

شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت (INDEMNITY)، با تأکید بر قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز

سید نصرالله ابراهیمی^۱، سمیرا غلام‌دخت^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۷/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۹/۲۱

چکیده

دشواری استحصال نفت از اعماق زمین و بستر دریاها صنعت نفت را به یکی از پرخطرترین و پرهزینه‌ترین صنایع جهان تبدیل کرده، به نحوی که طرفین قراردادهای بالادستی همواره به سوی استفاده از راهکارهای گوناگونی برای تخصیص ریسک، همچون شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت، سوق داده می‌شوند. در شرط مذکور، مسئولیت یا جبران خسارت بر عهده طرفی قرار می‌گیرد که به نحو مطلوب‌تری بتواند آن را مدیریت کند. تکرار مداوم این شرط در انواع قراردادهای بالادستی نفت و گاز کشورها، به‌ویژه قراردادهای جدید بالادستی نفتی ایران موسوم به قراردادهای IPC، را می‌توان حاکی از شکل‌گیری عادت «مرحله‌ای قبل از تشکیل قاعده عرفی» در زمینه تخصیص ریسک در صنعت نفت و گاز دانست که بی‌تردید گامی در راستای شکل‌گیری حقوق عرفی نفت در آینده خواهد بود. اما با تعمق بیشتر در نحوه نگارش این شرط در قراردادهای بالادستی و نیز نوشته‌های اندیشمندان حقوقی می‌توان دریافت که درباره مفهوم دقیق این اصطلاح وفاق کلی وجود ندارد و بعضاً محدوده آن با سایر اصطلاحات درهم آمیخته است. بنابراین، در این مقاله به بررسی مفهوم، ماهیت، آثار و نکات مهم در تدوین این شرط پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: تخصیص ریسک، شرط پذیرش مسئولیت یا خسارت، براءت از مسئولیت، قراردادهای بالادستی نفت و گاز، جبران خسارت

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران؛ snebrahimi@yahoo.com

۲. دکتری حقوق نفت و گاز، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)؛ samiraghollandokht@gmail.com

مقدمه

استحصال نفت از اعماق زمین و بستر دریاها همراه با دشواری بسیار همراه بوده و مستلزم انجام فعالیت‌های متعددی است که هر کدام نیروهای متخصص و تجهیزات گران‌بهایی را می‌طلبد و بر احتمال وقوع حادثه و خسارت می‌افزاید (Sartain et al., 2013, p. 3). بنابراین، اولاً هر میدان نفتی صحنه حضور اشخاص و تجهیزات بی‌شماری است که در معرض انواع خطرهای ناشی از انجام فعالیت‌های گوناگون نفتی قرار دارند؛ ثانیاً ممکن است عوامل متعددی سبب وقوع حادثه شوند که تشخیص آن‌ها به‌آسانی انجام نمی‌پذیرد (Makarov, 2019, p.1)؛ ضمن این‌که اشخاص ثالث و محیط‌زیست نیز مصون از این قبیل مخاطرات نخواهند بود و ممکن است حین انجام عملیات نفتی آسیب ببینند (ابراهیمی، آقاسیدجعفر کشفی، ۱۳۹۵، ص ۲). حال سؤال این است که در صورت وقوع حادثه چه کسی مسئول و ملزم به جبران خسارت خواهد بود؟ بنابر قاعده کلی، بایستی کارفرما را مسئول دانست، اما طرفین قراردادهای بالادستی نفت و گاز از این قاعده کلی فاصله گرفته و مسئولیت یا جبران خسارت را بر دوش پیمانکار کل نهاده‌اند که به نظر توانایی بیشتری در مدیریت و ممانعت از وقوع حادثه یا رفع آن دارد. این مهم از طریق درج شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت صورت می‌گیرد که از ابزارهای مهم قراردادی برای تخصیص ریسک به‌شمار می‌رود (ibid, p. 1). در واقع صنعت هیچ‌گاه برای حل مشکلات خویش منتظر وضع قانون نمانده، بلکه خود به چاره‌اندیشی پرداخته و در بسیاری موارد پیش‌گام قانونگذار شده است. شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت، به‌منزله ابزاری برای تخصیص ریسک، زاینده رفتار تجاری طرفین قراردادی بوده و قانونگذاران در این حوزه عملاً وارد نشده‌اند، لذا در این حوزه قانون تکمیلی وجود ندارد که بتوان در موارد اجمال یا ابهام از آن‌ها مدد جست. اندک مقررات موجود در این زمینه نیز صرفاً برای محدود ساختن دایره شمول آن است (ابراهیم‌پور و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۲). تکرار مداوم چنین شروطی، که می‌توان آن را عادت خاص صنعت نفت نامید، نوید از شکل‌گیری حقوق عرفی نفت در آینده‌ای نزدیک می‌دهد. در واقع ماهیت پرخطر عملیات نفتی، عدم قطعیت‌ها، لزوم سرمایه‌گذاری‌های کلان و طولانی‌بودن زمان

اجرای پروژه‌ها درج چنین شرطی را به صورت یک گزینه مطرح نمی‌کند، بلکه الزامی بر دوش طرفین می‌نهد تا در پی مدیریت یا تخصیص ریسک‌های قراردادی برآیند. اما، همان‌طور که گفته شد، ادبیات حقوقی این اصطلاح در هاله‌ای از ابهام به سر می‌برد که نتیجه آن سردرگمی طرفین قراردادی در تشخیص حقوق و تکالیف خویش است. از آنجاکه این شرط از شروط قراردادهای بالادستی کشور ما نیز هست، در این نوشتار ابتدا مفهوم این شرط تعیین و ارتباط آن با سایر شروط مشابه بیان می‌شود، سپس ماهیت و آثار آن مورد بررسی قرار می‌گیرد و نکات مهم در تدوین این قبیل شروط برشمرده می‌شود. در نهایت به تشریح این شرط در قراردادهای IPC پرداخته خواهد شد.

بخش نخست: مفهوم شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت و تمییز آن از اصطلاحات مرتبط

در این بخش، ابتدا مفهوم دقیق این اصطلاح تعیین می‌شود، سپس ارتباط آن با اصطلاحات مشابه تبیین خواهیم شد.

بند اول: مفهوم شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت

همان‌طور که گفته شد، در خصوص مفهوم شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت که گاه از آن با عنوان «قرارداد جایگزینی مسئولیت» نیز یاد می‌شود (ایزانلو، ۱۳۸۲، ص ۸۲) وفاقی وجود ندارد. برخی آن را به معنای جبران خسارت، برخی دیگر به معنای پذیرش مسئولیت و دسته‌ای دیگر مشتمل بر هر دو معنی می‌دانند.

در توضیح مطلب، بهتر است ابتدا به ریشه این واژه توجه شود. عده‌ای ریشه آن را واژه لاتینی Indemnis دانسته‌اند (Garner, 2011, p. 18) که در فرهنگ لغت بلک^۱ در توضیح آن آمده است: بدون صدمه، ضرر، خسارت^۲ و در پایان واژه‌ای آمده که دو معنی از آن دریافت می‌شود: بی‌ضرر و بی‌گناه.^۳ از سوی دیگر، عده‌ای بر این نظرند که ریشه این واژه اصطلاح لاتینی In+Damnum است؛ In به معنی زدودن، از بین بردن و Damnum به معنی خسارت. در حقوق بیمه نیز اصلی به نام اصل پرداخت غرامت^۴ وجود دارد، به

1. Black Law Dictionary
2. Without hurt, harm or damage
3. harmless
4. Principle of Indemnity

این معنی که در صورت وقوع حادثه، غرامتی معادل خسارات وارد شده به بیمه‌گذار پرداخت خواهد شد (Thomas & Wilson, 2005, p.33) که بی‌تردید به این واژه باز می‌گردد. ضمن این‌که در فرهنگ لغت بلک لا نیز از آن به‌عنوان مبلغ قابل پرداخت تحت بیمه‌نامه^۱ یاد شده است. بنابراین قدر متیقن این است که این اصطلاح به معنای جبران خسارت خواهد بود. اما همان‌طور که بیان شد، در فرهنگ لغت بلک لا، در تبیین اصطلاح Indemnity دو معنای «بی‌ضرر» و «بی‌گناه» به‌کار رفته است. همچنین اصطلاح «شرط پذیرش مسئولیت»^۲ نیز به صراحت در این فرهنگ لغت استفاده شده که در توضیح آن آمده: «در مقابل شرط پذیرش خسارات که به معنای حق متعهدله برای جبران خسارت وارده است، این شرط به معنای حق متعهدله برای مبرا شدن در زمان بروز مسئولیت است»^۳. در هر حال، ملاحظه می‌شود که در هر دو شرط یک عنصر حمایتی وجود دارد (Makarov, 2019, p.2). به عبارت دیگر، متعهد متعهدله را از امری محافظت می‌کند، اما بسته به متعلق‌علیه ممکن است محافظت در برابر خسارت یا مسئولیت باشد.

حال سؤال این است که چنانچه اصل تعهد، به صورت مطلق، بدون ذکر متعلق و موضوع آن ذکر شود یا نحوه تنظیم شرط مبهم باشد، باید کدام‌یک از دو مفهوم را در نظر گرفت؟

یک نظر این است که چنانچه مقدمات حکمت در خصوص اخذ به اطلاق از مفاد الفاظ قراردادی کامل باشد، می‌توان اخذ به اطلاق کرد و ذی‌نفع را مشمول معافیت از کلیه موارد ذکر شده نمود؛ در غیر این صورت باید بر اساس اصل اکتفا به قدر متیقن، فقط به قدر متیقن از تعهد مذکور اکتفا کرد و آن‌هم حداقل تعهد یعنی پذیرش اصل مسئولیت ولی بدون ورود به تعهدات راجع به تقبل هزینه‌های دعاوی ثالث یا بدون مسئولیت نسبت به پرداخت خسارت خواهد بود. این نظر با تفسیر به نفع متعهد نیز سازگارتر است (King, 2019, 2).

اگر مفهوم عرفی این اصطلاح را همچون قراردادهای بیمه‌ای به معنای پذیرش جبران خسارت بدانیم، همان‌طور که در قراردادهای بین‌المللی نفتی مشارکت در تولید کشورهای

1. Reimbursement, the benefit payable under an insurance policy

2. Indemnity against liability

3. As contrasted with indemnity against loss, which is an obligee's right to compensation for a loss already sustained, it is an obligee's right to indemnification at the time a liability arises.

سنگال^۱ و گابن^۲ در معنای جبران خسارت در نظر گرفته شده است، با اصل اکتفا به قدر متیقن تعارض پیدا می‌کند؛ حال باید دید کدام یک مقدم است؟ در پاسخ باید گفت، با توجه به این که عرف دلیل است و اعمال اصل صرفاً در مواردی است که دلیلی وجود نداشته باشد، لذا باید عرف را مقدم بر اصل دانست و این شرط را در معنای جبران خسارت در نظر گرفت. به نظر می‌رسد پذیرش چنین مفهومی از درج شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت با مقتضیات صنعت نفت نیز سازگارتر باشد. زیرا همان‌طور که گفته شد، سرمایه‌گذاری‌ها در این حوزه بسیار کلان است و حادثه‌ای هرچند کوچک ممکن است خساراتی هنگفت به بار آورد. به هر حال، بهتر است به منظور ممانعت از بروز اختلاف این اصطلاح با متعلق علیه «پذیرش مسئولیت» و «جبران خسارت» هر دو بیاید. لزوم درج چنین شرطی در قراردادهای بالادستی نفت و گاز را نیز این گونه می‌توان توجیه کرد: اگرچه این اصل کلی در حقوق پذیرفته شده که هر شخص باید پاسخ‌گوی خساراتی باشد که باعث ایجاد آن‌ها شده (Indemnification & Duty to Defend) (Subcommittee, 2014, p. 1) اصول تخصیص ریسک پاسخی متفاوت با اصول مسئولیت مدنی دارد. کدام شخص بیشترین کنترل را بر روی ریسک دارد؟ کدام طرف محتمل‌ترین منبع ریسک است (McKinney, 2015, p. 4)؟ بی‌تردید پیمانکار که مجری طرح است بسیار بیشتر از کارفرما که صرفاً نقش نظارتی دارد و هیچ معیاری برای سنجش اجرای پیمانکار در اختیار ندارد قادر به کنترل ریسک‌ها است (Macatram, 2019, p. 4).

بند دوم: تمایز شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت از اصطلاحات مرتبط

عموماً دو اصطلاح دیگر نیز در کنار این شرط استفاده می‌شود؛ یکی شرط مبرا کردن از مسئولیت و دیگری تعهد به دفاع در برابر ادعاها که در ذیل شرح داده می‌شود.

قسمت اول: شرط برائت از مسئولیت^۳

1. Article 4(5) of Senegal Production Sharing Contract provides that: The Contractor shall compensate and indemnify the State and any person in the event of damage that might be caused by Oil Operations

2. Article 37(1) of Gabon Production Sharing Contract provides that: Contractor ... will compensate and indemnify suitably the Third parties for any damage or loss that itself, its employees, its subcontractors and their employees may cause to their person, their goods or their rights in connection with the oil operations. It assumes the civil liability for any damage, loss or defect suffered by Third parties resulting from its errors, faults or negligence,

۳. Hold Harmless

در فرهنگ لغت بلک لا ذیل این اصطلاح آمده است: مبرا کردن شخص دیگری از پاسخ‌گویی درباره خسارات یا سایر مسئولیت‌های ناشی از معامله.^۱ در این‌که این اصطلاح معادل اصطلاح شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت است یا خیر میان نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد. بعضی بر این نظرند که این دو اصطلاح کاملاً مشابه یکدیگرند^۲ (McNeely, 2015, p. 11)، درحالی‌که برخی دیگر شرط براءت از مسئولیت را مستلزم حمایت در برابر مسئولیت نیز می‌دانند (Swank et al., 2014, p. 11). با توجه به تعریفی که فرهنگ لغت بلک لا ارائه نموده است، این اصطلاح مستلزم حمایت در برابر مسئولیت است که در این صورت با شرط پذیرش مسئولیت نیز تفاوت دارد؛ زیرا اگر این شرط را به معنی حمایت در برابر مسئولیت بدانیم، نقطه آغاز تعهد متعهد از زمانی است که دعوی علیه متعهد اقامه شود، به‌علاوه مشتمل بر تعهد دفاع نیز خواهد بود. طبق آنچه در فرهنگ لغت بلک لا آمده است، متعهد وظیفه مبرا کردن از پاسخ‌گویی درخصوص خسارات یا دیگر مسئولیت‌ها را دارد و پاسخ‌گویی مرحله‌ای قبل از مسئولیت است، زیرا مسئولیت با رأی دادگاه احراز می‌شود. اما در شرط پذیرش مسئولیت، نقطه آغاز تعهد متعهد زمانی است که به حکم دادگاه مسئولیت متعهد احراز و اثبات شده و متعهد آن را می‌پذیرد. ضمن اینکه تعهد دفاع نیز وجود ندارد.

از طرفی، شماری از نویسندگان بر این نظرند که درج این شرط در قراردادها به معنی براءت متعهد در برابر متعهد است. لذا اگر متعهد متحمل خسارت شد یا خسارات را پرداخت کرد، بعداً می‌تواند با استناد به این شرط به متعهد^۳ رجوع کند و خسارتی را که متحمل شده یا پرداخت کرده بازپس گیرد. اما اگر متعهد تحت پیگرد قرار گرفته یا متحمل خسارت شده باشد، به دلیل وجود شرط براءت از مسئولیت^۴ نمی‌تواند به متعهد رجوع کند (Macatram, 2019, p. 5). اما این گفته چندان صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا در این استدلال^۵ Indemnity در معنای بازپرداخت یا جبران کردن در نظر

1. To absolve another party from any responsibility for damage or other liability arising from the transaction

2. Indemnity Against Liability

3. Indemnity Clause

4. Hold Harmless Clause

۵. این اصطلاح در ادبیات حقوقی ایران ترجمه‌های متفاوتی شده، اما به‌درستی می‌توان آن را به شرط پذیرش مسئولیت یا شرط پذیرش جبران خسارت تعریف کرد.

گرفته شده است که خود به تنهایی کافی است تا مانع از رجوع متعهد به متعهدله شود. در واقع، بر اساس درج این شرط، متعهد در برابر متعهدله این تعهد را برعهده گرفته است که در صورت وقوع حادثه، خسارات ناشی از آن را بپردازد. حال ممکن است پرداخت خسارات به زیان دیده مستقیم از سوی متعهد انجام شود یا ابتدا متعهدله خسارات زیان دیده را بپردازد و سپس برای بازپرداخت آن به متعهد رجوع کند (ibid.).

نتیجه آن که به نظر می‌رسد شرط مبرا کردن از مسئولیت فراتر از شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت است. این مسئله به خوبی در دعوی شرکت فارستاد و اینوایروکو (Farstad v Enviroco) ملاحظه می‌شود: در ۷ جولای ۲۰۰۲، یک کشتی تأمین دکل نفتی که تحت مالکیت شرکت فارستاد قرار داشت دچار آتش‌سوزی شد. مالک کشتی آن را به شرکت آسکو^۱ اجاره داده بود و شرکت آسکو نیز شرکت اینوایروکو را برای تمیز کردن برخی از تانکرهای روی عرشه به کار گماشته بود. به دستور آسکو، رئیس کشتی برای عزیمت به اسکله‌ای دیگر موتورها را روشن کرده بود. در همین حین، یکی از کارکنان شرکت اینوایروکو، سهواً یکی از شیرفلکه‌ها را گشود که به آتش‌سوزی منجر شد. مالک کشتی علیه اینوایروکو به علت سهل‌انگاری اقامه دعوا کرد. اما شرکت اینوایروکو شرکت آسکو را نیز مقصر می‌دانست و معتقد بود که آتش‌سوزی نتیجه سهل‌انگاری مشترک است و آسکو بایستی طبق ماده (۲) ۳ قانون ۱۹۴۰ قسمتی از خسارات را متقبل شود.^۲ طبق این ماده، اگر شخصی تمامی هزینه‌ها و خساراتی را که مسئول آن شناخته شده پرداخت کند، حق خواهد داشت بخشی از خسارات پرداختی را بنابه صلاح دید دادگاه از کسی مطالبه کند که در صورت تحت پیگرد قرار گرفتن مسئول شناخته می‌شود.^۳ اما شرکت آسکو ادعا می‌کرد، حتی در صورت سهل‌انگاری، به علت وجود «شرط پذیرش

۱. Asco UK Limited

۲. Judgment-The Supreme Court, Farstad Supply AS (Appellant) v Enviroco Limited and Another (Respondents) (Scotland), available at: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0118-judgment>, last accessed 29. Oct. 2019

۳ متن ماده مورد استناد به شرح ذیل است:

Where any person has paid any damages or expenses in which he has been found liable in any such action as aforesaid, he shall be entitled to recover from any other person who, if sued, might also have been held liable in respect of the loss or damage on which the action was founded, such contribution, if any, as the court may deem just.

مسئولیت و برائت از مسئولیت»^۱ که در ماده (۵) ۳۳ قرارداد اجاره کشتی به نفع وی درج شده، مبرا از مسئولیت خواهد بود.^۲

بنابراین، اگر شرکت اینوایروکو بتواند ثابت کند که شرکت آسکو همان شخصی است که در صورت تحت پیگرد گرفتن ممکن است در قبال همان خسارات مسئول شناخته شود، می‌تواند بخشی از خسارات پرداختی را دریافت کند. اما دادگاه چنین استدلالی را رد کرد؛ زیرا وقتی، طبق قرارداد اجاره کشتی، شرکت آسکو در برابر مالک مسئولیتی ندارد، شرکت اینوایروکو نیز استحقاق دریافت بخشی از خسارات را از این شرکت نخواهد داشت (ibid., p. 6). اگرچه شرکت اینوایروکو این استدلال را به علت بی‌اطلاعی از قرارداد اجاره کشتی ناعادلانه می‌دانست، اما دادگاه معتقد بود وقتی شرکت اینوایروکو تعهدات خویش را بنا بر قرارداد منعقد با شرکت آسکو به انجام می‌رسانده، می‌بایست از وجود و مفاد قرارداد اجاره کشتی که روابط میان مالک و اجاره‌کننده را اداره می‌کرده نیز مطلع می‌بوده است (ibid., p.7).

حال مسئله این است که آیا ماده (۵) ۳۳ قانون ۱۹۴۰ میلادی، شرکت آسکو را در خصوص آن آتش‌سوزی که به علت سهل‌انگاری وی ایجاد شده، در برابر مالک از مسئولیت مستثنا می‌کند یا خیر؟ در پاسخ گفته شده که اصطلاح Indemnify این ظرفیت را دارد که در معنایی گسترده به کار رود و هم مسئولیت و هم جبران خسارت را دربر گیرد. اما اگر معنای مضیق آن را هم مدنظر قرار دهیم، استفاده از واژه‌های defend و hold harmless معنای آن را گسترده کرده است. به نظر قاضی اوردیناری^۳ تعهد به harmless یا برائت از مسئولیت بسی فراتر از تعهد به بازپرداخت است، زیرا در واقع به معنای استثنای از مسئولیت است. ضمن این‌که در برخی متون indemnify و hold harmless معنای یکسانی پیدا کرده‌اند. برای مثال، در ویرایش دوم فرهنگ لغت آکسفورد

1. Indemnify And hold harmless

^۲ متن ماده به شرح ذیل است:

... the owner shall defend, indemnify and hold harmless the charterer, its affiliates and customers from and against any and all claims, demands, liabilities, proceedings and causes of action resulting from loss or damage in relation to the vessel (including total loss) or property of the owner, including personal property of owner's personnel or of any one from whom the owner may be responsible on the vessel, irrespective of the cause of loss or damage, including where such loss or damage is caused by, or contributed to, by the negligence of the charterer, its affiliates or customers.

۳. Ordinary

چاپ ۱۹۸۹ میلادی، این معانی برای indemnify در نظر گرفته شده است: ۱. حفاظت، حمایت، بری ساختن از هرگونه آسیب و ضرر و ازدست دادن، حمایت در برابر مسئولیت به علت دعاوی گذشته یا آتی، و وقایع یا اقدامات آتی. ۲. جبران خسارت برای ضرر و هزینه‌های متحمل شده.^۱ در اکثر قراردادهای بین‌المللی نفتی نیز این دو در کنار هم به کار رفته‌اند.

قسمت دوم: تعهد به دفاع

تعهدات مربوط به دفاع را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: یک دسته پرداخت هزینه‌های دفاع و حق الزحمه وکیل و دیگری فرایند انتخاب وکیل و حضور در جلسه دادگاه و... حال سؤال این است که آیا شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت مشتمل بر تعهد دفاع نیز هست یا خیر؟ با توجه به آنچه گفته شد، در صورتی که هدف از درج این شرط پذیرش مسئولیت باشد، مشتمل بر تعهد دفاع و هزینه‌های مربوط به آن نخواهد بود. اما اگر منظور از این شرط جبران خسارت است، به نظر می‌رسد می‌توان هزینه‌های دفاع و حق الوکاله وکیل را نیز به‌عنوان بخشی از خسارات وارده دریافت کرد (Youngblood & Flocos, 2010, p. 29)، چنانکه قانون مدنی ایالت کالیفرنیا آمریکا نیز چنین امری را مجاز می‌شمرد (Matthews, 2013, p. 22). بنابراین بهتر است هر سه شرط مبرا کردن از مسئولیت، پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت و تعهد به دفاع به صراحت در قرارداد درج شود تا از بروز هرگونه اختلافی جلوگیری به عمل آید.

بخش دوم: ماهیت شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت

تاکنون تقسیم‌بندی‌های متعددی در خصوص شروط ضمن قرارداد به عمل آمده است. بنابراین در این بخش جایگاه شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت در این تقسیم‌بندی‌ها بررسی خواهد شد.

بند اول: شروط مستقل و وابسته

منظور از شرط وابسته شرطی است که قابلیت انتزاع از قرارداد اصلی را ندارد، مثل شرط صفت. درحالی‌که شرط مستقل از عقد می‌تواند جدا از قرارداد اصلی به حیات خود

1. a) to preserve, protect, or keep free from, secure against (any hurt, harm, loss); to secure against legal responsibility for past or future actions or future actions or events; to give indemnity to.
b) to compensate (a person etc) for loss suffered, expenses incurred.

ادامه دهد، مانند شرط داوری (جمالی، ۱۳۹۴، ص ۷۴). فایده تقسیم‌بندی مذکور در این است که اگر قرارداد اصلی به علتی باطل، فسخ یا تفاسخ گردد، شروط وابسته به آن نیز منحل می‌شود، حال آن‌که اثری بر حیات شروط مستقل نمی‌گذارد.

سؤال این جاست که شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت جزو شروط وابسته است یا مستقل؟ در پاسخ باید گفت، شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت حالت بینابینی دارد، بدین معنا که در صورت بطلان قرارداد اصلی باطل می‌شود، اما در صورت فسخ یا خاتمه قرارداد اصلی لزوماً به پایان نمی‌رسد.

سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که چرا در موارد فسخ، تفاسخ یا خاتمه شرط از قرارداد اصلی پیروی نمی‌کند؟ در پاسخ باید گفت، در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان تعهدات را در دو دسته تعهدات اولیه و ثانویه قرار داد. تعهدات اولیه خواه به دلیل تصریح طرفین، خواه به حکم قانون با انعقاد قرارداد به وجود می‌آیند. اما تعهدات ثانویه در طول تعهدات اولیه‌اند و به دنبال نقض تعهدات نخستین ظاهر می‌شوند و ماهیت ضمانت اجرایی دارند.

شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت نیز جزو تعهدات ثانویه تلقی می‌شود، زیرا طی این شرط متعهد می‌پذیرد که در صورت وقوع خسارت و اثبات آن این مسئولیت را برعهده گیرد یا آن را جبران کند. به همین علت، با خاتمه قرارداد اصلی (به جز مورد بطلان که اساس این شرط را درهم می‌ریزد)، این شرط همچنان باقی می‌ماند (ایزانلو، ۱۳۸۲، ص ۲۸).

بند دوم: شروط مصرح و ضمنی

منظور از شرط مصرح شرطی است که بین ایجاب و قبول قرارداد ذکر شود. شرط ضمنی شرطی است که عرف آن را درخصوص قراردادی مقرر داشته است، به نحوی که حتی بدون ذکر در قرارداد نیز طرفین به آن متعهدند (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۴۱-۴۰). شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت از جمله شروط مصرح است که مشاهده متن قراردادهای بالادستی نفت و گاز نیز ادعای ما را اثبات می‌کند.

حال سؤال اینجا است: با توجه به این واقعیت که به شرط مذکور در بیشتر قراردادهای بالادستی نفت و گاز اشاره می‌شود، آیا می‌توان عرفی را در این زمینه استخراج

کرد و در موردی که این شرط صراحتاً مورد اشاره قرار نگرفته، قائل به ضمنی بودن این شرط بود؟ در پاسخ باید گفت، تکرار این شرط در بیشتر قراردادهای بالادستی نفت و گاز صرفاً حاکی از یک رویه است که احتمال دارد در آینده تبدیل به عرف شود. زیرا اگر واقعاً عرفی در این زمینه شکل گرفته بود، طرفین قرارداد نیازی به تصریح این شرط در قرارداد خویش نداشتند. اما در شرایط فعلی فقط می‌توان از آن به‌عنوان عادت یاد کرد.

بند سوم: شروط تبانی و الحاقی

شرط تبانی شرطی است که طرفین پیش از قرارداد بر آن توافق کرده و قرارداد را با بنای ذهنی نسبت به آن منعقد می‌کنند، بی‌آن‌که در متن قرارداد به آن اشاره‌ای شود. شرط الحاقی شرطی است که پس از انعقاد قرارداد مورد توافق طرفین قرار گرفته و بدان ملحق می‌شود (همان، ص ۴۱).

ممکن است شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت بعداً مورد توافق طرفین قرار گیرد و به قرارداد اصلی ملحق شود، اما تاکنون دیده نشده که طرفین شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت را به‌عنوان شرط بنایی در نظر گیرند و بر اساس آن قرارداد اصلی را تنظیم کنند.

بند چهارم: شروط مندرج در قانون مدنی

شروط مندرج در قانون مدنی عبارت‌اند از شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه. حال باید دید شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت در کدام دسته قرار می‌گیرد؟ به‌نظر می‌رسد اگر مقصود از این شرط، پذیرش مسئولیت از سوی متعهد باشد، باید آن را نوعی شرط نتیجه معلق دانست (همان، ص ۷۶-۷۷). توضیح این‌که داشتن مسئولیت مدنی نتیجه ورود ضرر، وقوع فعل زیان‌بار و وجود رابطه سببیت میان این دو است. بنابراین، همچنان‌که می‌توان مثلاً مالکیت را که نتیجه عقد بیع است به شکل شرط نتیجه درآورد، مسئولیت مدنی را نیز می‌توان به صورت شرط نتیجه ذکر کرد. اما شرط جبران خسارت را باید از نوع شرط فعل دانست، زیرا گفته شده که اگر خسارتی رخ دهد و در دادگاه اثبات شود، متعهد باید خسارت را جبران کند.

بنابراین دو بحث دیگر مطرح می‌شود: نخست این‌که آیا تعهد به پرداخت خسارت تعهد به وسیله است یا تعهد به نتیجه؟ ثمره بحث در این است که اگر این تعهد را تعهد

به وسیله بدانیم، متعهد در صورتی محکوم به نقض شرط می‌شود که متعهد له کوتاهی و تقصیر وی را اثبات کند؛ اما اگر آن را تعهد به نتیجه بدانیم، متعهد باید ثابت کند که به واسطه یک عامل خارجی که احتراز از آن برای وی مقدور نبوده، نتوانسته تعهد خویش را به انجام رساند. به نظر می‌رسد که تعهد به جبران خسارت از نوع تعهد به نتیجه باشد، زیرا متعهد پذیرفته خسارات وارده را جبران کند و تا زمانی که این امر تحقق نیابد، از تعهد خویش بری نمی‌شود.

نکته دیگر این است که این تعهد مستمر است یا آنی؟ باید گفت تعهد به جبران خسارت تعهدی آنی است، زیرا با انجام آن متعهد بری می‌شود، اگرچه در صورت بروز خسارتی دیگر، دوباره این تعهد تجدید و تکرار خواهد شد. از این رو برخی به این قبیل تعهدات «تعهدات استمرار یافته» گفته‌اند (لطفی، ۱۳۸۹، ص ۱۳-۱۴).

بخش سوم: آثار شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت

باید دید درج این شرط در قرارداد چه آثاری را برای طرفین و اشخاص ثالث به همراه خواهد داشت.

بند اول: اثر شرط نسبت به طرفین

ابتدا بررسی می‌کنیم که توافق بر این شرط چه اثری در روابط میان طرفین آن دارد؟ نخست این که درج این شرط به خودی خود سبب برائت متعهدله و مسئول شناخته شدن متعهد نمی‌شود، بلکه فقط برای متعهدله حقی معلق به وجود می‌آید (Gallogly, 2007, 13) که به موجب آن می‌تواند از متعهد تقاضا کند، در صورت وقوع خسارت و اثبات آن و اصدار رأی در این زمینه، مسئولیت حادثه را بپذیرد یا خسارات آن را پرداخت کند. برای متعهد نیز تعهدی معلق شکل می‌گیرد که در صورت وقوع خسارت و اثبات آن در دادگاه و اصدار رأی، مسئولیت عمل را بپذیرد یا خسارت آن را بپردازد.

دوم این که نقطه آغاز تعهد متعهد در هر کدام از این دو شرط متفاوت است. اگر منظور از این شرط جبران خسارت باشد، نقطه آغاز تعهد متعهد زمانی است که دادگاه، طی صدور حکمی، امر به پرداخت خسارت می‌کند (Indemnification & Duty to Defend Subcommittee, 2014, p. 5). اما اگر منظور از این شرط پذیرش مسئولیت

باشد، نقطه آغاز تعهد متعهد زمانی است که دادگاه طی صدور حکمی مسئولیت متعهدله را احراز می‌کند (Sartain et al., 2013, p. 3).

باید توجه داشت، اولاً رسیدگی به دعوی مسئولیت جدا از رسیدگی به دعوی پرداخت خسارت^۱ است. ثانیاً دادگاه ممکن است خوانده را مسئول بشناسد، اما حکم به پرداخت خسارت ندهد؛ چنان‌که در پرونده سکوه‌های نفتی، ایالات متحده آمریکا مسئول حادثه شناخته شد، اما ورود خسارت احراز و اثبات نشد. ثالثاً ممکن است در دادگاه خوانده مسئول شناخته شود، اما پرداخت خسارت را فرد دیگری برعهده گیرد، مانند شرط جبران خسارتی که در برخی قراردادهای بالادستی نفت و گاز همچون مصر^۲ مشاهده می‌شود که طی آن پیمانکار مسئول پرداخت خسارت خواهد بود، اگرچه مسئولیت بروز خسارت همچنان بر دوش کارفرما باقی مانده است.

مطلب آخر این‌که، اگر متعهد فقط ملزم به پذیرش مسئولیت باشد، در صورت صدور حکم به پرداخت خسارت، متعهدله باید خسارت را بپردازد؛ اما اگر شرط پرداخت خسارت شده باشد، با پرداخت از سوی متعهد، متعهدله در برابر زیان‌دیده بری می‌شود، ضمن این‌که متعهد نیز برای دریافت آنچه پرداخته حق رجوع به متعهدله را ندارد (ایزانلو، همان، ص ۸۴).

بند دوم: آثار شرط نسبت به اشخاص ثالث

این قرارداد زیان‌دیده را از رجوع به مدیون اصلی محروم نمی‌سازد و متعهدله، پس از جبران خسارات شخص ثالث، می‌تواند به متعهد رجوع کند (ایزانلو، همان، ص ۸۳). بنابراین، اگرچه زیان‌دیده می‌تواند به این قرارداد استناد کند، اما طبق اصل نسبی بودن قراردادهای طرفین نمی‌تواند در برابر ثالث به این شرط استناد کنند.

با این حال، چه از شرط پذیرش مسئولیت استفاده شود چه از شرط جبران خسارت، نقطه آغاز تعهد متعهد زمان صدور رأی از سوی دادگاه است. بنابراین حضور در جلسات دادگاه، انتخاب وکیل و فرایند دفاع بر عهده کارفرما قرار دارد، مانند آنچه در قرارداد لیبی^۳

1. Quantum

2. Article 15 of Egypt Production Sharing Contract provides that: CONTRACTOR shall entirely and solely be responsible in law toward third parties for any damage caused by CONTRACTOR's Exploration operations and shall indemnify the GOVERNMENT and/or EGAS against all damages for which they may be held liable on account of any such operations.

3. Article 27(10) of Libya Production-Sharing provides that: First Party shall notify and consult with the Second Party as regards the conduct of any proceedings relating to any such claim, losses or damage...

آمده است. از این رو ملاحظه می‌شود در متن برخی قراردادهای بالادستی نفت و گاز، مانند قرارداد مشارکت در تولید کامرون،^۱ از اصطلاح مبرا کردن از مسئولیت،^۲ جبران خسارت و تعهد به دفاع نیز استفاده شده تا بدین طریق تمامی فرایند پیگیری، حضور در دادگاه، دفاع از دعوا، مسئولیت و جبران خسارت بر عهده پیمانکار قرار گیرد.

بخش چهارم: نکات مهم تدوین شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت

در این بخش، مهم‌ترین نکاتی که باید در تدوین این قبیل شروط مد نظر قرار گیرند مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار خواهند گرفت.

بند اول: مبنای مسئولیت

نخستین مسئله‌ای که باید بررسی شود این است: موجبات اصل پذیرش مسئولیت چیست؟ مسئولیت مطلق یا محض یا مسئولیت ناشی از خطا؟ آیا ضرر و زیان حاصل از سوءنیت و قصد عمدی اضرار نیز تحت شمول این شرط قرار خواهد گرفت؟ باید گفت رویه کشورهای در این زمینه یکسان نیست، اگرچه نفس درج چنین شرطی به صورت عادت درآمده است. مثلاً در قرارداد بین‌المللی بالادستی نفتی مشارکت در تولید کشور تیمور شرقی مسئولیت پیمانکار از جنس مسئولیت مطلق است،^۳ بنابراین صرف ورود خسارت، بدون احراز رابطه سببیت، سبب مسئولیت وی می‌شود (بادینی و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۲۲). اما در قرارداد بین‌المللی بالادستی نفتی مشارکت در تولید کشور موزامبیک^۴ مسئولیت پیمانکار از جنس مسئولیت محض است، بنابراین فقط در صورت اثبات فقدان رابطه سببیت یا قوه قاهره از مسئولیت مبرا می‌شود (همان، ص ۲۱). رویکرد قراردادهای بین‌المللی بالادستی نفتی کشور عراق در این زمینه شایان توجه است.

1. Article 8(6) of Cameron Production Sharing Agreement provides that: The Contractor shall bear all the direct and indirect consequences of civil liability it incurs due to any damages caused to third parties by it in the conduct of Petroleum Operations. As such it shall indemnify, defend and hold the STATE harmless against all third party claims.

Hold harmless⁵

3. Article 19(1) of Timor-Leste Model Production Sharing Contract provides that: The Contractor shall defend, indemnify and hold harmless against the Ministry by any third party directly or indirectly in respect of Petroleum Operations, and all costs, expenses and liabilities incurred by the Ministry as a consequence Thereof.

4. Article 6(3)(a) of Mozambique Production Sharing Agreement (1998) provides that: The Contractor shall indemnify and hold the Government and ENH harmless from and against any and all claims instituted against the Government or ENH by third parties in respect of injury, loss or damage caused by the Contractor in the conduct of Petroleum Operations...

طبق بند ۲ ماده ۲۴ این قراردادها، پیمانکار مسئول کلیه خسارات وارده به اشخاص ثالث شناخته شده است. اما هزینه‌های حاصله جزو نفت هزینه محاسبه و به وی پرداخت خواهد شد، مگر هزینه‌های ناشی از سهل‌انگاری فاحش یا سوءرفتار عامدانه پیمانکار یا عامل یا پیمانکاران فرعی ایشان.^۱ به نظر برخی نویسندگان، بهتر است این شرط به گونه‌ای تنظیم شود که دربرگیرنده خساراتی باشد که پوشش بیمه‌ای ندارند، مثل خسارات ناشی از عمد (Greenfield & Todesco, 2004, p. 97).

برای مثال، در پی انفجار چاه ماکاندو^۲ در خلیج مکزیک در سال ۲۰۱۰ که انفجار دکل حفاری شرکت ترانزاوشن^۳ را در پی داشت، دعوای متعددی علیه بریتیش پترولیوم، مالک چاه، و شرکت ترانزاوشن مطرح شد (Smith, 2012, p. 10). یکی از این دعوای، دعوای دولت ایالات متحده علیه این دو شرکت به منظور جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی در دریا بود. در این دعوا، دولت ایالات متحده هر دو شرکت را به‌عنوان خواننده و مسئول خسارات طرف دعوا قرار داد؛ اما شرکت ترانزاوشن ادعا می‌کرد که، طبق قرارداد حفاری، بریتیش پترولیوم متعهد است وی را درخصوص هرگونه دعوای یا مسئولیت مرتبط با آلودگی ناشی از عملیات در زیر سطح دریا حمایت کند، حتی اگر شرکت ترانزاوشن به‌طور مطلق مسئول باشد یا آلودگی به علت سهل‌انگاری یا سهل‌انگاری فاحش وی ایجاد شده باشد. اما شرکت بریتیش پترولیوم بر این نظر بود که شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت سهل‌انگاری فاحش را دربر نمی‌گیرد (ibid., pp. 18-19). اختلاف ناشی از تفاوت متن مواد ۲۴(۲) و ۲۵(۱) قرارداد حفاری بوده است. در ماده ۲۴(۲) این قرارداد، شرکت بریتیش پترولیوم مسئولیت هرگونه خسارت، طرح دعوا، ضرر و زیان و... را در رابطه با آلودگی پذیرفته و شرکت ترانزاوشن را در این خصوص مبرا

1. ...Contractor shall indemnify and hold ROC harmless against all and any claims, actions, demands and proceedings made by third parties arising out of any loss or damage, resulting from an act or omission of Contractor and/or Operator or their Sub-Contractors in their conduct of Petroleum Operations. All costs incurred by contractor to indemnify and hold ROC harmless as aforesaid shall be considered as Petroleum Costs except in the case of Gross Negligence or Wilful Misconduct on the part of the Contractor and/or Operator or their Sub-Contractors.

۲. Macondo

۳. Transocean

ساخته بود، حتی اگر این خسارات، دعاوی، ضرر و زیان و... ناشی از خطا یا سهل‌انگاری شرکت ترانزاوشن باشد.^۱

اما در متن ماده (۱) ۲۵ قرارداد حفاری آمده بود که تعهد پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت طرفین، حتی در مواردی که فرد سهل‌انگاری فاحش نیز کرده باشد، همچنان پابرجاست.^۲ شرکت بریتیش پترولیوم با تکیه بر استدلالی فنی ادعا می‌کرد که ننگ‌جاندن سهل‌انگاری فاحش در مقابل سهل‌انگاری ساده در ماده (۲) ۲۴ قرارداد بدین معناست که ماده (۱) ۲۵ ماده (۲) ۲۴ را پوشش نمی‌دهد.

اما دادگاه بیان داشت که از قلم انداختن یک واژه برای محدود کردن زبان ماده (۱) ۲۵ قرارداد کافی نیست، زیرا محدودیت‌های خاص وارد بر ماده (۱) ۲۵ قرارداد در دیگر مواد قرارداد صراحتاً درج شده‌اند. روشن است که در دستیابی به چنین نتیجه‌ای دادگاه کل قرارداد را مجموعه‌ای یکپارچه در نظر گرفته است (ibid., pp. 20-21). بنابراین، با در نظر گرفتن سابقه مذاکرات و پیش‌نویس قرارداد حفاری، دادگاه اعلام کرد که شرکت‌های بریتیش پترولیوم و ترانزاوشن هر دو از تبحر و تجربه چانه‌زنی یکسانی برخوردار بوده‌اند و هر دو بر این که شرکت‌هایی باتجربه و متخصص‌اند و باید به آنچه انجام می‌دهند آگاهی کامل داشته باشند اصرار داشته‌اند. بنابراین استدلال شرکت بریتیش پترولیوم پذیرفته نشد.

۱. متن ماده استنادی به شرح ذیل است:

Operator [BP] shall assume full responsibility for and shall protect, release, defend, indemnify, and hold [Transocean] harmless from and against any loss, damage, expense, claim, fine, penalty, demand, or liability for pollution or contamination, including control and removal thereof, arising out of or connected with the operations under this contract hereunder and not assumed by [Transocean] in article 24.1 above, without regard for negligence of any party or parties and specifically without regard for whether the pollution or contamination is caused in whole or in part by the negligence or fault of [Transocean].

۲. متن ماده استنادی به شرح ذیل است:

... The parties intend and agree that the phrase "shall protect, release, defend, indemnify, and hold harmless the indemnified party or parties from and against any and all claims, demands, causes of action, damages, costs, expenses (including reasonable attorney's fees), judgments and awards of any kind or character, without limit and without regard to the cause or causes thereof, including preexisting conditions, whether such conditions be patent or latent, the unseaworthiness of any vessel or vessels (including the drilling unit), breach of representation or warranty, expressed or implied, breach of contract, strict liability, tort, or the negligence of any person or persons, including that of the indemnified party, whether such negligence be sole, joint or concurrent, active, passive or gross or any other theory of legal liability and without regard to whether the claim against the indemnitee is the result of an indemnification agreement with a third party.

استدلال دیگر شرکت بریتیش پترولیوم این بود که حتی اگر ماده (۲) ۲۴ قرارداد بحث سهل‌انگاری فاحش را نیز پوشش می‌داد، همچنان بی‌اثر بود، زیرا خلاف نظم عمومی است. در این خصوص، دادگاه میان دعاوی اشخاص ثالث و دعاوی دولتی تمایز قائل شد و اعلام کرد که شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت در موارد سهل‌انگاری فاحش فقط دعاوی اشخاص ثالث را دربر می‌گیرد و به دعاوی دولتی که در صدد تنبیه فرد خاطی هستند تسری نمی‌یابد (ibid., p. 22).

بند دوم: محدوده خسارات

نکته دیگری که باید در تدوین این شرط مد نظر قرار داد، تعیین محدوده خسارات قابل پرداخت^۱ است که از چند جهت باید بدان توجه شود:

نخست این که محدوده خسارات شامل چه مواردی است؟ آیا فقط خسارات وارده به اموال را دربر می‌گیرد یا علاوه بر آن مشتمل بر خسارات جانی و آسیب به محیط‌زیست نیز می‌شود؟ مثلاً در قرارداد امتیازی بالادستی نفتی کشور برزیل این خسارات به خسارات وارده به اموال و محیط‌زیست محدود شده،^۲ اما در قرارداد مشارکت در تولید نامیبیا^۳ خسارات جانی و مالی را دربر گرفته است. بنابراین، رویه یکسان نیست و در این خصوص نمی‌توان قائل به وجود عادت در میان طرفین قراردادهای نفتی بود.

دوم این که آیا متعهد، علاوه بر پرداخت خسارات مستقیم، مکلف به پرداخت خسارات غیرمستقیم، تبعی، بعید و عدم‌النتفع نیز هست؟ اصل بر این است که متعهد فقط مسئول پرداخت خسارات مستقیم است که برای وی قابل‌پیش‌بینی است. بنابراین اگر متعهدله خواهان پرداخت سایر خسارات نیز باشد باید در قرارداد ذکر شود. از جمله این خسارات می‌توان به ازدست‌دادن تولید، ازدست‌دادن محصول و ازدست‌رفتن درآمد یا سود اشاره کرد (Makarov, 2019, p. 3-4). در قرارداد خدماتی عراق برای تولید میدان‌های نفتی به صراحت درج شده است که پیمانکار تحت هیچ شرایطی مسئول

۱. نکته حائز اهمیت این که این شرط ممکن است دربرگیرنده خسارات قراردادی یا غیرقراردادی باشد که در این مقاله محدود به خسارات غیرقراردادی شده است.

2. Article 21(5) of Brazil Concession Agreement (2008) provides that: ..., the Concessionaire shall assume full and objective responsibility, for all damages and losses to the environment and third parties

3. Article 17(1)(d) Namibia Production Sharing Agreement (1998) provides that: any claim for which the Government may be liable relating to the loss of property or damage suffered or bodily injury suffered by any third party in the course of or as a result of Petroleum Operations in so far as the Company is liable to indemnify the Government

خسارات غیرمستقیم مانند ازدست‌دادن تولید یا سود نخواهد بود.^۱ در انگلستان و آمریکا عدم‌النفع ممکن است زیان مستقیم تلقی شود، بنابراین حذف خسارات غیرمستقیم لزوماً به معنی حذف عدم‌النفع نخواهد بود، اما در ایران درباره آن تردیدهایی اساسی وجود دارد؛ بنابراین لازم است در این زمینه شروط قراردادی کاملاً صریح باشند (ابراهیمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۳۸۳).

سوم این‌که آیا پیمانکار ملزم به پرداخت خسارات تنبیهی نیز هست یا خیر؟ باید دانست هدف از اصدار رأی در خصوص خسارات تنبیهی تنبیه و بازدارندگی است. معمولاً نظم عمومی می‌خواهد که پرداخت خسارات تنبیهی در نهایت بر عهده کسی قرار گیرد که مسئول واقعی خطا است. بنابراین این شرط اصولاً نباید دربرگیرنده پرداخت خسارات تنبیهی باشد، مگر این‌که رأی به خسارات تنبیهی جزو نظم عمومی تلقی نشود (Quay & Luker, 1998, pp. 375-376). برای مثال، در پرونده United States v. BP Exploration & Prod. Inc. دادگاه مقرر کرده بود که شرکت بریتیش پترولیوم نباید شرکت ترانزاوشن را از پرداخت خسارات تنبیهی یا مجازات‌های مدنی مبرا کند. قاضی باربیر^۲ بیان داشت که اگر بار جبران خسارات تنبیهی بر اساس شروط قراردادی به شخصی دیگر منتقل شود، هدف حفظ نظم عمومی و مجازات فرد خاطی عقیم خواهد ماند. در عرصه بین‌المللی نیز کنوانسیون چون کنوانسیون بین‌المللی مسئولیت مدنی در خصوص خسارات ناشی از آلودگی مصوب ۱۹۶۹ میلادی مالک کشتی را مسئول مطلق دانسته و نظام بیمه اجباری برقرار کرده است. این مسئله نشان می‌دهد که آلودگی‌های زیست‌محیطی جنبه عمومی دارد، از این رو عامل آن که نظم عمومی بین‌المللی را به هم ریخته باید تنبیه شود (ابراهیمی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۱۶۹).

با این حال در برخی قراردادهای، مانند توافق‌نامه امتیازی بالادستی نفتی کشور برزیل،^۳ مشاهده می‌شود که حتی مجازات و جریمه‌ها نیز بر دوش پیمانکار گذاشته شده است.

1. Article 24(4) of Iraq Model Producing Oil Technical Service Contract (2009) provides that: ... under no circumstances shall Contractor or Operator be liable for consequential damages such as loss of profit and loss of production.

2. Barbier

3. Article 21(5) of Brazil Concession agreement provides that: ...Concessionaire shall...indemnify the Federal Government and the ANP, pursuant to paragraphs 2.2 and 2.3, for all and any action, appeal, lawsuits or court injunctions, arbitration, auditing, inspection, investigation or disputes of any kind whatsoever, as well as any indemnifications, compensations, punishments, fines or penalties of any nature whatsoever, related to or resulting from such damages or losses.

بنابراین در این زمینه قوانین ملی کشورها تعیین‌کننده است و شاید امکان شکل‌گیری قاعده‌ای عرفی در خصوص خسارات تنبیهی وجود نداشته باشد.

چهارم این‌که اگر بخواهیم مسئولیت پیمانکار را محدود کنیم، بهتر است این محدودیت چگونه باشد؟ پرداخت برخی خسارات خاص یا تعیین سقف برای مبلغ آن (Greenfield & Todesco, 2004, p. 97)؟ در این رابطه رویکرد کشورهای چینی^۱ جالب توجه است. در این قرارداد، عملیات نفتی ملاک عمل قرار گرفته و خسارات وارده در مرحله اکتشاف بر عهده پیمانکار گذاشته شده است که به نظر می‌رسد در قراردادهای نفتی رویکرد درستی باشد، زیرا پرخطرترین مرحله در عملیات نفتی مرحله اکتشاف است و شاید این رویکرد در آینده تبدیل به عادت و در نهایت عرف صنعت نفت و گاز شود.

بند سوم: تعیین اطراف خسارت

پیمانکار مسئولیت چه کسانی را بر عهده می‌گیرد؟ در انجام عملیات نفتی اشخاص متعددی حضور دارند: گروهی کارکنان پیمانکار، گروهی پیمانکاران فرعی و دسته سوم کارمندان شرکت ملی نفت هستند که برای کارورزی یا کارآموزی وارد این قبیل فعالیت‌ها می‌شوند. حال سؤال اینجا است که آیا پیمانکار کل مسئول کلیه خسارات ناشی از عملیات هر سه گروه است یا خیر؟ مثلاً در قرارداد مشارکت در تولید میدان‌های بالادستی نفتی کشور سورینام، پیمانکار مسئول هرگونه خسارات ناشی از سهل‌انگاری محض و عمد هر شخصی قرار گرفته که در قبال وی باید پاسخگو باشد^۲ و موظف است طرف دولتی را در این خصوص از مسئولیت مبرا سازد.^۳ اما در برخی قراردادهای مشارکت

1. Article 14(2) of Syria contract provides that: Contractors shall be entirely and solely responsible in law towards third parties for any damage caused solely by Exploration Operations performed by Contractor and shall indemnify the Government against all damages for which it may be held liable on account of any such operations.

2. Article 25(3)(2) of Suriname Production-Sharing Contract provides that: Contractor is liable for any loss or damage resulting from the Gross Negligence or Willful Misconduct of Contractor, of Contractor's Sub-Contractors or their employees,..... or any other persons for whom Contractor is responsible with regard to Petroleum Operations.

3. Article 25(5) of Suriname Production-Sharing Contract provides that: Subject to and expressly limited by Sub-articles 25.3, 25.4 and 25.6, Contractor shall release and indemnify Staatsolie and its Affiliates and their respective consultants, agents, employees and directors from, and hold harmless Staatsolie and its Affiliates against all losses, damages, liabilities, costs and expenses arising under any claim, demand, action or proceeding instituted against Staatsolie or its Affiliates or their respective consultants, agents, employees or directors for any death, expense, injury, liability, loss or damage of any kind incurred or sustained in connection with or arising out of the activities of Contractor or its Sub-Contractors in respect of Petroleum Operations under this Contract.

در تولید نفتی موزامبیک،^۱ چنین صراحتی دیده نمی‌شود. نظر به این‌که پذیرش مسئولیت یا جبران خسارات وارده از جانب دیگران خلاف اصل است، پس در فرض شک در خصوص شمول پذیرش مزبور اکتفا به قدر متیقن شده و فقط کسانی مشمول آن قرار می‌گیرند که در قرارداد به‌طور صریح متعهدله نام برده شده‌اند.

مسئله دیگر این است که پیمانکار در برابر چه کسانی مسئولیت دارد؟ عموماً در قراردادهای بالادستی نفت و گاز، پیمانکار در قبال خسارات وارده به اشخاص ثالث مسئول است، اما در مواردی مشاهده می‌شود که در برابر دولت نیز مسئول شناخته شده است. برای مثال، در قرارداد آذربایجان، پیمانکار مسئول خسارات وارده به مقامات دولتی است که در بر اثر عمد پیمانکار، کارمندان آن‌ها، پیمانکاران فرعی و کارمندان آن‌ها رخ داده است.^۲ بنابراین جامعه صنعت نفت و گاز، در خصوص این مسئله که متعهد مسئولیت چه کسانی را برعهده می‌گیرد و در برابر چه کسانی مسئولیت دارد، به وفاق کلی نرسیده است. از این‌رو در این زمینه نمی‌توان به ضرس قاطع قائل به شکل‌گیری یک عادت و عرف بین‌المللی در این خصوص شد و ادعای قطعی نسبت به تحقق لکس پترولیا نمود.

بخش پنجم: شرط پذیرش مسئولیت یا جبران خسارت، در قراردادهای جدید بالادستی نفتی ایران موسوم به IPC

به نظر می‌رسد جامع‌ترین درج شروط ناظر بر Indemnity مربوط به مدل جدید قراردادهای بالادستی نفتی ایران موسوم به قراردادهای IPC باشد. در بند ۲ ماده ۲۶ این قراردادهای نفتی، پیمانکاران نه تنها شرکت ملی نفت را از هرگونه مسئولیتی مبرا می‌کنند،^۳ بلکه شرط جبران خسارت را نیز در بند ۳ ماده ۲۶ به ذی‌نفعی شرکت ملی نفت

1. Article 6(3)(a) of Mozambique Production Sharing Agreement (1998) provides that The Contractor shall indemnify and hold the Government and ENH harmless from and against any and all claims instituted against the Government or ENH by third parties in respect of injury, loss or damage caused by the Contractor in the conduct of the Petroleum Operations.

2. Article 20(2) of Azerbaijan Production Sharing Contract (2010) provides that: The Contractor Parties shall be liable to SOCAR and/or any Governmental Authority only for any loss or damage arising from their Willful Misconduct or the Willful Misconduct of their respective employees and sub-contractors, and sub-contractor's employees acting in the scope of their employment in the performance of Petroleum Operations.

3. The Contractor shall indemnify and hold NIOC harmless in respect of any liability, claim, fine, penalty or expense of whatever nature arising out of or resulting from any violation by the Contractor or its employees or personnel of any laws, rules, regulations, measures or other requirements in relation to any matter arising out of the Petroleum Operations or the performance thereof. (26.2)

می‌نمایند.^۱ علاوه بر این که پیمانکاران مزبور شرکت ملی نفت را در بندهای ۴ و ۵ ماده ۲۶ این قرارداد بی‌ضرر (harmless) قرار داده^۲ و همچنین دفاع حقوقی (defence) به ذی‌نفعی شرکت ملی نفت را در برابر ادعاها (claims) به عهده گرفته است و هزینه‌های حل و فصل اختلافات را متحمل می‌شود.^۳

نتیجه‌گیری

بررسی قراردادهای بین‌المللی بالادستی کشورهای متعددی چون برزیل، موزامبیک، آنگولا، لیبی، نامبیا، مصر، سوریه، یمن، عراق و به‌ویژه قراردادهای بالادستی جدید نفتی ایران موسوم به قراردادهای IPC، حکایت از آن دارد که شروط Indemnity چه در مفهوم مضیق و چه در مفهوم موسع، در بیشتر قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز درج شده است، بنابراین می‌شود ادعا کرد که درج شرط Indemnity یکی از مهم‌ترین شروط قراردادی به‌شمار می‌رود که به علت ضروریات خاص صنعت نفت همچون لزوم سرمایه‌گذاری‌های کلان، وجود ریسک‌های متعدد و طولانی‌بودن زمان اجرای پروژه به‌وجود آمده است. فعالان این صنعت به‌درستی دریافته‌اند که درج این شرط کمک شایانی به کاهش دعاوی و تسریع آن‌ها خواهد کرد و نقش بسزایی در صرفه‌جویی در زمان و هزینه خواهد داشت. بنابراین با به‌اشتراک‌گذاری این تجربه در میان سایر فعالان این حوزه

۱. The Contractor shall be liable to compensate NIOC for and against any and all loss or damage suffered as a result of the Petroleum Operations carried out by the Contractor and/or its subcontractor(s) or by the Iranian Operator, except for loss or damage directly caused by the negligence or willful misconduct of NIOC (26.3.)

2. The Contractor shall be liable for and shall indemnify and hold NIOC harmless from and against any and all loss or damage related to the environmental, social, safety, security and health issues (under the ESHIA requirements pursuant to Clause 13) resulting from or connected with the Petroleum Operations carried out by the Contractor or by the Iranian Operator under the Contract. (26.4.)

The Contractor shall be liable for and shall indemnify and hold NIOC harmless from and against any and all loss or damage to the equipment, wells, clusters, facilities, fixtures, installations and properties, or any part thereof, except for loss or damage directly caused by the negligence or willful misconduct of NIOC. (26.5.)

3. The Contractor shall indemnify, defend and hold NIOC harmless from any and all claims for loss or damage suffered by third parties as a result of the Petroleum Operations carried out by the Contractor and/or its subcontractor(s) or by the Iranian Operator. (26.7)

It is understood and agreed that any and all costs and expenses associated with defending, paying, compromising or otherwise settling any claims in relation to loss or damage suffered by NIOC and/or third parties as a result of the Petroleum Operations carried out by the Contractor and/or its subcontractor(s) or by the Iranian Operator and their respective representatives, personnel and agents and caused by their negligence, shall be borne by the Contractor and shall not be reimbursed by NIOC. (26.8.)

و تکرار آن در انواع قراردادهای بالادستی، رفته‌رفته تبدیل به عادت شده که شاید در آینده‌ای نزدیک مبدل به قاعده‌ای عرفی در حقوق عرفی نفت و گاز شود. باین‌حال، ادبیات حقوقی مبهم موجود در صوص مفهوم و حدود ثغور این شرط، آن را از کارایی هرچه بیشتر بازمی‌داشت که در این نوشتار تلاش شده مفهوم آن مشخص و از سایر اصطلاحات مشابه تمییز داده شود. از آنجاکه ایران نیز از کشورهای درحال توسعه نفتی به‌شمار می‌رود، بی‌تردید می‌تواند از مزایای این شرط - که اینک درج آن در قراردادهای بالادستی نفت و گاز مبدل به عادت شده - بهره‌مند شود.

منابع

- ابراهیمی، سیدنصرالله، طجرلو، رضا و هوشمند، جابر (۱۳۹۷). «حذف زیان تبعی در موافقت‌نامه‌های عملیات مشترک (م.ع.م) نفتی با تأکید بر نظام حقوقی انگلستان». *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۳، ص ۳۸۳-۴۰۰.
- ابراهیمی، سیدنصرالله، کشاورزی، غزال، کشاورز بهادری، نرگس و شریفی، شهریار (۱۳۹۶). «نقش باشگاه‌های حمایت و غرامت در جبران خسارات ناشی از آلودگی‌های نفتی». *مجله مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۳، شماره ۲، ص ۱۶۹-۱۹۲.
- ابراهیمی، سیدنصرالله، آقاسیدجعفر کشفی، مونا (۱۳۹۵). «شناسایی و ارزیابی پیامدهای زیست‌محیطی، اجتماعی، ایمنی، امنیتی و بهداشتی (ESHIA) پروژه‌های بالادستی صنعت نفت و گاز». *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۷، شماره ۱، ص ۱-۲۲.
- ابراهیم‌پور، عادل، ابراهیمی، سیدنصرالله، و باقری، محمود (۱۳۹۵). «تحلیلی بر شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت (موردکاوی قراردادهای نفت و گاز)». *مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۰، شماره ۳، ص ۱-۲۶.
- ایزانلو، محسن (۱۳۸۲). *شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- بادینی، حسن، شعبانی کندسری، هادی و رادپور، سجاد (۱۳۹۱). «مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق». *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۳، شماره ۱، ص ۱۹-۳۶.
- جمالی، مرتضی (۱۳۹۴). *شرط مستقل از عقد (مطالعه‌ای تطبیقی در حقوق داخلی و تجارت بین‌الملل)*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). *شروط ضمن عقد، حقوق مدنی*، جلد چهارم. تهران: انتشارات مجد.

- لطفی، احسان (۱۳۸۹). *تعهد به دادن اطلاعات در حقوق قراردادها*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
- Gallogly, A. J. (2007). "Indemnification Agreements and Additional Insureds under Pennsylvania Law". Available at: <http://www.margolisedelstein.com>, Last accessed 29. Oct. 2019
- Garner, B. A. (2011). Indemnify and Hold Harmless; Save Harmless, Available at: <http://www.greenbag.org>, last accessed 29. Oct. 2019
- Greenfield, D., & Todesco, J. (2004). "Fundamental Aspects of Oil and Gas Law Revisited". *Alberta Law Review*, 1, 75-111.
- Indemnification & Duty to Defend Subcommittee (2014). "An Overview of Indemnification and The Duty to Defend". Available at: <http://docs.acec.org>, Accessed 29. Oct. 2019
- King, H. A. (2019). Contractual Indemnities: Getting the Other Guy to Pay Your Legal Liability. Available at: <https://www.acc.com/resource-library/contractual-cogitator-dont-even-think-paying-other-guys-bills-massachusetts>, last accessed 29. Oct. 2019
- Macatram, G. (2019). "How Can the Indemnity Clause expand or Limit the Responsibility for Liability of the Parties in International Oil and Gas Contracts?" Available at: <https://xa.yimg.com/kq/groups>, Accessed 29. Oct. 2019
- Makarov, T. (2019). "Indemnity in International Oil and Gas Contracts: Key Features, Drafting and Interpretation". *CEPMLP Annual Review*, 12.
- Matthews, S. (2013). "Indemnification Clauses". Available at: <https://m.acc.com>, Last accessed 29. Oct. 2019
- Mckinney, S. (2015). "Indemnities in Commonwealth Contracts". *Comcover Conference*". Available at: <https://www.finance.gov.au>, Last accessed 29. Oct. 2019
- McNeely, B. (2011). "Indemnities- Beyond the Basics". Available at: <https://www.finance.gov.au>, Last accessed 29. Oct. 2019

- Quay, J. H., & Luker, L. M. (1998). "Transferring Risk by Contractual Indemnity: A View from Oil and Energy". *Defense Council Journal*, 65, 371-388.
- Sartain, C. W., Ballew, J. W., & Slater, R. (2013). *Your Fault My Fault, Their Fault, ... Does It Even Matter? Indemnification and Exculpatory Agreements in the Oil Patch*. Available at: <https://www.grayreed.com/portalresource/lookup/poid/Z1tOI9NPluKPtDNIqLMRVPMQiLsSwCZCmC3!/document>, Accessed 29. Oct. 2019.
- Smith, D. A. V. (2012). *The Enforceability of Indemnity Clauses for Oil Pollution Liability in Offshore Petroleum Contracts*. Master Thesis, Available at: <https://www.duo.uio.no>, last accessed 29. Oct. 2019.
- Swank S. E., (2014). "Clarifying the Confusing World of Indemnification, Hold Harmless and Defense Clauses". Available at: <https://www.constructionrisk.com/2014/08/clarifying-the-confusing-world-of-indemnification-hold-harmless-and-defense-clauses/>, Last accessed 29. Oct. 2019
- Thomas, J. E., & Wilson, B. M. (2005). "The Indemnity Principle: From A Financial to A Functional Paradigm". *Journal of Risk Management & Insurance*, 10(30), 1-16.
- Youngblood, D., H., & Flocos, P. N. (2010). *Drafting and Enforcing Complex Indemnification Provisions*. Available at: <http://www.klgates.com/files/Publication/>, last accessed 29. Oct. 2019

Indemnity Clause (with Emphasis on Upstream Oil and Gas Contracts)

Seyyed Nasrollah Ebrahimi,¹ Samira Gholamdokht²

Abstract

Difficulty of extraction from the depths of the earth and sea beds has made oil and gas industry the most dangerous industry in the world, so that the parties of upstream oil and gas contracts always seek to use different solutions such as indemnity clause to allocate the risks. According to indemnity clause, risks is up to the party that is more capable of managing risks. Referring to the texts of upstream oil and gas contracts especially new Iranian upstream oil and gas contracts i.e. IPC and observation of continuously repetition of this clause in the aforementioned contracts can be regarded as a practice- a step before formation of a custom rule- in the field of risk allocation in oil and gas industry that undoubtedly will be an effective step in formation of *lex petrolea* in the future. But by a survey in writings of scholars and the codifications of this clause can be founded that there is no overall consensus about the definition and scope of this clause and sometimes the scope of this clause has been confused with other similar terms. So in present article we have considered concept, nature and important notes in drafting of this provision.

Key Words: Risk allocation, Indemnity, Hold harmless, Upstream oil and gas contracts, Compensate

1. Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran; snebrahimi@yahoo.com
2. PhD in Oil and Gas Law, University of Tehran (Corresponding Author); samiragholamdokht@gmail.com