



تحلیل مقررات حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در حقوق داخلی

جعفر نوری یوشانلوئی*

آریا حاجی ابوالفتح**

چکیده

مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)، سازوکاری است که به کمک آن، بخش خصوصی و دولتی با همکاری یکدیگر، هم‌زمان به اجرای طرح‌های زیرساختی و خدمات‌رسانی دست می‌زنند. قراردادهای مشارکت یادشده، متضمن ریسک‌های متعددی هستند که از جمله شایع‌ترین و اثرگذارترین این ریسک‌ها، ریسک قانونی است. به گونه‌ای که بر اساس پژوهش‌های صورت‌گرفته در مؤسسه فریزر در مورد شاخص آزادی اقتصادی جهان، از میان ۱۴ مؤلفه‌ای که متشکل از مهم‌ترین مشکلات و موانع ساختاری و اجرایی در زمینه سرمایه‌گذاری بودند، تعدد، بی‌ثباتی و نامناسب بودن قوانین، بالاتر از دیگر مؤلفه‌ها جای دارند. با این حال، بررسی‌ها بیانگر آن است که می‌توان با بهبود و یکنواخت‌سازی قوانین حاکم بر آن‌ها، در کنار مدیریت این قبیل ریسک‌ها به کمک قید شروطی در ضمن عقد، از شدت بار منفی ریسک‌های قانونی حاکم بر این قبیل قراردادها کاست. از این رو، ریسک‌های حقوقی موجود در قوانین حاکم بر حوزه مشارکت عمومی و خصوصی در این پژوهش شناسایی شد که عمدتاً ناشی از تورم مقررات جاری، تغییرات مکرر قوانین، تناقض قوانین و مقررات، شفاف نبودن نظام حقوقی و کاستی‌های تقنینی بوده است. با بررسی تحولات نظام تقنینی حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، راهکارهایی به منظور مدیریت این ریسک‌ها پیشنهاد شد تا ضمانت‌های اجرایی کارآمد برای این گونه قراردادها پیش‌بینی شود.

کلیدواژه‌ها: ریسک، ریسک قانونی، سرمایه‌گذاری، مشارکت عمومی و خصوصی، مناقصه.

jafarnory@ut.ac.ir

*. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

** دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی پردیس البرز دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

ariahajiabolfath@yahoo.com

مقدمه

دولت‌ها در کشورهای در حال توسعه از جمله ایران برای انجام دادن پروژه‌های سرمایه‌گذاری با کمبود منابع مالی مواجه می‌شوند. به همین منظور، در راستای بهره‌مندی از توان مالی بخش خصوصی و همچنین استفاده از دانش فنی بخش یادشده به مشارکت با این بخش رغبت نشان می‌دهند. در بیش‌تر موردها، تفویض کامل یک پروژه به بخش خصوصی به علل گوناگونی میسر نیست. به همین دلیل، دولت‌ها به سمت بهره‌گیری از روش‌های ترکیبی در اجرای پروژه‌ها تمایل یافته‌اند که مشارکت عمومی و خصوصی، متداول‌ترین این روش‌هاست.

اصطلاح مشارکت عمومی و خصوصی (PPP) از نظر ماهوی، یک اصطلاح حقوقی نیست، بلکه به مفهوم عام، بیانگر هر گونه ترتیبات قراردادی بین بخش دولتی با بخش خصوصی به منظور انجام دادن اموری است که برای طرفین در طول مدت قرارداد، حقوق و تعهدات متقابل ایجاد می‌کند. ترتیبات یادشده، طیف متنوع و گوناگونی از انواع رابطه میان بخش خصوصی و بخش دولتی را برای خدمات‌رسانی در بخش زیرساخت‌های عمومی دربرمی‌گیرد. به عبارت دیگر، این نوع مشارکت از جمله اصطلاح‌هایی است که می‌تواند موضوعات مختلفی از قبیل بهداشت و درمان، صنعت نفت و گاز، آموزش و پرورش را در بر بگیرد و تنها در یکی از حوزه‌های یادشده به کار نمی‌رود، بلکه مفهومی است که در تمام این زمینه‌ها ممکن است تحقق یابد.

موضوع با اهمیت برای بهره‌مندی از این مشارکت، ریسک‌هایی است که مطابق الگوهای مورد استفاده، تغییر می‌کنند. ریسک عبارت است از امکان یا احتمال دست نیافتن به نتیجه مورد نظر یا میزان اثربخشی منفی دستاوردهای ناگوار یک رخداد بر ماحصل مقصود. ریسک‌های حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی انواع گوناگونی دارند که از شایع‌ترین این ریسک‌ها می‌توان به ریسک‌های اقتصادی، ریسک‌های بازرگانی، ریسک‌های فنی، ریسک‌های زیست‌محیطی و ریسک‌های سیاسی اشاره کرد.

افزون بر ریسک‌های نام‌برده، یکی دیگر از انواع ریسک‌هایی که در این قراردادهای مشارکت دارد و بر میزان رغبت سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران و تمایل مشارکت بخش خصوصی با بخش عمومی اثر مستقیم دارد، ریسک قانونی است؛ چون به طور طبیعی، هر سرمایه‌گذاری مایل است در جایی سرمایه‌گذاری کند که قوانینش ثبات نسبی و طول عمر مناسب داشته و به دنبال آن، آینده سرمایه‌گذاری‌اش قابل پیش‌بینی باشد. ریسک قانونی که ریسک حقوقی نیز نامیده می‌شود، از جمله ریسک‌های داخلی به شمار می‌آید و عوامل خارجی بر آن اثر چندانی ندارند.

از مصادیق مهم ریسک قانونی که به واسطه بررسی و استفسار در قوانین حاکم بر این حوزه از جمله قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) و همچنین آیین‌نامه اجرایی آن، قانون برگزاری مناقصات (۱۳۸۳) و دیگر قوانین استخراج شده‌اند، به تغییرات مکرر قوانین و مقررات، تناقض در قوانین و مقررات و تعدد قوانین می‌توان اشاره کرد. در این پژوهش، همه این موردها به طور مفصل بررسی شده‌اند.

همچنین در راستای کاهش پراکندگی قوانین و رفع خلأهای قانونی موجود در این حوزه و تعیین چارچوب قانونی مناسب برای قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، قانون‌گذار ایران قانونی با عنوان «لایحه مشارکت عمومی و خصوصی» وضع کرده است. این لایحه در سال ۱۳۹۷ به تصویب هیئت وزیران رسیده و برای پیمودن تشریفات قانونی، تقدیم مجلس شورای اسلامی شده است. اگر لایحه یادشده به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد، می‌تواند برخی از خلأها و ایرادهای قانونی در حوزه این مشارکت را برطرف سازد؛ چون در عوض بهبود بخشیدن و سازمان‌دهی مشارکت عمومی و خصوصی و کاهش ریسک قانونی این نوع قراردادهای، خود این لایحه هم ایرادهای متعددی دارد. پس از بررسی این ایرادها، راهکارهایی برای مدیریت هر چه بهتر ریسک‌های قانونی ارائه خواهیم کرد.

گفتار اول. نارسایی‌های قانونی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)

بند اول. تغییرات مکرر قوانین^۱

نخستین بار، برونٹی، کیسانکو و ودر، پژوهشگران بانک جهانی در سال‌های ۱۹۹۷^۲ و ۱۹۹۸^۳ طراحی شاخصی به منظور اندازه‌گیری میزان اعتماد به قوانین و بررسی آن در بیش از ۷۰ کشور، به این نتیجه مهم دست یافتند که کشورهایی که قوانین در آن‌ها کم‌تر قابل اعتماد است، سرمایه‌گذاری و رشد کم‌تری را تجربه می‌کنند. برخی کشورها با پدیده تغییرات بیش از اندازه و نامنتظره سیاست‌ها و تغییرات پیاپی و پیش‌بینی‌ناپذیر قوانین،

1-Frequent changes in laws. See: Jiaming Zhang, Tao Wang and Limao Zhang, "Legal Risk Assessment Framework for International PPP Projects Based on Metanetwork", Journal of Construction Engineering and Management, 2021, Vol. 147, ISSUE 8

2-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Beatrice Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector" (working paper), World Bank, 1997

3-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector", World Bank, 1998

مقررات و دستورالعمل‌ها روبه‌رویند. وجود چنین پدیده‌ای در یک کشور مترادف است با اعتمادناپذیر بودن محیط کسب و کار در آن کشور. بر عکس، ثبات نسبی و طول عمر مناسب سیاست‌ها و قوانین برخاسته از آن‌ها در یک اقتصاد و هم‌چنین قانون‌مند و پیش‌بینی‌پذیر بودن تغییرات در سیاست‌ها و قوانین، با ایجاد نوعی آرامش خاطر برای کارگزاران اقتصادی، این احساس را در آن‌ها تقویت می‌کند که در محیطی امن و پیش‌بینی‌پذیر قرار دارند.^۱ بر این اساس، تغییرات مکرر قوانین، یکی از مهم‌ترین چالش‌هایی است که هر سرمایه‌گذاری را تهدید می‌کند، به گونه‌ای که هیچ سرمایه‌گذاری مایل نیست در جایی سرمایه‌گذاری کند که قوانین آن قابل پیش‌بینی نباشد و میزان درصد ریسک تغییر در قوانین آن بالا باشد. برای مثال، در مورد درج قوانین مشارکت عمومی و خصوصی، ضمن قوانین بودجه سالانه، آوردن ضوابط مشارکت عمومی و خصوصی در قوانین بودجه سالانه، تنفیذی است از سوی مجلس برای تأمین مالی برخی طرح‌های اقتصادی دولت. با این حال، این کار به تنهایی نمی‌تواند دلیل مناسبی برای آوردن ضوابط مشارکت عمومی و خصوصی ضمن قوانین بودجه باشد؛ چون این روش دارای ماهیت بودجه‌ای و یک ساله نیست و نمی‌توان از این طریق به آن، ماهیت بودجه‌ای بخشید.

هم‌چنین هیچ سرمایه‌گذاری، حاضر به پذیرش چنین مخاطره بالایی نخواهد شد که سرمایه خود را در مسیری بلندمدت، اما دارای قوانین موقتی و یک ساله وارد سازد، به صورتی که آینده سرمایه‌گذاری‌اش به دلیل تغییرات مکرر قوانین قابل پیش‌بینی نباشد. سرمایه‌گذار در جایی سرمایه‌گذاری می‌کند که ثبات نسبی بر قوانین و شرایط موجود حاکم باشد.^۲

بند دوم. تناقض قوانین و مقررات

از دیگر مصادیق ریسک قانونی، تناقض یا تعارض قوانین و مقررات است. برای مثال، به تعارض بین قسمت ۲-۲ از بند «ب» ماده ۴ و ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرای قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ۱۳۸۱ می‌توان اشاره کرد، به این صورت که با توجه به قسمت ۲-۲ از بند «ب» ماده ۴ آیین‌نامه، دولت، ضامن خرید کالا و خدمات تولیدی یادشده است. به این ترتیب، بر لزوم تضمین خرید کالا و خدمات تولیدشده توسط دولت تصریح گردیده است. ماده ۱۱ آیین‌نامه بیان داشته است که دستگاه دولتی می‌تواند خرید کالا یا خدمات مورد نظر را در چارچوب مقررات قانونی تضمین کند. بنابراین، همان‌طور که بیان گردید، یک بار از

۱. حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین و سعید ملک‌الساداتی، «موانع نهادی سرمایه‌گذاری و کسب و کار در ایران»، پژوهش‌نامه بازرگانی، ۱۳۹۰، سال پانزدهم، شماره ۵۹، ص ۳۴.

۲. شیروی، عبدالحسین و منیره خدادادپور، «مشارکت عمومی و خصوصی از منظر قوانین ایران»، حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، دوره یازدهم، شماره ۲، ص ۲۳۴.

الزام تضمین در خرید تولیدات از جانب دولت سخن به میان آمده است و بار دیگر از اختیار دولت در تضمین خرید کالا و خدمات تولیدشده از جانب سرمایه‌گذار خارجی.

بند سوم. تعدد قوانین

فرآیند برگزاری مناقصات که رایج‌ترین شیوه برون‌سپاری تمام یا بخشی از تأمین کالا و خدمات است، در چارچوب قوانین و مقررات مربوط تحقق می‌یابد. مجموع قوانین مقررات اصلی حوزه مناقصات کشور به این شرح است:

۱. قانون برگزاری مناقصات (ابلاغ‌شده در بهمن ۱۳۸۳)؛
۲. قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۰)؛
۳. آیین‌نامه اجرایی بند (ج) ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات، موضوع تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۵/۷/۵)؛
۴. نصاب معاملات موضوع ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات (۱۳۹۴)؛
۵. آیین‌نامه اجرایی بند (ه) قانون برگزاری مناقصات، موضوع تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۵/۷/۵)؛
۶. آیین‌نامه اجرایی ماده (۲۶) قانون برگزاری مناقصات، موضوع تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۵/۷/۵)؛
۷. اصلاحیه آیین‌نامه اجرایی نظام مستندسازی و اطلاع‌رسانی مناقصات (۱۳۸۶)؛
۸. تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۷/۱/۷) درباره ضمانت‌نامه کتبی جهت قراردادها؛
۹. فهرست کالاهای پیشنهادی موضوع بند (۲) تصویب‌نامه ۱۳۸۸/۳/۶ کارگروه حمایت از تولید، موضوع تصویب‌نامه کمیسیون اصل ۱۳۸ قانون اساسی؛
۱۰. قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۴/۱۱/۲۷). همان‌طور که مشاهده می‌شود، یکی از ایرادهای حوزه مناقصات کشور، وجود انبوه قوانین و آیین‌نامه‌ها در این حوزه است.

بند چهارم. شفاف نبودن قوانین

شناسایی حق مالکانه موقتی سرمایه‌گذار (بخش خصوصی)، یکی از خصیصه‌های قانونی ناظر بر قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT) است. بر این اساس، تا وقتی که سرمایه خارجی، بازیافت و سود آن تحصیل نشده باشد، تملک طرف خصوصی بر آن مقدار از حصه‌ای که در دسترس بخش دولتی قرار دارد، ممنوع نیست و از حمایت قانون‌گذار برخوردار است. در این مورد، تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) مقرر داشته است: «مادام که

سرمایه خارجی موضوع روش‌های «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» مندرج در بند (ب) این ماده و سود مترتب بر آن مستهلک نشده است، اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقی‌مانده در بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر توسط سرمایه‌گذار خارجی مجاز می‌باشد.

از مفهوم مخالف این ماده می‌توان برداشت کرد که با اجرای هر قسمت از پروژه و بازیافت سرمایه و تحویل سود سرمایه‌گذار خارجی، وی دیگر مالکیتی بر پروژه نخواهد داشت. در انتهای مرحله ساخت، هر قسمت از پروژه که به مرحله اجرا رسیده و درآمدزا باشد، ممکن است موجب سلب حق مالکیت سرمایه‌گذار شود. این در حالی است که در مدل قراردادی یادشده، به طور معمول، مالکیت پروژه به یک باره به بخش دولتی طرف قرارداد واگذار می‌شود، نه به صورت تدریجی و پلکانی، مگر آن‌که پروژه قابلیت تجزیه‌پذیری داشته باشد.

به هر صورت، عیان است که قانون‌گذار، شفافیت لازم را در نگارش این متن نداشته است. پیش‌بینی انتقال پروژه به دولت به صورت تدریجی و آن هم در زمان کار، موجب بی‌میلی و ایجاد محدودیت برای سرمایه‌گذار خارجی می‌شود و بر میزان سرمایه‌گذاری اثر مستقیم دارد.

بند پنجم. کاستی‌های تقنینی

یکی دیگر از موانع حقوقی در مسیر جذب سرمایه‌گذاری بخش خصوصی، وجود کاستی‌های تقنینی است که نشان می‌دهد قانون به صورت کامل و جامع وضع نشده و تمامی ابعاد و مصادیق حاکم بر موضوع را در بر نگرفته است. در نتیجه، خلأهایی را در قوانین ایجاد کرده که ره‌آوردش، بی‌ثباتی در قوانین و اطمینان نیافتن بخش خصوصی برای مشارکت با بخش عمومی در کشور است.

از مهم‌ترین کاستی‌های تقنینی، پیش‌بینی نشدن و شناسایی نکردن قرارداد طراحی، تأمین، ساخت (EPC) زیر عنوان یکی از مدل‌های قراردادی سرمایه‌گذاری خارجی به شرح مندرج در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) است. این در حالی است که یکی از مزیت‌های مهم ناظر بر شیوه قراردادی یادشده، انتقال دانش و فناوری روز است. در این راستا، برخی از طرح‌های زیرساختی و توسعه به ویژه در زمینه ساخت و به مرحله بهره‌برداری رساندن نیروگاه‌های هسته‌ای در قالب قرارداد نام‌برده، از ناحیه سرمایه‌گذاری خارجی توانمند انجام می‌شود. متأسفانه، در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) و آیین‌نامه اجرایی آن، به قرارداد یادشده به عنوان یکی از ترتیبات قراردادی

۱. رستمی، ولی، مرتضی اصغرینیا و محسن نیک‌بین، «بررسی حقوقی مشوق‌های قانون و آیین‌نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ترتیبات قراردادی»، اندیشه‌های حقوق خصوصی (دانشگاه علم و فرهنگ)، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۲.

سرمایه‌گذاری خارجی تصریح نشده است. به همین دلیل، تشویق‌ها و حمایت‌های مندرج در قانون یادشده، مشمول مدل قراردادی طراحی، تأمین و ساخت (EPC) نمی‌شود.^۱

گفتار دوم. تحولات تقنینی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

بند اول. پیش از انقلاب

مداخله و کنشگری بخش خصوصی در کشور، تا پیش از سال ۱۳۳۴ و وضع قانون راجع به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی، جدای از چگونگی سازمان‌دهی، تا حدودی بدون نظارت اجتماعی جریان می‌یافت. عوامل یادشده از جمله مهم‌ترین عوامل انعقاد قراردادهای ننگین بسیاری بین دولت‌مردان ایران با اشخاص و کشورهای خارجی به شمار می‌آید. به عبارت دیگر، دولت‌مردان وقت ایران در عوض استفاده از توان بخش خصوصی برای توسعه زیرساخت‌ها و خدمات‌رسانی عمومی، ذخایر و منابع ملی را به صورت یک‌طرفه در اختیار امتیازگیرنده قرار می‌دادند. برای مثال، بر اساس قرارداد داریسی که در سال ۱۲۸۰ در زمینه نفت ایران منعقد گشت، امتیازات متعددی به طرف مقابل واگذار شد.^۲ به همین دلیل، قانون‌گذار ایران در عملی سنجیده و هم‌گام با نیاز روز جامعه، قانون راجع به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی را در سال ۱۳۳۴ وضع کرد.^۳

با وضع قانون یادشده، اولین روزنه‌های امید برای شناسایی و سازمان‌دهی مشارکت بخش دولتی و خصوصی نمایان شد. در این راستا، در ماده ۱ این قانون مقرر شده است: «اشخاص و شرکت‌ها و مؤسسات خصوصی خارجی که با اجازه دولت ایران طبق مفاد این قانون، سرمایه خود را به صورت نقد، کارخانه، ماشین‌آلات و قطعات آن‌ها، ابزار، حق‌الاختراع و خدمات تخصصی و امثال آن‌ها به منظور عمران و آبادی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و حمل و نقل به ایران وارد کنند، از تسهیلات مندرج در این قانون برخوردار خواهند شد».

بر اساس این ماده، مداخله بخش خصوصی تنها منصرف به تأمین مالی و سرمایه پولی نیست، بلکه دانش و تخصص نام‌برده نیز به عنوان یکی از ابعاد سرمایه منظور می‌شود. البته این ماده، مدل خاصی را برای مشارکت بخش دولتی و خصوصی معرفی نکرده و تنها در

۱. مشکات، سید مصطفی، مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)، مدل‌های قراردادی BOT و HAM، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۶۸.

۲. ریسی، مینا، «امتیاز داریسی»، نشریه مطالعات تاریخی، ۱۳۹۱، شماره ۳۷، صص ۲۰۳ و ۲۰۴.

۳. خزایی، حسین، «سرمایه‌گذاری خارجی در ایران و اصل ۸۱ قانون اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۷۱، شماره ۴، ص ۱۰۲.

مورد شیوه سرمایه‌گذاری خارجی در طرح‌های عمرانی و معرفی سازوکارهایی برای حمایت و جذب چنین سرمایه‌هایی تصریح کرده است.

بند دوم. پس از انقلاب

اولین بار، در سال ۱۳۷۵، یکی از مدل‌های شایع مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)^۱ پس از انقلاب ایران در متون تقنینی شناسایی شد. در آن زمان، قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات، وضع و به مرحله اجرا درآمد.^۲ بر اساس ماده ۲ این قانون، قانون‌گذار، مدل قراردادی جدیدی را با عنوان طراحی و ساخت (DB)^۳ به ادبیات حقوق اضافه کرد. این الگوی قراردادی، یکی از جلوه‌های مشارکت عمومی و خصوصی (PPP) به حساب می‌آید که به موجب آن، بخش دولتی و خصوصی با همکاری و تقسیم مسئولیت به تأمین مالی، طراحی و ساخت یک پروژه زیرساختی و خدمات‌رسانی عمومی دست می‌زنند.

با این همه، برخی نویسندگان^۴ بر این اعتقادند که قرارداد طراحی و ساخت (DB) در شمار قراردادهای داخل در حیطه مشارکت عمومی و خصوصی به حساب نمی‌آید، اما در مقابل، برخی دیگر،^۵ خلاف این نظر را دارند. عاقبت، قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۸۰، این قانون را با نگارش قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی نسخ کرد. به واسطه قانون جدید، یکی از مهم‌ترین جلوه‌های مشارکت عمومی و خصوصی یعنی قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT) به رسمیت شناخته شد.

از دیگر قوانین حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، قانون برگزاری مناقصات (۱۳۸۳) است. از اهداف اصلی این قانون، ایجاد انسجام و هماهنگی در قوانین و مقررات خریدهای دولتی است؛ چون پیش از تصویب این قانون، خریدهای دولتی، تابع قوانین و مقررات متعدد و متنوعی بودند که به دو گروه عام و خاص تقسیم می‌شدند.

علاوه بر قوانین یادشده، قانون‌گذار در قوانین برنامه پنج‌ساله پنجم و ششم توسعه و همچنین مقررات دیگری مانند قوانین بودجه رسمی کل کشور بر عنوان «مشارکت عمومی و خصوصی» (PPP) تصریح کرده است. این بحث که قانون‌گذار ایران در قوانین متعددی به

1-Public- Private Partnership (PPP, 3P, or P3).

۲. این قانون به واسطه ماده ۲۴ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی (۱۳۹۸)، نسخ صریح شده است.

3-Design and Build (DB.)

۴. شیروی و خدادادپور، پیشین، ص ۲۳۷.

۵. مشکات، پیشین، ص ۴۸.

طور پراکنده از لزوم بهره‌مندی از مشارکت عمومی و خصوصی سخن به میان آورده، اما از بیان اوصاف، قلمرو اختیارات طرفین، تعهدات طرفین و به طور کلی، شرایط اساسی این نوع مشارکت خودداری کرده است، شایسته به نظر نمی‌رسد. روشن است که به کارگیری روش مشارکت عمومی و خصوصی، ابتدائاً مستلزم تبیین چارچوب قانونی برای این نوع مشارکت است و این وظیفه مهم نیز جز با وضع مقررات کامل و شفاف امکان‌پذیر نیست. پیش‌آمد خوب در این حوزه که برای رفع خلأهای قانونی حاکم بر حوزه مشارکت عمومی و خصوصی رخ داده، تصویب لایحه مشارکت عمومی و خصوصی توسط هیئت وزیران است که برای پیمودن تشریفات قانونی، تقدیم مجلس شورای اسلامی شده است. در صورت تصویب این لایحه از جانب مجلس، تنها برخی از مشکلات و خلأهای قانونی یادشده رفع می‌شوند؛ چون این لایحه، ایرادهای متعددی دارد که به طور مفصل بررسی خواهد شد.

بند سوم. بررسی حقوقی لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)

الف) خوانش ناقص لایحه از مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)

مطابق ماده ۱۲ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (۱۳۹۸)، روش‌های بسیاری برای چنین مشارکتی پیش‌بینی شده است. با این حال، نویسندگان لایحه در تصریح به مدل‌های مهمی از قبیل قرارداد طراحی، تأمین و ساخت (EPC) و قرارداد طراحی و ساخت (DB) کوتاهی کرده‌اند. همچنین شوربختانه، طبق ماده ۱۵ این لایحه،^۱ بخش مهمی از شیوه‌های شایع و پرکاربرد مشارکت عمومی و خصوصی مانند قرارداد طراحی، تأمین و ساخت (EPC)، به خودی خود از شمول مشارکت یادشده در این لایحه خارج می‌شوند؛ چون بر اساس این ماده، بخش خصوصی، مکلف به تأمین منابع مالی احداث پروژه است. این در حالی است که طبق مدل قراردادی طراحی، تأمین و ساخت (EPC)، تأمین مالی احداث پروژه بر عهده بخش دولتی است.^۲ در نتیجه، این مدل قراردادی و دیگر مدل‌های قراردادی مشابه آن از حیطة حکومت این لایحه خارجند و از بهره‌مندی از احکام آن محروم می‌مانند.

۱. همان، ص ۵۳.

۲. به موجب ماده ۱۵ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی، مصوب ۱۳۹۸: «تأمین مالی پروژه بر اساس قرارداد مشارکت به عهده طرف خصوصی و شرکت پروژه است و طرف عمومی در چهارچوب مفاد قرارداد مشارکت، مساعدت لازم را برای تسهیل و تسریع در فرآیندهای اجرایی تأمین مالی اعم از اخذ مجوزهای مورد نیاز و اخذ تسهیلات، تأمین مالی از بازار سرمایه و توثیق پروژه و قرارداد مشارکت و تضامین آن برای دریافت تسهیلات به عمل می‌آورد.»

ب) ضعف‌های شورای راهبری

با توجه به ماده ۵ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (۱۳۹۸)، شورای ملی راهبری با ترکیب پیش‌بینی‌شده در لایحه نمی‌تواند کارآیی مورد انتظار را داشته باشد؛ چون از یک طرف، موضوع جلسات این شورا، تخصصی است و نیازمند آگاهی کامل از اطلاعات جزئی پروژه‌ها و بخش‌ها. از طرف دیگر، برخی اعضای مؤثر شورا مانند وزیر امور اقتصادی و دارایی، رئیس سازمان برنامه و بودجه، رئیس اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران و هم‌چنین دیگر اعضا به طور طبیعی، فرصت و تمرکز لازم را برای شرکت در جلسات و بررسی دقیق و عمیق محتوای پیشنهادها ندارند که این موضوع، کیفیت مصوبات این نهاد را به طور معناداری کاهش می‌دهد.^۱ حتی به عقیده برخی، ساختار شورای راهبری ملی از آن دسته از شوراهایی است که هیچ وقت تشکیل نمی‌شود؛ چون ترکیب اعضای آن را از مقامات بالا در نظر گرفته‌اند که تشکیل این شورا در عمل ناممکن است.^۲

ج) ارجاع ندادن کار و بهره‌مندی از قانون مناقصات

ماده ۱۰ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (۱۳۹۸)، موضوع بسیار مهم فرآیند انتخاب طرف خصوصی (ارجاع کار) را به آیین‌نامه احاله داده است که منطقی و قابل قبول نیست؛ چون اهمیت این موضوع ایجاب می‌کند که ابعاد یا رئوس آن در قانون شرح داده شود. از این رو، ذکر نکردن ساختار و ابعاد کلی و صرفاً ارجاع آن به آیین‌نامه را نمی‌توان قابل قبول دانست. به همین دلیل، لایحه پیش رو، در موضوعات تشکیل قراردادهای مشارکت و شناسایی طرف خصوصی منتخب، تعیین حدود امتیازات و هم‌چنین اعطای امتیازات (مثل اراضی پروژه‌ها)، نیازمند قانون‌گذاری شفاف و ابهام‌زدایی است؛ زیرا واگذاری درازمدت طرح‌ها، اموال و دارایی‌ها بدون فرآیندی شفاف و قاعده‌گذاری مجلس مخاطره‌آمیز است. افزون بر آن، از نظام قانونی حوزه مناقصات نیز که ترتیبات قانونی دارد، می‌توان بهره‌مند شد. این حوزه شامل قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه معاملات است، در حالی که این لایحه به قوانین و مقررات این حوزه نپرداخته است.^۳ هم‌چنین ماده ۳ این لایحه به راحتی

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، اظهارنظر کارشناسی درباره «لایحه مشارکت عمومی و خصوصی»، تهران: معاونت پژوهش‌های اقتصادی، دفتر مطالعات مالیه عمومی و توسعه مدیریت و دفتر مطالعات حقوقی، ۱۳۹۹، ص ۵.

۲. هداوند، مهدی، «سومین نشست راهبرد ایرانی با موضوع بررسی حقوقی مدل قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی»، مجله راهبرد ایرانی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۴.

۳. همان، ص ۱۵۵.

می‌تواند زمینه ایجاد فساد در این نوع قراردادها شود؛ چون با وجود قوانین متعدد به ویژه قوانین نام‌برده، از هیچ کدام پیروی نمی‌کند و هیچ پشتوانه‌ای ندارد. در همین راستا، این پرسش مهم پیش می‌آید که چه سازوکاری به عنوان جای‌گزین تمام قوانینی که تاکنون تصویب شده است، مستقر خواهد شد؟

متأسفانه، در طول مدت چهار سال فرصت مطالعه این لایحه، هیچ سازوکار قابل اعتمادی برای روش‌های جای‌گزین برای فرآیند ارجاع کار ارائه نشده است. بی‌تردید، شیوه‌های نگارش مواد یادشده، تأمین‌کننده حقوق قوه مقننه و صرفه و صلاح اموال و دارایی‌های عمومی نیست. به نظر می‌رسد این مورد یکی از ایرادهای جدی لایحه مشارکت عمومی و خصوصی است.^۱

د) محدود کردن طرف خصوصی طبق تعریف ارائه‌شده در لایحه

با توجه به تعریفی که طبق بند ۴ ماده ۱ لایحه از طرف خصوصی ارائه شده است، طرف خصوصی بسیار محدود یا به عبارت صحیح‌تر، مضیق پیش‌بینی شده است. بر اساس این تعریف، اگر یک درصد از سهام اشخاص، حتی به صورت غیر مستقیم به یکی از طرف‌های عمومی نام‌برده در بند یادشده تعلق داشته باشد، دیگر نمی‌توان وی را به عنوان طرف خصوصی در نظر گرفت. به این ترتیب، با توجه به ساختار اقتصادی ایران، اشخاصی که بتوانند با در نظر گرفتن این تعریف، طرف خصوصی تلقی شوند، بسیار اندک خواهند بود.

ه) تشدید نابرابری اجتماعی

از دیگر ایرادهای جدی لایحه مشارکت عمومی و خصوصی آن است که نابرابری‌ها را تا حد زیادی تشدید می‌کند؛ زیرا زمانی که پروژه‌ای از طریق این نوع مشارکت احداث می‌گردد، هزینه و سود آن در دوره بهره‌برداری از جانب مصرف‌کنندگان پروژه (مردم) به دست می‌آید. این سخن به آن معناست که بسیاری از افراد به دلیل ناتوانی در پرداخت این هزینه‌ها، قابلیت بهره‌مندی از این نوع پروژه‌ها را نخواهند داشت. به اصطلاح این نوع پروژه‌ها تا حدودی گرایش‌های سرمایه‌داری دارند. در نتیجه، در این قبیل پروژه‌ها که از طریق مشارکت پیش‌گفته احداث می‌شوند، برخی از اصول حاکم بر خدمات عمومی مانند اصل رایگان بودن این نوع خدمات نقض می‌شود؛ چون دیگر دسترسی برابر به خدمات عمومی وجود ندارد و بهره‌مندی از این خدمات تنها با پرداخت هزینه امکان‌پذیر است. به همین دلیل، جوامع پیشرو در حوزه قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، در رویکردی جدید، بخش اجتماعی را نیز به این قراردادها افزوده‌اند. در همین راستا، امروزه صحبت از

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، پیشین، ص ۵.

مشارکت‌های عمومی، اجتماعی و خصوصی (PSPP)^۱ است و این جوامع در پی تقویت بعد اجتماعی قراردادهای یادشده هستند. بر همین اساس، برای به دست آوردن هزینه‌های سرمایه‌گذاری و سود در دوره بهره‌برداری، نرخ ترجیحی تعریف می‌کنند. این موضوع در این لایحه وجود ندارد و بر عکس، رویکرد سرمایه‌داری آن بیش‌تر به چشم می‌خورد.^۲

گفتار سوم. راهکارهای رفع چالش‌های قانونی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

بند اول. یکنواخت‌سازی مقررات حاکم بر قراردادها

در راستای برطرف ساختن برخی ریسک‌های قانونی موجود در قوانین حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی نظیر تعدد قوانین و تغییرات مکرر قوانین باید مقررات حاکم بر این حوزه را یکنواخت ساخت تا با ایجاد ثبات نسبی و افزایش طول عمر مناسب قوانین بتوان اعتماد سرمایه‌گذاران و بخش خصوصی را جلب کرد. یکی از گام‌های مهم برای دستیابی به این مهم، انشای لایحه مشارکت عمومی و خصوصی است که برای پیمودن تشریفات قانونی تقدیم مجلس شده است و بیش‌تر بررسی شد.

افزون بر این، شایسته است با افزایش تعامل سازنده با سازمان بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (یونیدروا)^۳ بتوان به یکنواخت‌سازی این قوانین کمک کرد؛ چون هدف اصلی این سازمان، تهیه طرح قراردادهای بین‌المللی و قوانین یکنواخت در زمینه حقوق خصوصی و هم‌چنین تحقیق در روش‌های اجرای این قوانین است. این سازمان، قوانین تنظیم‌شده خویش را در قالب یک پیش‌نویس به دولت‌ها عرضه می‌کند تا در صورت تمایل آن‌ها، به سندی بین‌المللی تبدیل شود. البته با توجه به کندی روند تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی، دولت‌ها می‌توانند هم‌گام با تحولات بین‌المللی، مفاد قواعد تنظیم‌شده را در قوانین داخلی خود وارد کنند.^۴

1-Public – Social – Private Partnership (PSPP).

همان‌طور که می‌دانید، توسعه ملی در کشورهای جهان سوم بیش از هر چیز به مشارکت اجتماعی و فعال افراد جامعه وابسته است. نبود این نوع مشارکت و وفای اجتماعی، زمینه برخورد، اختلاف و تضاد را در میان عملکرد بخش‌های مختلف (خصوصی و عمومی) جامعه فراهم می‌کند. از این رو، نگرش برنامه‌ریزان باید معطوف به افزایش نقش مشارکت‌های مردمی در فرآیند توسعه و به ویژه در زمینه‌های اجتماعی، سیاسی و اقتصادی باشد. تدوین راهبردی مبتنی بر سازمان‌دهی مردمی در رابطه با سیاست‌ها و خط‌مشی‌هایی که در جهت کسب حداکثر مشارکت مردم تنظیم می‌شود، از اهمیت و ضرورت خاصی برخوردار است.

۲. هداوند، پیشین، ص ۱۵۴.

3-UNIDROIT.

۴. جعفری، کورش، «جایگاه ایران در مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (یونیدروا) و نگاهی به آینده»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۲۵، ص ۲۱۸.

بند دوم. مدیریت ریسک‌های قانونی در قراردادها

گاهی پیش می‌آید که دولت میزبان برای هم‌گام‌سازی شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی با خود، با توسل به اعمال مداخله‌جویانه، رفتارشان را دست‌خوش تغییراتی می‌کند. برخی از این رفتارهای دولت سرمایه‌پذیر به علت ناآگاهی و علم نداشتن به حقوق و تعهدات خویش است.^۱ برای نمونه، قزاقستان در سال ۱۹۹۰، قراردادی را پذیرفت که مفاد آن را بررسی نکرده بود. به همین علت، چندی بعد، خلاف جهت شروط قراردادی، بهای مالیات‌ها را افزایش داد.^۲ این گونه اعمال مداخله‌جویانه به دلیل تغییر در قوانین یا وضع مصوبات جدید رخ می‌دهد که برخی از آن‌ها را بررسی می‌کنیم و برای مدیریت این قبیل ریسک‌ها، پیشنهادهایی خواهیم داد.

الف) عوارض و مالیات‌ها

تمامی دولت‌ها از دیرباز تا کنون برای تأمین هزینه‌های خود، از اشخاص حقیقی و حقوقی، مالیات‌های مختلف می‌گیرند. برای مثال، کشورهای نفت‌خیز با گرفتن مالیات‌های گوناگون از شرکت‌های نفتی خارجی تلاش می‌کنند تا بابت بهره‌مندی آن‌ها از این میدان‌های نفتی، درآمد بیشتری کسب کنند. پیش‌بینی مالیات‌های سنگین نیز می‌تواند از سرمایه‌گذاری شرکت‌های خارجی در کشور سرمایه‌پذیر جلوگیری کند.^۳ به همین دلیل، کشورها در راستای جذب سرمایه‌گذاران خارجی تلاش می‌کنند با التفات و انعطاف بیشتری در مورد امور مالیاتی تصمیم بگیرند.

در مقوله سرمایه‌گذاری، همواره این ریسک برای سرمایه‌گذار وجود دارد که دولت سرمایه‌پذیر هنگام اجرای پروژه قراردادی، قوانین و مقررات مالیاتی خود را تغییر دهد و بر منافع سرمایه‌گذار اثر بگذارد. در همین راستا و برای کنترل ریسک مالیاتی یادشده، طرفین قرارداد می‌توانند با موافقت یکدیگر، شرط‌هایی در قرارداد درج کنند. مثلاً می‌توانند ضمن قرارداد بیان کنند که این قرارداد از قانون مالیاتی جدید معاف باشد و به این طریق با تصریح این شرط در ضمن قرارداد از روی دادن مشکلات بعدی جلوگیری کنند.^۴

۱. درام، متین، **نفت بی خطر**، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۲، ص ۱۳۴.

2-Cameron D., Peter, Stabilization, Changes & Contracts Investment in for Tools: Countries Host in Rules of Association, Investors Gas & Oil Petroleum International, UK, Negotiations, 2006, p. 22

3-Downie, David, Contractual Risk Allocations: Using Warranties, Exclusions, Indemnities and Insurance Provisions to Mitigate and Manage Risk, California: Create Space Publisher, 2012, No. 3

۴ پدرام، پیشین، ص ۱۳۹.

ب) گمرک

در طول مدت احداث پروژه تا قبل از مرحله بهره‌برداری، همواره این ریسک وجود دارد که دولت سرمایه‌پذیر به واسطه افزایش تعرفه واردات، ادامه روند پروژه را دچار مشکل سازد و صرف هزینه‌های بیش‌تری را بر سرمایه‌گذار تحمیل کند.^۱ ممکن است این افزایش تعرفه در راستای حمایت از تولیدات داخلی صورت گرفته باشد، اما در این صورت نیز احتمال می‌رود که جای‌گزین‌های داخلی، کیفیت مطلوب برای کسب کارآیی مورد نظر را نداشته باشند. در نتیجه، در حال حاضر، با توجه به توانایی تولیدکنندگان داخلی در زمینه تولید برخی تجهیزات و کالاها می‌توان قراردادهای را به صورت مشروط منعقد ساخت، به گونه‌ای که می‌توان شرط کرد اگر تجهیزات و کالاهای داخلی در قیاس با نمونه خارجی آن، توانایی رقابت از نظر کیفیت، قیمت و مدت زمان تحویل را داشته باشند، سرمایه‌گذار موظف است آن کالا را از تولیدکنندگان داخلی تهیه کند.

برخی سرمایه‌گذاران خارجی در راستای تأمین مالی پروژه، از آژانس اعتبار صادراتی دولت خود وام می‌گیرند و مکلف می‌شوند خریدهای مورد نیاز را از کشور خود انجام دهند. به همین دلیل، نباید به سرمایه‌گذاران خارجی در این زمینه بیش از اندازه سخت گرفت و فشار آورد.^۲

ج) سلب مالکیت در پروژه‌های نفتی

ریسک سلب مالکیت، یکی از ریسک‌های مهم و عمده در صنعت نفت به شمار می‌رود؛ چون منابع نفتی، بیرون از کشورهای سرمایه‌گذاران خارجی و صاحبان فناوری هستند. در مقابل، سرزمین‌های نفت خیز بر پایه اقتصاد دولتی بنا شده‌اند و دولت در این کشورها در بسیاری از حوزه‌ها مداخله می‌کند.^۳ یکی از راهکارهایی که دولت‌های میزبان سرمایه برای کاهش ریسک یادشده و ایجاد اطمینان خاطر برای سرمایه‌گذاران خارجی پیش‌بینی کرده‌اند، انعقاد موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذار خارجی است. در این گونه توافق‌نامه‌ها، مفادی برای سلب مالکیت گنجانده می‌شود. ماده ۱۳ معاهده منشور انرژی که ایران نیز آن را امضا کرده است و ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰)، چگونگی و تحدید شرایط سلب مالکیت را بیان کرده‌اند.

1-Hoffman. L Scot: The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors
.Lawyers, and Project Participants, Cambridge University Press; 3rd edition (October 22, 2007), p,70, cit. op

۲. پدram، پیشین، ص ۱۴۱.

3-Foster. K George, Managing Expropriation Risks in the Energy Sector, 23 J. Energy & Nat. Resources L. 36 (2005),
p.38, cit. op

اگر طرفین قرارداد در خصوص شرایط سلب مالکیت با هم دچار اختلاف شوند، مثلاً سرمایه‌گذار خارجی معتقد باشد که سلب مالکیت به قصد تبعیض صورت گرفته است، به این اختلاف باید بر اساس تبصره ۲ ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و ماده ۱۹ این قانون رسیدگی شود. گویا این ماده نیز برای سرمایه‌گذار خارجی بدون ریسک نیست؛ چون بر اساس این ماده، اگر تنش‌ها با مذاکره از بین نرود، این اختلاف را باید در دادگاه‌های داخلی اقامه کرد. بر این اساس، اگر توافق‌نامه‌ای دوجانبه برای انعقاد قرارداد پیش‌بینی نشده باشد، پیمانکار باید هنگام انعقاد قرارداد با دولت ایران، شرط داوری را تصریح کند.

بند سوم. پیش‌بینی ضمانت اجراهای کارآمد برای قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

ضمانت اجرا، قدرتی است که برای به کار بستن قانون از آن استفاده می‌شود تا به کمک آن، قراردادها و عقود مختلف در چارچوب قانون انجام گیرد و موارد مندرج قانون از سوی طرفین در انعقاد آن‌ها رعایت شود. در غیر این صورت، در برخی موارد، رعایت نشدن شرایط قانونی موجب می‌شود که قرارداد یا عقد انجام‌گرفته، از نظر قانون، باطل تلقی شود یا قدرت اجرایی نداشته باشد.

با وجود توجه قانون‌گذار به وضع ضمانت اجرا برای قوانین مصوبه، در قوانین مختلف با مواردی مواجه می‌شویم که ضمانت اجرایی ندارند. این امر گاهی به دلیل مسامحه قانون‌گذار است و گاهی نیز به دلیل شرایط خاص آن موضوع، وضع ضمانت اجرا برای آن میسر نیست. این به معنی بی‌اثر بودن آن بخش از قوانین نیست و در هر حال، همواره آثاری بر قانون مترتب است. برای مثال، بر اساس تبصره ۳ ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات (۱۳۸۳)، «مبلغ یا برآورد معاملات مشمول هر یک از نصاب‌های فوق نباید با تفکیک اقلامی که به طور متعارف، یک مجموعه واحد تلقی می‌شوند، به نصاب پایین‌تر برده شود». با این حال، ضمانت اجرایی برای نقض آن در نظر گرفته نشده است.^۱ پس شایسته است ضمانت‌های اجرایی مناسبی اعم از فسخ یا بطلان قرارداد برای مواردی که ضوابط حاکم رعایت نمی‌شوند، در قوانین پیش‌بینی شوند.

۱. خالقی، ابوالفتح و مهدی فضلی، «کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۲۳، ص ۱۳.

نتیجه گیری

مصادیق متعددی از ریسک قانونی از قبیل تعدد قوانین و مقررات، شفاف نبودن قوانین و نبود چارچوب قانونی در قوانین حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی وجود دارد که همین امر موجب دل‌سردی و کاهش تمایل سرمایه‌گذاران و بخش خصوصی در زمینه سرمایه‌گذاری و مشارکت در چنین پروژه‌هایی می‌شود. لازمه جذب سرمایه‌گذاران برای سرمایه‌گذاری در کشور و تن دادن به چنین مشارکتی، وجود ثبات نسبی در قوانین و مقررات، شفافیت قوانین و به طور کلی، ایجاد بستری ایمن است تا سرمایه‌گذاران با خاطری آسوده و آینده‌ای قابل پیش‌بینی سرمایه‌گذاری کنند.

ریسک، امری جداناپذیر از قراردادهاست، به گونه‌ای که بیش‌ترین زمان در مذاکرات قراردادی، به موضوع تخصیص ریسک اختصاص پیدا می‌کند. در راستای مدیریت این ریسکها به ویژه ریسک‌های قانونی، راهکارهایی بیان کردیم. پروژه‌های موضوع قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی از نظر مدت زمان اجرا، نیازمند صرف بازه زمانی طولانی هستند و تا سال‌ها به طول می‌انجامند. پس همیشه این ریسک برای سرمایه‌گذاران این پروژه‌ها وجود دارد که قوانین کشور میزبان دست‌خوش تغییراتی گردد که برایشان خوشایند نباشد و موجب صرف هزینه‌هایی بیش از هزینه‌های پیش‌بینی شده گردد یا انجام پروژه را به تعویق اندازد یا ادامه پروژه را ناممکن سازد. ریسک افزایش تعرفه‌های عوارض و مالیاتی کشور میزبان، ریسک افزایش نرخ‌های گمرکی یا ریسک ملی شدن و سلب مالکیت به ویژه در پروژه‌های نفتی، نمونه این گونه ریسک‌هاست.

برای کنترل و مدیریت چنین ریسک‌هایی می‌توان از شروط ضمن عقد بهره جست. برای مثال، می‌توان با توافق طرفین، در ضمن قرارداد تصریح کرد که این قرارداد، از قانون مالیاتی جدید معاف باشد و این گونه از ایجاد مشکلات در آینده جلوگیری کرد. برای جلوگیری از سلب مالکیت تبعیض‌آمیز نیز می‌توان موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذار خارجی منعقد کرد؛ چون در این گونه توافق‌نامه‌ها مانند معاهده منشور انرژی، مفادی در مورد سلب مالکیت وجود دارد. هم‌چنین ضمن این موافقت‌نامه می‌توان با توافق طرفین شرط کرد که در صورت بروز تنش و اختلاف در این رابطه، یک مرجع بی‌طرف به آن رسیدگی کند. اگر چنین توافق‌نامه دوجانبه‌ای به منظور انعقاد قرارداد پیش‌بینی نشده باشد، پیمانکار باید هنگام انعقاد قرارداد با دولت ایران، بر شرط داوری تصریح کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پدرام، متین، **نفت بی خطر**، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۲.
۲. صادق‌مقدم، محمدحسن، **حقوق بیمه (جلد ۱)**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.
۳. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، **اظهار نظر کارشناسی درباره «لابحه مشارکت عمومی و خصوصی»**، تهران: معاونت پژوهش‌های اقتصادی، دفتر مطالعات مالیه عمومی و توسعه مدیریت و دفتر مطالعات حقوقی، ۱۳۹۹.
۴. مشکات، سید مصطفی، **مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)**، مدل‌های قراردادی BOT, EPC و HAM، تهران: میزان، ۱۴۰۰.

ب) مقاله

۱. باقری، محمود و عادل ابراهیم‌پور استنجان، «**تحلیلی بر شرط پذیرش مسئولیت/ جبران خسارت و انتقال آن به بیمه‌گر**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۶، دوره چهل و هفتم، شماره ۴.
۲. جعفری، کورش، «**جایگاه ایران در مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (یونیدروا) و نگاهی به آینده**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۲۵.
۳. جوان‌دل جانان‌لو، فرخ و منصور احمدنژاد، «**قواعد حاکم بر بیمه‌نامه‌های عملیاتی توسعه میادین نفتی فراساحل**»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۴، سال اول، شماره ۲.
۴. حاجیان، محمدمهدی و سیده شیدا سلیمی، «**مدیریت و توزیع کارآمد ریسک در قراردادهای نفت و گاز از طریق شروط قراردادی**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۴۴.
۵. حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین و سعید ملک‌الساداتی، «**موانع نهادی سرمایه‌گذاری و کسب و کار در ایران**»، پژوهش‌نامه بازرگانی، ۱۳۹۰، سال پانزدهم، شماره ۵۹.
۶. خالقی، ابوالفتح و مهدی فضلی، «**کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD**»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۲۳.
۷. خزایی، حسین، «**سرمایه‌گذاری خارجی در ایران و اصل ۸۱ قانون اساسی**»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۷۱، شماره ۴.

۸. رستمی، ولی، مرتضی اصغر نیا و محسن نیک‌بین، «بررسی حقوقی مشوق‌های قانون و آیین‌نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ترتیبات قراردادی»، اندیشه‌های حقوق خصوصی (دانشگاه علم و فرهنگ)، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۲.
۹. ریسی، مینا، «امتیاز داری»، نشریه مطالعات تاریخی، ۱۳۹۱، شماره ۳۷.
۱۰. شیروی، عبدالحسین و منیره خدادادپور، «مشارکت عمومی و خصوصی از منظر قوانین ایران»، حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، دوره یازدهم، شماره ۲.
۱۱. ماکویی، احمد، ایرج مهدوی و فاطمه فرخیان، «تخصیص مناسب ریسک به کارفرما و پیمانکار در اجرای پروژه‌ها»، مقاله ارائه‌شده در چهارمین کنفرانس بین‌المللی مدیریت پروژه تهران، پورتال جامع علوم انسانی، ۱۳۸۷.
۱۲. هداوند، مهدی، «سومین نشست راهبرد ایرانی با موضوع بررسی حقوقی مدل قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی»، مجله راهبرد ایرانی، ۱۳۹۹.

ج) پایان‌نامه

۱. خرمیان اصفهانی، امین، «جبران خسارت قراردادی در پرتو تخصیص ریسک قراردادهای (بالادستی) نفت و گاز»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
۲. دیلمی، شیوا، «تخصیص ریسک در حقوق قراردادهای»، پایان‌نامه دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۶.
۳. صفری، عطیه، «شناسایی و بیمه مخاطرات (ریسک) توسعه و بهره‌برداری میدین نفت و گاز فراساحلی با تکیه بر چهارچوب قراردادی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشگاه تهران، ۱۳۹۵.

2-Latin Source

- 1-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Beatrice Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector" (working paper), World Bank, 1997
- 2-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector", World Bank, 1998
- 3-Cameron D., Peter, Stabilization, Changes & Contracts Investment in for Tools: Coun-

tries Host in Rules of Association, Investors Gas & Oil Petroleum International, UK, Negotiations, 2006

4-Downie, David, Contractual Risk Allocations: Using Warranties, Exclusions, Indemnities and Insurance Provisions to Mitigate and Manage Risk, California: Create Space Publisher, 2012, No. 3

5-Foster. K George, Managing Expropriation Risks in the Energy Sector, 23 J. Energy & Nat. Resources L. 36 (2005)

6-Hoffman. L Scot: The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants, Cambridge University Press; 3rd edition (October 22, 2007)

7-Jiaming Zhang, Tao Wang and Limao Zhang, "Legal Risk Assessment Framework for International PPP Projects Based on Metanetwork", Journal of Construction Engineering and Management, 2021, Vol. 147, ISSUE 8



Analysis of the rules governing public-private partnership agreements in domestic law

Jafar Noury*

Aria Hajiabolfath**

Abstract: Public- Private Partnership (PPP) is a mechanism by which the private sector and the public sector work together to implement infrastructure projects and provide services. The aforementioned partnership contracts involve several risks, among which the most common and most effective risks are legal risks, based on the research conducted by the Fraser Institute in relation to the world economic freedom index, among the 14 components that consist of major problems and obstacles. were structural and executive in the field of investment, the multiplicity, instability and inappropriateness of laws are higher than other components. However, the studies show that it is possible to reduce the severity of the negative burden of legal risks governing such contracts by improving and standardizing the laws governing them, along with managing such risks with the help of conditional clauses in the contract.

Therefore, the legal risks in the laws governing the field of public-private partnership were identified in this research, which were mainly caused by the inflation of current regulations, frequent changes of laws, contradictions of laws and regulations, lack of transparency of the legal system, and legislative deficiencies. Finally, by examining the changes in the legislative system governing public-private partnership contracts, solutions were presented and suggested to manage these risks in order to guarantee efficient executions for such contracts.

Keywords: Risk, legal risk, Investment, Public- Private Partnership.

*. Associate Professor, faculty of law and political science, University of Tehran, Tehran, Iran.
jafarnory@ut.ac.ir

** . Ma.in Private Law, University of Tehran, Alborz Campus (Corresponding Author)
riahajiabolfath@yahoo.com