از حق مالکیت معنوی و بالتبع انتقال و استفاده از آن، چه در بُعد داخلی و چه در بُعد خارجی ایران فراهم آمده است.

قرارداد فرانسیز با وجود پیچیده گی هایی که دارد، حاوی یک سلسله الزام ها برای شخص «امتیاز گیرنده» از قبیل «حفظ اسرار تجاری» هم در حین مذاکره قراردادی و هم بعد از آن، عدم تغییر در محتوای محصولات فرانسیز و نیز مکلف به پرداخت عوض مالی آن می باشد. در مقابل «اعطا کننده امتیاز» تعهد به مشاوره در حین فعالیت، عدم واگذاری آن به شرکت دیگر در کشور میزبان و نیز حق و وظیفه دارد تا بر حفظ ملاک ها و شکل کیفیت محصول نظارت داشته باشد.

قرارداد فرانسیز با وجود امتیاز، ایرادهایی نیز دارد؛ یکی از ایرادهای وارد بر این نوع قراردادها از منظر کشور میزبان این است که در این نوع قرارداد هیچ گونه [سرمایه] از کشور خارجی وارد کشور میزبان نمی شود. لذا برعکس این اشخاص داخلی است که باید سرمایه یی جهت به دست آوردن چنین امتیاز به شرکت های خارجی پرداخت کند؛ در حالی که واحد تجاری یا صنعتی که به دنبال توسعه فعالیت خود در خارج از مرزهای داخلی است و از این طریق می خواهد اعتبار فرامرزی و به تبع آن سود بیش تر تحصیل کند با دو عامل محدود کننده روبه رو است: اول، باید موانع ورود به بازار خارجی را طی کند. دوم، برای سرمایه گذاری و تأمین نیروی کار از نقدینه گی بالا برخوردار باشد. استفاده از قرارداد فرانسیز باعث می شود که به دلیل عدم ورود در کشور دیگر با موانع کم تر، ریسک و دغدغه نقدینه گی روبه رو نباشد.

ایراد دیگر این نوع قرارداد این است که تمام ریسک های فعالیت تجاری به عهده فرانسیز گیرنده است، و شکست در بازار، اعتبار مشتریان همه و همه به عهده فرانسیز گیرنده است و هیچ ارتباط مستقیمی به فرانسیز دهنده ندارد.

ایراد دیگری را که از منظر اعطا کننده امتیاز می توان وارد کرد، بحث کنترل کیفیت و سوء استفاده از آن است.

هـ) قرارداد طراحی و ساخت (DB^{۱۷})

یکی از قالب‌های دیگر قراردادهای خدمات، قرارداد طراحی و ساخت است که این قرارداد از ترکیب اصطلاح (Design and Build) شکل گرفته است. قرارداد طراحی و ساخت یکی از روش‌های دیگر قراردادی است، که در برخی از کشورها کاربرد دارد. هیچ قرارداد ساخت فاقد طراحی، ساخت، نصب، آزمایش و راه‌اندازی نیست. قرارداد طراحی و ساخت نیز واجد طراحی، ساخت، نصب، آزمایش و راه‌اندازی است. در این قرارداد مسئولیت [طراحی، ساخت، نصب، آزمایش و راه‌اندازی] پروژه برعهده پیمان کار واحد یا کنسرسیومی از شرکت‌های واجد صلاحیت است که به عنوان پیمان کار محسوب می‌شود. قرارداد طراحی و ساخت روشی برای اجرای طرح یا پروژه است که طبق آن، طراحی (تمام یا بخشی از طراحی پایه، و طراحی تفصیلی)، تأمین مصالح و تجهیزات و خدمات فنی مربوط به آن‌ها، ساختمان، نصب، راه‌اندازی، آزمایش‌های کارایی و سایر خدمات جنبی مربوط به آن‌ها، به صورت توأم توسط یک پیمان کار طرح و ساخت انجام می‌شود.^{۱۸} در نظام «طراحی و ساخت» پروژه با دو عامل کارفرما و پیمان کار سر و کار دارد و شخص اخیر وظیفه اجرا و مدیریت کلی پروژه و عندالاقضاء انعقاد قرارداد با پیمان کاران جزء را برعهده خواهد داشت. پیمان کار طراحی و ساخت به شرکت یا مؤسسه‌یی گفته می‌شود که مسئولیت انجام خدمات طراحی تفصیلی و اجرایی (طراحی مهندسی یا مهندسی فرایند)، تهیه و تأمین کالا و تجهیزات، عملیات اجرایی، نصب و راه‌اندازی و مدیریت انجام فعالیت‌ها در یک پروژه را برعهده دارند.^{۱۹}

عامل دوم چنین قراردادهای کارفرماست، کارفرما در حقوق کشورها به معنای متعدد به کار رفته است، در ماده (۳) قانون کار^{۲۰} مصوب ۱۳۳۷ عبارت است از: «شخص حقیقی یا حقوقی است که کارگر به دستور یا به حساب او کار می‌کند»^{۲۱}. قانون تأمین اجتماعی^{۲۲} مصوب ۱۳۶۹ نیز همین تعریف را در خصوص بیمه آورده است. ایرادهایی که بر این ماده وارد است این است که اول به حق الزحمه‌یی که ناشی از انجام کار دریافت می‌نماید، اشاره نشده است؛ درحالی‌که هیچ کس تبرعاً کاری را انجام نمی‌دهد، مگر قصدی برای انجام کار رایگان داشته باشد.

^{۱۷} Design and Build

^{۱۸} بند <الف> ماده (۳) آیین‌نامه تشخیص صلاحیت پیمان کاران طرح و ساخت، مصوب، ۱۳۸۴/۳/۱۱ هیأت وزیران

^{۱۹} تبصره <۱> ماده (۲) قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد

تسهیلات به منظور صدور خدمات، مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲

^{۲۰} قانون کار ایران، مصوب، ۱۳۳۷/۲۶

^{۲۱} ماده ۳ قانون کار، مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۲۶

^{۲۲} کارفرما شخص حقیقی یا حقوقی است که بیمه‌شده به دستور یا به حساب او کار می‌کند. (بند <۴> ماده (۱) قانون تأمین اجتماعی،

مصوب ۱۳۵۴/۴/۳) و قانون تأمین اجتماعی ایران، مصوب ۱۳۶۹/۶/۲۶

دوم، عبارات به کار رفته در مواد مزبور جنبه آمرانه (دستوری) دارد که از لحاظ حقوقی بار مناسبی ندارد؛ به همین لحاظ است که قانونگذار تعریف کارفرما را در قانون کار (مصوب ۱۳۶۹) چنین اصلاح کرده است: «شخص حقیقی یا حقوقی است که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل حق السعی کار می کند»^{۲۳}؛ همین طور در خصوص کشاورزی آن را ناشی از یک رابطه قراردادی تلقی کرده که شخص کارگر برای کارفرما در یک یا چند شغل کشاورزی کار می کند.^{۲۴}

ایراد کلی‌یی که در این خصوص بر حقوق ایران وارد است، تعدد و کثرت تعریف کارفرماست. تعدد و کثرت چنین تعارف موجب می شود تا خلط مبحث صورت گیرد؛ درحالی که قانونگذار می تواند به ارائه یک تعریف جامع و مانع بدین مشکل خاتمه دهد.

حقوق افغانستان، در بند ۷ ماده (۳) قانون کار^{۲۵}، تعریفی از کارفرما بدین شکل ارائه کرده است: «شخص حقیقی یا حکمی است که کارکن به موافقه یا منظوری وی به کار استخدام و مزد، معاش و سایر حقوق مربوط به کارکن، توسط یا به منظوری او اجرا و پرداخته می شود». حال پرسش قابل طرح در زمینه این است که: شرکت های خارجی می تواند به عنوان پیمان کار چنین قراردادهایی باشند یا خیر؟

به نظر می رسد که در خصوص فعالیت پیمان کاران خارجی حقوق ایران با ابهام هایی روبه روست؛ زیرا در پاره‌یی از قوانین [شرکت پیمان کاری] را مختص به ایرانی ها دانسته که اگر از این ره یافت به آن ها نگریسته شود، شرکت های خارجی و خارجی ها قادر به تشکیل چنین شرکت نیستند. بند «الف» ماده (۲) آیین نامه تشخیص صلاحیت و ارجاع کار به شرکت های پیمان کاری ساختمانی تأسیساتی و تجهیزاتی وابسته به بخش خصوصی شرکت های پیمان کاری را محدود به اتباع ایران دانسته و از مفهوم مخالف آن چنین به دست می آید که شرکت های پیمان کاری خارجی مجاز به فعالیت نیست؛ زیرا ماده مزبور شرکت پیمان کاری را چنین تعریف می کند: «شرکت پیمان کاری ساختمانی یا تأسیساتی یا تجهیزاتی شخصی است حقوقی که برای انجام عملیات ساختمانی یا تأسیساتی یا تجهیزاتی طبق قوانین ایران به صورت شرکت سهامی خاص در ایران تأسیس شده و به ثبت رسیده و کلیه سهام آن متعلق

^{۲۳}. ماده ۳ قانون کار، مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام

^{۲۴}. کارفرمای کشاورزی از لحاظ این قانون هر شخص حقیقی یا حقوقی است که کارگر طبق قرارداد کار برای او یا از طرف او در یک یا چند شغل از مشاغل کشاورزی کار می کند و در این قانون کارفرما نامیده می شود. (ماده (۵) قانون کار کشاورزی، مصوب ۱۳۵۳/۳/۷)

^{۲۵}. قانون کار افغانستان، مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۰

به اشخاص حقیقی ایرانی در بخش خصوصی باشد»^{۲۶}؛ درحالی که پاره‌یی از قوانین شرکت‌های خارجی پیمان‌کار^{۲۷} را به صراحت تعریف کرده و دلالت بر پذیرش آن دارد. از سوی هم آیین‌نامه تشخیص صلاحیت پیمان‌کاران طرح و ساخت در بند «ث» ماده (۱) متقاضی پیمان‌کاری را چنین بیان کرده‌است: «متقاضی شخص یا اشخاص حقوقی خواهان دریافت گواهی‌نامه صلاحیت اعم از ایرانی یا ایرانی - خارجی که طبق مقررات این آیین‌نامه، اقدام به درخواست گواهی‌نامه صلاحیت می‌نمایند»؛ همین‌طور از تعریف گروه شرکت‌های پیمان‌کاری نیز ایرانی بودن محض استفاده نمی‌شود؛ چون در تعریف مذکور شخص حقوقی که متشکل از دو یا چند شرکت پیمان‌کاری باشد آورده شده است و در تعریف مذکور قید داخلی یا خارجی بودن نیامده‌است؛ چنان‌که ماده مزبور گروه شرکت پیمان‌کاری را این‌گونه بیان می‌دارد: «گروه شرکت‌های پیمان‌کاری شخصی است حقوقی که از هم‌کاری یا مشارکت دو یا چند شرکت پیمان‌کاری برای اجرای عملیات مربوط به طرح‌های بزرگ به وجود بیاید و شرکت‌های تشکیل‌دهنده آن در عین حال به‌طور مستقل شخصیت حقوقی خود را حفظ نماید»^{۲۸}؛ علاوه‌بر آن از تعریف قرارداد پیمان‌کاری^{۲۹} در حوزه نفتی نیز چنین استفاده نمی‌شود که منعی برای فعالیت چنین شرکت‌ها باشد.

قرارداد DB و EPC از نظر تعریف شباهت بسیاری با یک‌دیگر دارند؛ بر همین اساس عده‌یی از نویسندگان، قرارداد EPC را [زیر مجموعه قرارداد DB] می‌دانند و همین موضوع موجب شده است که گاه این دو واژه را در یک معنا و به‌جای یک‌دیگر استفاده نمایند (Jefery, ۲۰۰۴: ۱۴)؛ درحالی‌که شباهت‌های بسیار، این دو قرارداد دارای [تفاوت]های برجسته‌یی هستند که آن‌ها را از یک‌دیگر متمایز می‌کند.

قرارداد EPC مخفف برگردان انگلیسی سه واژه مهندسی، تأمین تجهیزات و ساخت است؛ درحالی‌که قرارداد DB شامل طرح و ساخت خواهد بود و در آن تأمین تجهیزات از

^{۲۶} بند الف ماده (۲) آیین‌نامه تشخیص صلاحیت و ارجاع کار به شرکت‌های پیمان‌کاری ساختمانی تأسیساتی و تجهیزاتی وابسته به بخش خصوصی، مصوب، ۱۳۶۰/۲/۳۰ هیأت وزیران

^{۲۷} شرکت خارجی: شرکتی که اقامتگاه آن خارج از ایران باشد. این شرکت برای این که بتواند به وسیله شعبه یا نماینده خود به امور پیمان‌کاری یا مشاوره در ایران مبادرت نماید، باید در کشور اصلی خود شرکت قانونی شناخته شده و شعبه یا نمایندگی آن در اداره ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی، به ثبت رسیده باشد. (بند «ج» ماده (۱) آیین‌نامه تشخیص صلاحیت پیمان‌کاران طرح و ساخت، مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۱ هیأت وزیران)

^{۲۸} ماده (۲) آیین‌نامه تشخیص صلاحیت و ارجاع کار به شرکت‌های پیمان‌کاری ساختمانی تأسیساتی و تجهیزاتی وابسته به بخش خصوصی، مصوب، ۱۳۶۰/۲/۳۰ هیأت وزیران

^{۲۹} قرارداد پیمان‌کاری عبارت از قراردادی است که به موجب آن طرف قرارداد مسئولیت اجرای برخی از عملیات نفتی را در ناحیه معینی از طرف شرکت ملی نفت ایران و به نام آن شرکت برطبق مقررات این قانون برعهده می‌گیرد. (ماده ۱ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳/۵/۸)

وظایف قرارداد پیمان کار نیست؛ اما این تفاوت صرفاً در ظاهر می باشد و در قرارداد طرح و ساخت نیز ممکن است تأمین تجهیزات شامل تعهدات قراردادی پیمان کار باشد؛ با این تفاوت که حجم عملیات تأمین تجهیزات در قراردادهای EPC از این حجم در قراردادهای DB بیش تر است. تفاوت دیگر این دو قرارداد در این است که در قرارداد EPC در حین اجرای پروژه، نظارت و کنترل وجود ندارد؛ ولی در قرارداد DB این نظارت و کنترل در حین اجرای پروژه نیز وجود دارد؛ ولی یک تفاوت جزئی طراحی پروژه با قرارداد طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت و تأمین مالی دارد. به نحوی که در نظام طراحی و ساخت معمولاً حدود ۵ تا ۳۰ درصد طراحی فاز اول طراحی (طراحی پایه) پیش از برگزاری مناقصه و واگذاری پروژه به پیمان کار طراحی و ساخت، از سوی کارفرما انجام می پذیرد؛ درحالی که در روش EPC مسئولیت طراحی و اجراء، به طور کامل بر عهده پیمان کار گذاشته می شود؛ از این رو، ریسک پیمان کار در شیوه اول، به سبب انجام مطالعات پایه توسط کارفرما، نسبت به شیوه دوم، کمتر است و می تواند براساس مطالعات انجام شده توسط کارفرما، قیمت دقیق تری را پیش نهاد کند (فرشادفر، ۱۳۹۰: ۲۱). در پروژه هایی که برحسب ماهیت، موضوع و الزمات اجرای پروژه، عنصر «راه اندازی» در آن ها مصداق می یابد؛ مانند پروژه های نیروگاهی یا پالایش گاهی، قرارداد طراحی، تأمین تجهیزات و ساخت یا (EPC) به نوعی به صورت کلید در دست (گردان) یا (Turnkey) اجراء می شود و عنصر راه اندازی به عنوان یکی از تعهدات پیمان کار در قرارداد تصریح می شود؛ باین حال، ممکن است برخی از پروژه ها برحسب موضوع و ماهیت شان فاقد عنصر راه اندازی بوده و اجرای قرارداد (EPC) به صورت کلید در دست (گردان) یا (Turnkey) موضوعیت پیدا نکند.

تفاوت دیگر قرارداد طرح و ساخت و قرارداد (EPC) می توان به تمایز نحوه تخصیص ریسک و سطح مسئولیت های پیمان کار [در این دو مدل قرارداد اشاره نمود. در قرارداد طرح و ساخت، مسئولیت پیمان کار مبتنی بر [دقت و مهارت] مقتضی است و در مقایسه با پیمان کار با تجربه و به صورت نوعی سنجیده می شود؛ درحالی که در قرارداد (EPC)، پیمان کار دارای [تعهد به نتیجه]؛ صرف نظر از سطح دانش و سایر عوامل مؤثر می باشد.

بررسی های حقوقی در حوزه قراردادهای به ویژه قرارداد طراحی و ساخت یا طرح و ساخت نشان می دهد، که حقوق برخی از کشورها از جمله ایران، بیش تر جنبه آمرانه داشته که با گذر زمان این مشکل تا حدودی مرفوع می گردد؛ درحالی که حقوق افغانستان این مسأله را یک امر کاملاً توافقی و با رضایت هم دانسته است. ضمناً در حقوق ایران در ابتدا بحث پرداخت حقوق

و معاش کارگر نیامده بود، که بعداً گنجانده شد؛ درحالی که حقوق افغانستان افزون بر تأکید آن، به سایر حقوق نیز اشاره کرده است، که منظور از سایر حقوق، امتیازات شخص کارگر بر مبنای حقوق اساسی است.

(و) قرارداد مهندسی، تأمین تجهیزات و ساخت (EPC^{۳۰})

قرارداد مهندسی، تأمین تجهیزات و ساخت، یکی از روش‌های دیگر ترتیبات قراردادی است و به قراردادی اطلاق می‌شود که به موجب آن، کارفرما امور [طراحی، مهندسی، تهیه مصالح و تجهیزات، مدیریت طرح، اخذ مجوزهای لازم، ساخت و نصب پروژه] را به پیمان کار عمومی واگذار می‌کند (صادقی؛ ۱۳۸۷: ۱۷۴ به نقل از: ۱: ۲۰۰۶، EPC). براساس تعریف سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی در نشریه ۵۴۹۰ قرارداد مهندسی، تأمین تجهیزات و ساخت، عبارت است از:

انجام تمام یا برخی از مراحل مختلف کارهای مهندسی پروژه
(مهندسی مقدماتی، مهندسی پایه، مهندسی تفصیلی)، تأمین و تدارک
کالاها، تجهیزات و مصالح پروژه و خدمات فنی مرتبط با آنها،
عملیات ساختمان، نصب و راه‌اندازی و آزمایش‌های عمل‌کردی و
سایر خدمات جانبی مرتبط با آنها که به‌طور توأم توسط پیمان کار
انجام می‌شود (سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی ج.ا.ا، ۱۳۸۰: ۱).

در این نوع قراردادها، پیمان کار متعهد می‌شود که کارهای طراحی، مهندسی، تهیه مصالح، انبارداری، تأمین نیروی انسانی، ماشین‌آلات، انتقال فناوری، آموزش نیروهای کارفرما و عملیات ساخت‌وساز را برعهده گیرد و به‌نحو متقابل، کارفرما نسبت به تأمین محل مورد نیاز جهت اجرای پروژه، ارائه اطلاعات و ضوابط جاری در محل اجرا، از قبیل ضوابط محیط‌زیست یا ضوابط راجع به کاربری زمین و بررسی مدارک تسلیمی پیمان کار در موقع مقتضی متعهد می‌گردد.

این قرارداد (EPC) به قرارداد کلید در دست^{۳۱} نیز معروف است و شامل روش‌های اجرای پروژه می‌باشد، که در سطح بین‌المللی و داخلی به‌ویژه در پروژه‌های نفت و گاز، نیروگاهی، سدسازی و طرح‌های صنعتی کاربرد دارد.

^{۳۰} . Engineering Procurement Construction
^{۳۱} . Turnkey Contract

حال پرسش این است که این نوع قرارداد در حقوق افغانستان قابل استفاده است، یا خیر؟ حقوق افغانستان چنین قراردادی را تحت عنوان مقاطعه کاری در قانون مدنی به مفهوم عام آن پیش بینی کرده است؛ درحالی که در حقوق برخی کشورها باید میان قرارداد (EPC) و نیز قراردادهای معمول پیمان کاری [تفکیک] قائل شد و آن این که در قراردادهای معمول پیمان کاری وظیفه ساخت و ساز به پیمان کار محول می گردد و کارهای مربوط به طراحی پروژه معمولاً از سوی شخص دیگری انجام می شود؛ درحالی که در قراردادهای (EPC)، طراحی، تهیه تجهیزات و نصب و ساخت پروژه تماماً به پیمان کار عمومی واگذار می گردد (FIDIC, ۱۰: ۱۹۹۸). از سویی هم از قراردادهای معمول پیمان کاری در پروژه های کوچک و پروژه های غیر زیربنایی استفاده می شود؛ درحالی که از قراردادهای (EPC)، غالباً در پروژه های کلان عمرانی و زیربنایی و پروژه هایی که نیازمند استفاده از تخصص پیمان کار خارجی است استفاده می شود.

ثانیاً، از این قرارداد به قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی اجرایی کشور^{۳۲} (مصوب ۱۳۷۵)، قانون نحوه نظارت مجلس بر انعقاد قراردادها در دست گاه های اجرایی^{۳۳} (مصوب ۱۳۸۱) و قانون برنامه سوم توسعه می توان اشاره کرد؛ همین طور، از این قرارداد در بخش خصوصی مثل قرارداد «شرکت آذر آب و شرکت لوشه آلمان» در سال ۱۳۸۲ می توان اشاره کرد.

یکی از ایرادهای عمده ای که به برخی مقررات داخلی ایران در خصوص (EPC)، وارد است آن است که قانون حد اکثر استفاده از توان فنی و مهندسی^{۳۴} (مصوب ۱۳۷۵) در مورد لزوم مشارکت پیمان کار ایرانی در طرح های واگذار شده به پیمان کاران خارجی با قواعد بین المللی موجود، که الزام خارجی ها در استفاده از نیروهای داخلی کشور میزبان است منع کرده است؛ زیرا این امر مغایرت آشکاری با قواعد و رویه بین المللی داشته و در الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی نقش مستقیم دارد.

ایراد دیگر این قرارداد [محدود بودن نظارت کارفرما] بر جریان پروژه است؛ بنابراین، اول، به دلیل کم بودن اطلاعات در مراحل طراحی و ساخت امکان اعمال تغییرات در الزامات کارفرما از سوی کارفرما به دشواری صورت می گیرد. دوم، به دلیل مقطوع بودن قیمت، ممکن است پیمان کار از لحاظ محدود بودن زمان و سودآوری پروژه مزبور تحت فشار قرار گرفته و هزینه ها

^{۳۲} . قانون حداکثر استفاده از توان فنی و تولیدی و صنعتی اجرایی کشور، مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۲۲

^{۳۳} . قانون نحوه نظارت مجلس بر انعقاد قراردادها در دستگاه های اجرایی، مصوب ، جلسه مورخ ۱۳۸۱/۸/۱۲

^{۳۴} . قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی، مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲

را کاهش بخشیده و در زمان صرفه جویی نماید که این امر منجر به پایین آمدن کیفیت کار و سوءاستفاده پیمان کار از وضعیت مسلط شود (Wallace, ۱۹۹۹: ۸).
در قرارداد (EPC) نظارت روزبه روز به کارفرما (نماینده کارفرما) داده نشده است؛ زیرا تعهدات پیمان کار سنگین است و کارفرما اجازه مداخله ندارد؛ بنابراین نقش کنترل بر نتیجه نهایی کار و بررسی تطابق نتایج طراحی با خواسته های کارفرما و معیارهای اصلی طرح را دارا می باشد.

ز) قرارداد طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت و تأمین مالی (EPCF)^{۳۵}

یکی از قراردادهایی که از [حیث ساختار مالی] تا حدی شبیه به قرارداد بی.او.تی است. قرارداد «طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت و تأمین مالی» است. در این قرارداد پیمان کار افزون بر سه عنصر [طراحی، تأمین تجهیزات و ساخت، تأمین مالی پروژه] را نیز برعهده می گیرد. در شیوه مزبور کارفرما پس از تکمیل پروژه آن را از پیمان کار تحویل گرفته و استهلاک هزینه ها و حق الزحمه پیمان کار برحسب توافق های طرفین ممکن است در اقساطی برابر و ماهانه از محصولات پروژه مستهلک و پرداخت شود و یا ترتیب دیگری در این راستا مورد توافق قرار گیرد. در صورتی که بازگشت سرمایه و سود پیمان کار (EPCF)، به عواید حاصل از پروژه منوط شود، می توان از این قرارداد به عنوان یکی از شیوه های تأمین مالی پروژه یاد کرد.
گفتنی است بهره برداری از تأسیسات در این شیوه برعهده خود کارفرما یا پیمان کار دیگری که او استخدام می کند، خواهد بود. مبنای ایجاد چنین شیوهی را باید در رقابت شدیدی که در برخی بازارهای سرمایه گذاری بین سرمایه گذاران وجود دارد و آن ها را به فاینانس پروژه در کنار سه عنصر دیگر ترغیب می کند از یک سو و وجود محدودیت های مالی و قانونی طرف سرمایه پذیر از سوی دیگر، جست و جو کرد؛ در ایران نیز این شیوه به ویژه در صنایع نفت، گاز و پتروشیمی در سال های اخیر رواج یافته است؛ به همین لحاظ است که در ماده (۱۶۴) قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، استفاده از قراردادهای (EPCF) چنین پیش بینی شده است:

دولت می تواند به منظور حمل و نقل بار و مسافر ریلی، بخشی از پروژه های تجهیز، بهبود و افزایش ظرفیت زیرساخت نظیر دوخطه کردن، برقی کردن، تراک بندی، و تطویل ایستگاه ها را در قالب روش هایی نظیر مشارکت، ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT) و طراحی، تدارک و تأمین

(EPCF) با واگذاری امتیازاتی نظیر استفاده از زیربنای حمل و نقل ریلی و انتقالی حق دسترسی آن تا استهلاک کامل سرمایه و سود مورد توافق به بخش خصوصی و تعاونی واگذار کند.

حقوق افغانستان در خصوص پذیرش چنین قرارداد ساکت است؛ درحالی که حقوق ایران قرارداد طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت و تأمین مالی را در زیرساخت‌ها نظیر زیربنای حمل و نقل ریلی به صراحت پیش‌بینی کرده است.

نتیجه‌گیری

قرارداد خدمات در حقوق افغانستان نوپاست. این نوع قرارداد در سال‌های اخیر با گسترش شرکت‌های خارجی بیش‌تر رایج گردیده است. قواعد حاکم بر این نوع قراردادهای تراضی و توافق طرفین است که بر اصل حاکمیت اراده شکل می‌گیرد. قانون‌گذار افغانستان قواعد حاکم بر چنین قراردادهای را پیش‌بینی نکرده است و صرفاً در قانون نفت و گاز سه مدل از قراردادهای (قرارداد انجام خدمت و تقسیم تولید، قرارداد خدمات ژئولوژیکی و ژئوشیمیکی) را نام گرفته است.

با توجه به گسترده بودن خدمات مطابق مقررات گاتس، حقوق افغانستان دسته‌بندی مشخصی از خدمات ارائه نکرده است. مفهوم‌شناسی خدمات و قراردادهای خدمات نشان می‌دهد که حقوق افغانستان مفهوم عام آن را پذیرفته است. از آنجایی که در حقوق افغانستان مباحث مشخصی درخصوص قرارداد اشاره نشده است، این الگوبرداری را می‌توان از قراردادهای خدمات عراق در حوزه نفتی و قراردادهای خدمات در حوزه بالادستی نفت ایران انجام داد. هرچند در قانون سرمایه‌گذاری خصوصی افغانستان برخی از قراردادهای خدمات به‌طور مشخص مطرح شده است، که از آن به‌عنوان قرارداد انجام خدمت و تقسیم تولید و نیز قرارداد خدمات ژئولوژیکی و ژئوشیمیکی می‌توان نام برد.

سرچشمه‌ها

کتاب‌ها و مقالات

۱. اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۵). *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*. ج ۱. چاپ دهم. تهران: نشر سمت.

۲. باباپور، محمد. (پاییز ۱۳۸۴). «تاریخچه فرانسیز». تهران: فصل نامه حوزه و دانشگاه، روش شناسی علوم انسانی. سال یازدهم. شماره ۴۴.
۳. رادمند، اسدالله. (۱۳۹۳). «بررسی تطبیقی رژیم حقوقی حاکم بر قلمرو فعالیت شرکت های خارجی در حقوق ایران و افغانستان». رساله دکتری حقوق خصوصی. دانشکده حقوق (پردیس فارابی)، دانشگاه تهران.
۴. شکوه سادات، سیدعلی اکبر. (بهار ۱۳۸۱). «آزادسازی خدمات در کشورهای در حال توسعه». پژوهش نامه اقتصادی. سال دوم. شماره ۴.
۵. صادقی، محسن و گودرزی، حبیب. (تابستان ۱۳۸۷). «بررسی قراردادهای بین المللی طراحی تیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جای گاه آن در نظام حقوقی ایران». تهران: فصل نامه حقوق. مجله دانش کده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۳۸. شماره ۲.
۶. فرشادفر، محمدعلی. (۱۳۹۰). راهنمای عقد قرارداد به روش طرح و ساخت (EPC) در طرح های عمرانی. تهران: انتشارات نوآور.
۷. کاشار، اولیویه. (۱۳۹۰). حقوق تجارت بین الملل. برگردان: رسول رضایی. تهران: نشر مهر و ماه نو.
۸. کمالی اردکانی، مسعود و کیسان دخت، گیلدا. (۱۳۸۴). «مطالعه تطبیقی موافقت نامه عمومی تجارت خدمات سازمان تجارت جهانی با قوانین منتخب ناظر بر خدمات ایران». تهران: فصل نامه اقتصاد و تجارت نوین. شماره ۲. به نقل از مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی (۱۳۸۳).

قوانین و مقررات

۹. آیین نامه تشخیص صلاحیت پیمان کاران طرح و ساخت، مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۱ هیئت وزیران؛
۱۰. آیین نامه تشخیص صلاحیت و ارجاع کار به شرکت های پیمان کاری ساختمانی تأسیساتی و تجهیزاتی وابسته به بخش خصوصی، مصوب ۱۳۶۰/۲/۳۰ هیئت وزیران؛
۱۱. قانون ایجاد تسهیلات لازم جهت صدور پروانه کسب برای جان بازان، اسرای آزاد شده و خانواده محترم شهدا و مفقودین و اصلاح موادی از قانون نظام صنفی، مصوب ۱۳۶۸/۱۲/۱۳؛
۱۲. قانون بیمه همه گانی خدمات درمانی کشور، مصوب ۱۳۷۳/۸/۳؛
۱۳. قانون تأمین اجتماعی ایران، مصوب ۱۳۵۴/۴/۳؛
۱۴. قانون تأمین اجتماعی ایران، مصوب ۱۳۶۹/۶/۲۶؛
۱۵. قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی ایران، مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲؛

۱۶. قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات ایران، مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲؛
۱۷. قانون سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی افغانستان، مصوب ۱۳۸۱/۶/۲؛
۱۸. قانون کار افغانستان، مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۰؛
۱۹. قانون کار ایران، مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۲۶؛
۲۰. قانون کار ایران، مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام؛
۲۱. قانون محیط‌زیست افغانستان، مصوب ۱۳۸۵/۹/۵؛
۲۲. قانون مرکز آمار ایران مصوب، ۱۳۵۳/۱۱/۱۰؛
۲۳. قانون نحوه نظارت مجلس بر انعقاد قراردادها در دستگاه‌های اجرایی ایران، مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۲؛
۲۴. قانون نفت ایران، مصوب ۱۳۵۳/۵/۸؛
۲۵. قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، ایران، مصوب ۱۳۷۷/۴/۳ هیئت وزیران؛
۲۶. قانون کار کشاورزی، مصوب ۱۳۵۳/۳/۷؛
۲۷. مقررۀ مراکز صحتی خصوصی، مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۸؛
۲۸. مقررۀ مؤسسات تعلیمی خصوصی، مصوب ۱۳۸۹/۳/۳۱ و مادۀ چهارم مقررۀ مؤسسات تعلیمی خصوصی، مصوب ۱۳۸۵/۱۲/۷؛
۲۹. موافقت‌نامه سازمان همکاری‌های منطقه‌ای جنوب آسیا (سارک)، مصوب ۱۳۹۱/۵/۱۶ پارلمان افغانستان (ولسی جرگه)؛

مآخذ لاتین

۳۰. Anna, Lukyanova. (۲۰۰۳). "Transition to Postindustrial Society, a Study of the Service Sector Employment in Russia" Economic Education and Research Consortium. Working Paper Series, No.۳.
۳۱. FIDIC, (۱۹۹۸). **FIDIC Conditions of EPC Turnkey Projects**. Test Contract, Thomas Telford Ltd,
۳۲. Jeffery L. Beard, Michael C. Loulakis, Edwardo C. Wundram, (۲۰۰۴). **Design Build Planning through development**, [online]. Available: <http://digigalengineeringlibrary.com> Accessed: ۲۲/۷/۲۰۱۳. f
۳۳. New Zealand, Ministry of Foreign Affairs and Trade, (۲۰۰۲), **Question for a Trading Nation, New Zealand, Wellington**,
۳۴. Wallace, I.N.D. (۱۹۹۹). Design-and Build: a No.-No for Owners, Construction & Engineering, Vol.۴ .