

Research Paper

Jurisprudential Examination of the BRT Contract Based on Imamiyyah Jurisprudence and the Relevant laws of Iran and Explaining its Geopolitical Dimensions.

Mostafa Ghasemzadeh Momen¹, Alireza Asgari ^{*2}, Ahmad Moradkhani³

1. PhD student, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

ARTICLE INFO

PP: 199-219

Use your device to scan and
read the article online



Keywords: *BRT contract, Imami Jurisprudence, Iran, Subject Law.*

Abstract

One of the solutions to the problem of providing capital for the implementation of construction projects is the use of joint investment contracts. The BRT method is one of the joint investment methods that stands for build, rent and transfer. In this method, the project belongs to the government and the investor builds or in other words injects capital, a certain period of time is defined as the period of participation, and if the project revenues are deposited into the account of the host government, during the period of participation, a certain and fixed amount will be paid. The investor receives rent from the government. Of course, it goes without saying that the reverse of this issue is also true, that is, if the project revenues are deposited into the investor's account, a certain and fixed amount is paid by the investor to the investor, and after the end of the participation period, the entire project will belong to the government, and the investor He gives up the place. And the investor hands over the place.

Citation: Ghasemzadeh Momen, M; Asgari, A R; Moradkhani, A (2023). **Jurisprudential Examination of the BRT Contract Based on Imamiyyah Jurisprudence and the Relevant laws of Iran and Explaining its Geopolitical Dimensions..** Geography(Regional Planning), 13(52), 199-219.

DOI: 10.22034/JGEOQ.2024.256649.2809

DOR:

* **Corresponding author:** Alireza Asgari, **Email:** alireza.asgari88@gmail.com

Extended Abstract

Introduction

BRT contracts, as a subset of BOT agreements, play a crucial role in various industries, including oil, gas, petrochemicals, railways, and infrastructure. These contracts are predominantly utilized under conditions of financial constraints and limited governmental investment capacity, serving as key instruments in facilitating technology transfer, deploying machinery, and driving economic growth. In BRT contracts, a non-governmental entity assumes responsibility for managing investment, installation, and technology transfer, subsequently leasing the project or equipment to the host country. This research aims to clarify the nature of BRT contracts, assess their alignment with Iranian legal and Imami jurisprudential principles, and furnish a legal and religious justification. The study also scrutinizes the advantages and disadvantages of BRT contracts, recognizing the necessity for a comprehensive legal framework to address current challenges and contribute to the evolution of such agreements in Iran. The analysis concentrates on the complexities of ownership transfer, ensuring governmental sovereignty, and the potential economic benefits. It seeks to enhance understanding of the legal and religious dimensions of BRT contracts for improved implementation in the country.

Methodology

In the methodology section of this article, we will initially delve into a jurisprudential and legal examination of the BRT contract, emphasizing the principles of Imami jurisprudence and its alignment with the pertinent laws of Iran. This scrutiny encompasses elucidating the foundational principles of Imami jurisprudence, acquiring a profound comprehension of contractual rights within the Iranian legal framework, and conducting a meticulous analysis of the BRT contract's components through jurisprudential methodologies. Subsequently, to enhance the geopolitical perspective, we will scrutinize and expound upon the geopolitical dimensions associated with this contractual model. This exploration will encompass evaluating the political, economic, and security implications, unveiling the impact of

the BRT agreement on societal structures and international relations. This research approach aims to institutionalize the intimate correlation between legal principles, Imami jurisprudence, and the geopolitical aspects of the BRT contract, yielding substantial insights for a more comprehensive understanding and progression of the subject matter.

Results and Discussion

In BRT contracts, the private sector's role is limited to project construction without involvement in operation and management, resulting in minimal economic liberalization. Unlike BRT, traditional procurement models place all stages, including construction and operation, under government control. BRT contracts open economic activities to private investment while preserving governmental oversight. BRT contracts offer advantages by reducing the government's burden, leveraging private sector efficiency, and ensuring higher quality due to personal motivation. Comparatively, traditional contracts lack personal incentives. Technology transfer is more feasible in BRT contracts, distinguishing them from conventional procurement. Government oversight is relatively incomplete in BRT contracts, emphasizing the significance of monitoring the leasing phase for infrastructure projects. A comparison of BRT and traditional contracts in civil projects identifies the more beneficial approach for our country. When project finances are insufficient, BRT contracts resolve the issue, enabling outsourcing without legal concerns. BRT financial legitimacy, rooted in jurisprudential principles, contrasts with banking loans' religious ambiguities. Islamic countries can consider using Islamic bonds for financing BRT contracts.

Financial supporters in BRT, including lenders and reluctance by private companies or the government to lease, are crucial considerations. In BRT bonds, risks like construction cost escalation and legal changes impact contractor and intermediary expenses. Legal alterations pose constraints on both procurement methods, particularly in national energy projects, where sensitivity to factors like lessor competence, contractor capabilities, and lender reliability increases the likelihood of legal amendments.

Conclusion

BOT contracts hold a distinctive position in contemporary global investment, presenting an opportunity for our nation to advance its infrastructure projects. In a BOT arrangement, the contractor assumes ownership and operation of the project post-construction, eventually transferring ownership to the client. Upon comparing the advantages and drawbacks of BOT contracts with Istisnaa, it becomes evident that BOT contracts offer six advantages, surpassing the four advantages of Istisnaa. The paramount benefits of BOT contracts include significant cost reduction for the government and effective technology transfer. Consequently, employing BOT contracts proves more successful in

establishing the requisite infrastructure for economic development. The BRT contract, being a specific type of legally defined contract, has its conditions outlined in the law. Article 11 of the Civil Code can be employed to specify partial conditions of this contract. From a jurisprudential perspective and considering unsuccessful transactions, this contract can be regarded as both an application of conventional Sharia contracts and an independent, rational contract. Its validity and legitimacy can be established based on general transaction principles, considering that the transaction is non-seizure and aligned with Sharia principles. Therefore, BRT contracts are encompassed within the general contractual framework, aligning with the adaptability of the law.

References

1. Abadi Begi, S. (2014). "Analysis of B.O.O Contracts and Its Position in the Legal System of Iran." In the Second International Congress on Structure, Architecture, and Urban Development, p. 5. [In Persian]
2. Abdi, Y., & Jafarzadeh, J. (2016). "Legal Examination of the Nature of the Manufacturing Contract." In the Quarterly Journal of Research in Islamic Jurisprudence and Law, 12(1), 56. [In Persian]
3. Ahmadi, L. (2006). "Feasibility of Urban Project Implementation through Urban Management using BOT Contracts." In the International Project Management Conference, March 2006, p. 2. [In Persian]
4. Alidousti, N. (2006). "Legal-Security Aspects of Mutual Sales Contracts." In the Journal of Strategic Studies, 33, 546. [In Persian]
5. Alinezhadi, M. (2017). "Peace Treaty in the Position of Sale." In the Scientific Journal of Law Yar, 4, 56. [In Persian]
6. Almasi, N., & Emamzadeh, S. M. (2016). "Comparison of the Advantages and Disadvantages of the Manufacturing and B.O.T Contracts in the Execution of Governmental Projects." In the Gava Specialized Legal Journal, Second Issue, 5-30. [In Persian]
7. Asharyoon Ghamizadeh, F., & Tajmire Rahi, H. (2014). "Comparative Study of Financing Methods for Energy Projects Based on the Combination of BRT Contract and Independent Manufacturing Securities." In the Journal of Islamic Financial Research, No. 6, p. 183. [In Persian]
8. Atefifard, M., Khairi, M., Azadfalsh, A., & Saeed Be Nia, S. (2016). "An Overview of Various Civil Engineering Contracts." In the Second International Conference on Civil and Architectural Engineering and Urban and Sustainable Environmental Planning, Istanbul. [In Persian]
9. Dianati Nasab, E. (2013). "The Concept and Nature of Offsets Transactions." In the Private Law Research Journal, 2(5), 119. [In Persian]
10. Dianati Nasab, E., & Shiroei, A. H. (2014). "Legal Examination of Sattar Contracts." In the Legal Journal of the Judiciary, 78, 71. [In Persian]
11. Ghamami, M. (2010). "Financing of Construction, Operation, and Transfer Projects." In the Journal of Comparative Law, 1(2), 103. [In Persian]
12. Ghasemi, S. (2003). "Investigating Ways of Equipping and Developing Arj Energy Resources." In the Journal of the Economy of the Ministry of Economic Affairs and Finance, 35. [In Persian]

13. Godwin, W. (Trans. Jaber, M. S.). (2014). "International Construction Contracts along with the Interpretation of Design and Construction Forms." Tisa Publications. [In Persian]
14. Izadi Ferd, A. A., & Kavyar, H. (2010). "Legal and Jurisprudential Reflections on Mutual Sales Contracts." In the Journal of Business Research, 14(54), 111-143. [In Persian]
15. Kamali, P. (1994). "Economic Liberalization in Iran." In the Journal of Knowledge and Development, 1, 88. [In Persian]
16. Kazemi, S., Hartmani, A., & Fadaei, M. (2021). "Explaining the Optimal Model in Public-Private Partnership Contracts (BOT) Applied from the Contract Theory Perspective." In the Journal of Economic Modeling Research, 12(44), 213-249. [In Persian]
17. Koch Paydeh, F. (2020). "Identification and Management of Risks in BRT Investment Contracts." In the Fourth International Conference on Civil, Architectural, and Urban Management, [In Persian]
18. Mirfayaz, F. Shams, H., Tajmire Rahi, H., Hamzeh, & Mozafari, M. (2019). "Risk Management in BRT Financing Contracts." P. 521. [In Persian]
19. Mo'men Ghami, M. (1997). "Manufacturing." In the Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudence, 11-12, 207. [In Persian]
20. Poorportow, M. (2013). "Economic Study of Various Financing Methods for the Construction of Tehran Strategic Oil Storage Project." In the Journal of Iran Energy Economics Research, 2(6), 53. [In Persian]
21. Rabia Eskini, M. (2012). "The Nature and Effects of Offsets in the Legal System of Iran and Imamia Jurisprudence." In the Journal of Islamic Legal Research, 13(2), 131. [In Persian]
22. Saber, M. R. (2007). "A Comparative Study of the Legal Nature of Mutual Sales Contracts and Its Legal Status." In the Legal Journal of the International Legal Affairs Deputy of the Presidential Office, 37, 234. [In Persian]
23. Sadeghi, M. (2006). "Investigation of International B.O.T Contracts and Its Position in the Legal System of Iran." In the Journal of Commerce Research, 38, 135. [In Persian]
24. Saeidi, M. A., & Razaghian, J. (2016). "Legal Examination of Risks in the BT Contract." In the Stock Exchange Quarterly, 9(35). [In Persian]
25. Shakery, B. (2019). "Legal Examination of B.O.T Contracts." In the Scientific Journal of Jurisprudence, 25(3), 32. [In Persian]
26. Shiroei, A. H. (2001). "Construction, Operation, and Transfer." In the Mofid Journal, 26, 34-35. [In Persian]
27. Shiroei, A. H. (2001). "Reasons for Using Offset Contracts and the Role of the Government in the Success of These Projects." In the Journal of Qom Higher Education Complex, 11, 37. [In Persian]
28. Shiroei, A. H. (2001). "Types of Reciprocal Trade Contract Methods." In the Legal Thoughts Bi-Annual, 2(7), 5-46. [In Persian]
29. Shokoohi, M. R. (2006). "Contracts of Financing or Financial Participation." In the Journal of Iran Energy Economics Research, 16, 18. [In Persian]
30. Shokoohi, M. R. (2015). "Transaction Costs of Organizational Structuring in the National Iranian Oil Company." In the Journal of Iran Energy Economics Research, 13, 24. [In Persian]
31. Torabi, M. (Trans. Tavakoli, M. R.). (2010). "Construction, Operation, and Transfer Contract from a Jurisprudential Perspective." In the Specialized Journal of Jurisprudential Research, 1, 31-84. [In Persian]
32. Tousli Jahromi, M. (2002). "International Contracts." In the Journal of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, No. 58. [In Persian]
33. Vice Presidency for Strategic Planning and Supervision. (2008). "Construction-Operation-Transfer Agreement." Strategic Supervision Deputy, Executive Technical Office, Publication No. 469, p. 1. [In Persian]



انجمن ژئوپلیتیک ایران

فصلنامه جغرافیا (برنامه ریزی منطقه‌ای)

دوره ۱۳، شماره ۵۲، پاییز ۱۴۰۲

شاپا چاپی: ۶۴۶۲-۲۲۲۸ شاپا الکترونیکی: ۲۱۱۲-۲۷۸۳

Journal Homepage: <https://www.jgeoqeshm.ir/>



مقاله پژوهشی

بررسی فقهی حقوقی قرارداد BRT بر اساس فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران و تبیین ابعاد ژئوپلیتیک آن

مصطفی قاسم زاده مؤمن - دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

علیرضا عسگری* - استادیار، گروه حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

احمد مرادخانی - دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

اطلاعات مقاله	چکیده
شماره صفحات: ۱۹۹-۲۱۹ از دستگاه خود برای اسکن و خواندن مقاله به صورت آنلاین استفاده کنید  واژه‌های کلیدی: فقه امامیه، حقوق موضوعه ایران، قرارداد بی آر تی.	یکی از راهکارهای حل معضل تامین سرمایه جهت اجرای پروژه های عمرانی استفاده از قراردادهای سرمایه گذاری مشارکتی می باشد. روش BRT یکی از روش های سرمایه گذاری مشارکتی است که مخفف عبارت ساخت، اجاره و انتقال می باشد. در این روش پروژه متعلق به دولت است و سرمایه گذار اقدام به احداث یا به بیان دیگر تزریق سرمایه می نماید، مدت زمان معینی تحت عنوان دوران مشارکت تعریف می شود و اگر درآمدهای پروژه به حساب دولت میزبان واریز شود، در مدت مشارکت رقم مشخص و ثابتی را سرمایه گذار به عنوان اجاره از دولت دریافت می کند. البته ناگفته نماند که عکس این موضوع نیز صادق است، یعنی اگر درآمدهای پروژه به حساب سرمایه گذار واریز شود، رقم مشخص و ثابتی از سوی سرمایه گذار به سرمایه پذیر پرداخت شده و پس از پایان دوران مشارکت، کل پروژه به دولت تعلق خواهد گرفت و سرمایه گذار محل را واگذار می نماید.

استناد: قاسم زاده مؤمن، مصطفی؛ عسگری، علیرضا؛ مرادخانی، احمد. (۱۴۰۲). بررسی فقهی حقوقی قرارداد BRT بر اساس فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران و تبیین ابعاد ژئوپلیتیک آن. فصلنامه جغرافیا (برنامه ریزی منطقه‌ای)، ۱۳(۵۲)، صص ۱۹۹-۲۱۹.

DOI: 10.22034/JGEOQ.2024.256649.2809

DOR:

* نویسنده مسئول: علیرضا عسگری، پست الکترونیکی: alireza.asgari88@gmail.com

مقدمه

با توجه به نیاز به نقدینگی زیاد و تخصص بالا در صنایع پایه و صنایع بالادستی و پایین دستی نفت و گاز و پتروشیمی و گسترش شبکه ریلی و راه‌های ترانزیتی و شبکه برق و سدسازی که شریان اقتصادی کشور می‌باشد و پیشرفت در زمینه‌های مذکور زمینه رشد یک کشور را فراهم می‌آورد و معمولاً کشورها در تأمین منابع مالی اجرای این طرح‌ها دارای محدودیت بوده و تمام تخصص لازم برای اجرا و بهره‌برداری از طرح‌ها را نیز دارا نیستند، لذا یکی از بهترین روش‌های تأمین مالی و تخصص اجرایی در طرح‌های کلان اقتصادی که تضمین کننده بقای حاکمیت و مالکیت و نظارت مستقیم دولت بر میادین و منابع و طرح‌های اجرا شده باشد و از طرفی مؤلفه‌های رشد اقتصادی را بالا برد و موجبات انتقال تکنولوژی و دانش مرتبط به کشور را فراهم آورده و سبب ریشه‌کنی خام‌فروشی منابع می‌شود و آمار اشتغال‌زایی نیروی بومی را بالا برده و مؤلفه‌های فقر را پایین می‌آورد روی آوردن به تجارت متقابل می‌باشد که دارای شاخه‌های متعددی است و از جمله زیر شاخه‌های آن می‌توان به قراردادهای BRT اشاره کرد که در آن شرکتی عمده‌تأ غیردولتی کلیه وجوه سرمایه‌گذاری و نصب و تجهیز و راه‌اندازی و انتقال تکنولوژی را عهده‌دار می‌گردد و پس از راه‌اندازی پروژه آن را برای مدت معینی از کشور میزبان اجاره کرده یا تجهیزات را به نحو اجاره به شرط تملیک به کشور میزبان داده و از محل استخرجات و درآمد طرح نسبت به بازگشت سرمایه و سود سرمایه اقدام می‌کند و در نهایت تجهیزات اجرا شده را به کشور میزبان واگذار می‌کند.

با توجه به اشکالات موجود در ماهیت عقد مذکور و قواعد حاکم بر آن در این پژوهش بر آنیم که ضمن بیان ماهیت عقد BRT و انطباق آن با شرایط اساسی قراردادهای در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه توجیه شرعی و قانونی عقد مذکور را بیان نموده و مزایا و معایب عقد مذکور را بررسی کنیم.

از جمله عقود نوین که در دوران حاضر در تجارت بین‌المللی کارایی فراوانی دارد تجارت متقابل است که یکی از اقسام آن قرارداد BRT می‌باشد که از زیر شاخه‌های قراردادی BOT محسوب می‌شود و عمدتاً در حوزه نفت و پتروشیمی و سدسازی و جاده‌سازی و صنایع ریلی به کار گرفته می‌شود و دربردارنده انتقال تکنولوژی و ماشین‌آلات و تجهیزات بکاررفته شده می‌باشد و در شرایط تحریم که درآمد ارزی کشور پایین بوده و توان سرمایه‌گذاری دولتی در صنایع مادر پایین می‌باشد می‌تواند مشکلات تأمین مالی و ایجاد و گسترش صنایع مادر و عقب‌ماندگی در زمینه‌های مزبور را کاهش دهد لکن به جهت اختلاف در ماهیت قرارداد مذکور و نحوه انتقال مالکیت در آن و اینکه نحوه تنظیم قرارداد می‌بایست به چه نحوی باشد که نافی مالکیت و حاکمیت کشور جمهوری اسلامی ایران نگردد اختلاف نظرهایی وجود دارد که که می‌بایست مورد بررسی قرار گرفته و با ارائه راهکارهای قانونی، استفاده از قرارداد مذکور و مزایای آن را برای کشور میسر نمود.

مبانی نظری

قرارداد

واژه قرارداد در لغت به معنای قول، پیمان است، و قرار بستن یعنی عهد بستن و پیمان بستن. در اصطلاح حقوقی، قرارداد از معنای لغوی دور نشده و مترادف با عقد به معنای ربط قرار به قرار دیگر یا ارتباط دو قرار معاملی است. قرارداد سندی است، که حوزه مسئولیت‌ها، اختیارات و حقوق طرف‌های درگیر را در قبال یکدیگر به صورت مفصل و کامل تعیین و برای آن ضمانت قانونی ایجاد می‌نماید. قانون مدنی در ماده ۱۸۳ اختصاصاً به تعریف عقد یا قرارداد پرداخته است و بیان می‌دارد: «عقد یا قرارداد عبارت است از آن که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها واقع گردد».

بر اثر عقد میان دو طرف، یک رابطه‌ی جدید حقوقی برقرار می‌شود و طرفین با توجه به موضوع قرارداد نسبت به یکدیگر باید تعهداتی را انجام دهند. در زبان غیرتخصصی عقد و قرارداد به یک معنی است، اما در علم حقوق منظور از اصطلاح عقد، عقود معین (آن دسته از عقدهایی که در قانون مدنی شرایط و چگونگی آن‌ها ذکر شده است مثل عقد بیع، عقد اجاره، عقد رهن، عقد وکالت، عقد مضاربه و غیره) استعمال می‌شود و حال آن که کلمه‌ی قرارداد، بر تمامی عقود (خواه معین باشد یا نباشد) اطلاق

می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳). توافق دو یا چند نفر جزء اصلی تعریف قرارداد است. برای مثال در خرید ملک یا آپارتمان دو نفر توافق می‌کنند که یکی (فروشنده) ملک خود را به دیگری (خریدار) بدهد و دیگری در قبال آن پولی به فروشنده پرداخت کند. قصد و رضایت درونی دو طرف بر انتقال مال یا انجام کاری برای وقوع یک قرارداد کفایت می‌کند و زمانی که دو طرف با اراده‌ی آزاد بر موضوعی توافق کنند، ملزم به رعایت آن می‌شوند و پس از آن در حق طرفین و افرادی که جانشین آن‌ها می‌شوند (قائم‌مقام قانونی) نیز مؤثر است و نیاز به هیچ‌گونه تشریفاتی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳)، اما باید در نظر داشت که قانون‌گذار به‌لحاظ برخی مصالح اجتماعی شرایطی را به‌موارد فوق افزوده است که در بعضی مواقع بدون توجه به آن شرایط و تشریفات، مراجع قانونی از پذیرش قرارداد خودداری خواهند نمود.

در اصطلاحات عامیانه واژه عقد و قرارداد یکسان تلقی شده و حتی به جای یک‌دیگر نیز به کار می‌روند در حالی که جالب است بدانید که از دیدگاه حقوقی تفاوت ظریفی میان عقد و قرارداد برقرار است بدین نحو که در اصطلاح حقوقی عقد به عقود معین اطلاق می‌گردد در حالی که قرارداد واژه عام‌تری بوده و هم عقود معین و هم عقود غیر معین را در برمی‌گیرد (امامی، ۱۴۰۱: ۱۵۹). لیکن در معنی اخص، قرارداد صرفاً عقود غیرمعین را شامل می‌شود. به همین جهت ماده ۱۰ قانون مدنی واژه «قرارداد» را در معنی اخص آن یعنی عقود غیرمعین به کار برده است.

تجارت متقابل

تجارت متقابل معاوضه یک کالا با کالای دیگر و نوعی سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد (Baker & Cunningham, 1983). تجارت متقابل، معاملاتی است که بر طبق آن صادرکننده متعهد می‌شود تا علاوه بر تعهداتی که اصولاً در قراردادهای صدور کالا و خدمات مورد قبول - یعنی تعهدات عرفی و قراردادی - واقع می‌شود، تعهدات اضافی و متقابلی را به سود واردکننده انجام دهد؛ و حال آنکه این تعهدات شاید با موضوع اصلی قرارداد متناسب نباشد (شیروی، ۱۴۰۱).

بنابراین به عبارت دیگر تعهدات عادی یک صادرکننده یا فروشنده معمولاً شامل تحویل کالای خریداری شده مطابق با مشخصات قراردادی و تحویل آنها در زمان مقرر به خریدار است. چنانچه صادرکننده طبق قرارداد ملزم شود تا علاوه بر تعهدات متعارف، تعهدات اضافی دیگری را به نفع واردکننده تقبل نماید، تجارت متقابل شکل می‌گیرد (شیروی، ۱۳۸۳: ۸). این تعهدات اضافی ممکن است این موارد را شامل شود:

خرید متقابل کالا و خدمات از واردکننده

انتقال فن‌آوری و دانش فنی به واردکننده

کمک به واردکننده در بازاریابی کالاهای تولیدی واردکننده

پیدا کردن مشتری برای کالاها و خدمات واردکننده

سرمایه‌گذاری در کشور واردکننده

تولید بعضی از کالاها در کشور واردکننده

مشارکت با واردکننده در تولید بعضی از کالاها و خدمات

همکاری تحقیقاتی با واردکننده (اشرف‌زاده، ۱۳۷۷: ۲۳۴).

ساختار قراردادهای تجارت متقابل می‌تواند به گونه‌ای زیر شکل بگیرد:

(الف) انعقاد دو قرارداد در یک توافق باشد؛ به دو شکل همراه با پرداخت پول یا بدون پرداخت پول: بارت (تهاتری).

(ب) انعقاد سه توافق مجزا: ۱. قرارداد پیوند دهنده؛ ۲. قرارداد فروش اولیه؛ ۳. قرارداد فروش متقابل.

ممکن است این سه توافق: ۱. همزمان منعقد شوند ۲. در زمان‌های مختلف منعقد شوند

(ج) معاوضه (پایپای).

در واقع تجارت متقابل درست مانند مبادلات پایپای سنتی صورت نمی‌گیرد. امروزه تجارت متقابل در برگیرنده دو معامله فروش متقابل بین دو طرف بصورت معمولی است (لئو.جی.بی. ولت، ۱۳۶۵: ۱۱).

قراردادهای بی آر تی B.R.T یا B.I.T

در این نوع قرارداد، سرمایه گذار پس از طراحی و ساخت پروژه، آن را به دولت یا کارفرما اجاره می دهد و بهره برداری در این قرارداد را سرمایه گذار انجام نخواهد داد و پس از دوره مشخصی کل پروژه به کارفرما واگذار می گردد. بدیهی است، اجاره در دوران بهره برداری باید کل هزینه های صورت گرفته توسط سرمایه گذار را با احتساب سود سرمایه آن پوشش دهد (اشعریون قمی زاده و تاجمیر ریاحی، ۱۳۹۳).

قرارداد B.R.T: چنانچه کنسرسیوم پروژه را بعد ساخت تملک کند و آن را برای مدت محدود در مقابل مبلغی به دولت یا بخش خصوصی اجاره دهد و پس از سپری شدن مدت، آن را به طور رایگان تملک کند از عنوان ساخت، اجاره و انتقال استفاده می شود. در این شیوه درآمد مالی پروژه، مال الاجاره پرداختی از جانب مستاجرین است که حسب مورد می تواند دولت یا شخص حقیقی یا حقوقی داخلی یا خارجی باشد. واضح است در این طریق نیز قواعد و مقررات کشور میزبان و قرارداد پروژه باید ملحوظ نظر قرار بگیرد ضمن اینکه به نظر میرسد ماهیت حقوقی این گونه قراردادهای شبیه به اجاره به شرط تملیک است.

به عبارتی در این روش تأمین مالی پروژه، تسهیلاتی جدید با سرمایه بخش خصوصی از سوی تأمین کننده منبع مالی ایجاد می گردد و بعد از ساخت پروژه آن را تملک کرده و برای مدت معینی، در مقابل مبلغی به دولت یا بخش خصوصی اجاره می دهد و سپس بعد از انقضای مدت اجاره مسئولیت عملیاتی پروژه به دولت میزبان به طور رایگان انتقال می یابد.

مهم ترین ویژگی این شیوه عدم پذیرش ریسک بهره برداری از موضوع طرح توسط سرمایه گذار سازنده است. مالکیت طرح نیز پس از پایان مدت اجاره به دولت منتقل می شود. یعنی بهره برداری از موضوع طرح توسط دولت میزبان یا نماینده آن انجام می پذیرد و بازگشت سرمایه و سود سرمایه گذار از طریق اجاره موضوع طرح به دولت و دریافت اجاره بها تحصیل می شود (غمامی، ۱۳۸۹: ۱۰۳).

می توان این قرارداد را نوعی اجاره به حساب آورد و احکام اجاره را بر آن مترتب ساخت و نیز می توان آن را به عنوان قرارداد مستقل محسوب کرد که در این صورت احکام کلی مربوط به قراردادهای بر آن جاری می گردد. چون در این نوع قرارداد انتقال مالکیت صورت نمی گیرد، می تواند در پروژه های عمومی مورد استفاده قرار گیرد. البته شایان ذکر است که اجرای این قرارداد در منافع مشترکی که همه مردم از آن حق انتفاع دارند، مانند راه های عمومی و منابع آبی شبیه این موارد، در صورتی که باعث ایجاد مزاحمت برای دیگران شود جایز نیست، مگر اینکه مصلحت مهم تری برای مسلمانان در میان باشد.

مقایسه قرارداد B.O.T و B.R.T:

قرارداد B.R.T یکی از انواع قراردادهای B.O.T است که ساخت، اجاره و انتقال یعنی احداث پروژه برای دولت، اجاره آن به دولت یا بخش خصوصی و سپس انتقال مالکیت پروژه به دولت می باشد.

روش BOT به عنوان یک روش تأمین مالی مفهومی نسبتاً جدید می باشد. BOT نوعی قرارداد است که طرف اعتبار دهنده نه تنها در ساخت و راه اندازی پروژه بلکه در فرآیند بهره برداری نیز دخالت دارد. البته لازم به ذکر است دخالت طرف اعتبار دهنده در فرآیند بهره برداری از خط تولید، محدود به یک مدت زمان از پیش تعیین شده است (توسلی جهرمی، ۱۳۸۹: ۵۸).

ظهور BOT در عرصه دانش تأمین مالی بوسیله دولت ها، نتیجه گرایش آنها به اجتناب از ریسک پروژه های عظیم و عمده بوده است. مدل BOT غالباً برای پیشگیری از زیان های احتمالی و کاهش خطردهی های طولانی مدت به کار برده می شود.

BOT معمولاً مستلزم خصوصی سازی موقت پروژه می باشد. پروژه به وسیله یک پیمانکار خصوصی ساخته و برای مدت معینی اجرا می گردد و در نهایت به دولت بازگردانده می شود. دوره زمانی عمومی برای قراردادهای BOT حداقل ۲۰ سال می باشد. به عنوان مثال تونل مانس به مدت ۵۵ سال طبق قرارداد BOT در اختیار مجری پروژه می باشد و سپس در اختیار دولت های انگلیسی و فرانسه قرار می گیرد (نصیری، ۱۳۸۳: ۷۴).

قرارداد BRT نوعی از قراردادهای ساخت و انتقال می باشد که پیمانکار خارجی برای مدت معینی پروژه مورد نظر را به طرف خارجی اجاره داده و سپس انتقال می دهد.

به طور کلی در روش BOT ریسک بر عهده سرمایه‌گذار است و درصدی از درآمدهای پروژه به سهم طرفین تعلق می‌گیرد، چنانچه پروژه درآمدزا باشد طرفین نیز مبالغی دریافت خواهند کرد و با کاهش یا افزایش درآمدهای پروژه، میزان دریافتی مبالغ وصولی طرفین نیز کم و زیاد می‌شود ولی در روش BRT سهم طرفین ربطی به درآمد پروژه ندارد و کم و زیاد شدن درآمد پروژه تأثیری در مبالغ وصولی ندارد چون طرف مقابل متعهد به پرداخت رقم ثابتی شده است و سرمایه‌گذار کمترین ریسک را دارد.

ساختار قراردادهای BRT

عبارت BRT شامل سه مفهوم ساختن، اجاره دادن و نهایتاً انتقال دادن است و در یک قرارداد متعارف BRT پروژه‌ای با مجوز دولت توسط یک شرکت خصوصی ساخته می‌شود، در این حالت سرمایه‌گذار خصوصی طبق قرارداد ساخت پروژه را به انجام می‌رساند و پروژه توسط دولت اجاره داده می‌شود و سپس تحت توافقات طرفین، هزینه‌های سرمایه‌گذار مستهلک می‌گردد. پس از دوره‌ی اجاره، مالکیت پروژه به دولت منتقل می‌گردد (Kumarams, 2001).

سه بخش اصلی قرارداد BRT شامل:

build: ساخت یا احداث پروژه یا خدمات عمومی - شامل طراحی و مهندسی، تأمین کالا، نصب و راه‌اندازی، آزمایش تجهیزات و ماشین آلات - که با تأمین بودجه توسط سرمایه‌گذار بخش خصوصی انجام می‌شود.

Rent/Ease: لیزینگ یک سری فعالیت اعتباری مبتنی بر روش اجاره است که در آن میان شرکت پروژه و دولت یا یک شرکت دیگر جهت بهره‌برداری از پروژه برای مدت معین قرارداد بسته می‌شود.

transfer: انتقال مالکیت، که تنها تعهدی است متکی به سرمایه‌گذار از طریق واگذاری پروژه یا خدمات آن در مرحله پایانی به طرف اداری متعاهد بدون هیچ دریافتی و در شرایطی مطلوب (شکوهی، ۱۳۸۵: ۱۳).

با تمام شدن مدت زمان مقرر اجاره برای پیمانکار، او موظف به انتقال کل طرح به دولت می‌باشد، و این انتقال شامل کلیه تأسیسات و تجهیزات، کلیه مجوزها و لیسانس‌ها می‌شود، به طوری که کارفرما یا دولت به تنهایی بتواند از طرح مذکور بهره‌برداری کند. به بیان دیگر، دولت به یک کنسرسیوم خصوصی متشکل از شرکت‌های خصوصی امتیاز می‌دهد تا کنسرسیوم مطابق قرارداد، تأمین مالی یک طرح زیربنایی را عهده‌دار شده، آن را بسازد و در ازای مخارجی که تقبل کرده برای مدتی آن را به دولت اجاره دهد و یا برای مدتی بهره‌برداری کند و سپس اجاره دهد و سرانجام پس از سپری شدن مدت قرارداد، پروژه حق استفاده از آن را مجاناً به دولت منتقل نماید. این قراردادها مستلزم تأسیس یک شرکت خصوصی با ملیت خارجی جهت برنامه‌ریزی، تأمین مالی، طراحی، ساخت، بهره‌برداری و مدیریت می‌باشد. شق‌های دارای مفهوم واگذاری (Transfer) به این دلیل که در آنها بعد از دوره مشخصی تأسیسات خصوصی به دارایی‌های دولت تبدیل می‌گردد، نزد دولت‌ها موجه‌تر جلوه می‌کند. BRT به مدل‌های مختلفی اجرا می‌شود:

BRT کامل: پس از پایان دوره مشارکت همه چیز اعم از منقول، غیرمنقول و تجهیزات و ... به صورت ۱۰۰ درصد به پیشنهاد دهنده واگذار می‌گردد.

BRT به شرط اموال منقول: در پایان دوره مشارکت اموال غیر منقول (زمین، ساختمان، تأسیسات منصوبه در زمین) به پیشنهاد دهنده واگذار می‌گردد و اموال منقول (تجهیزات، دستگاه‌ها، لوازم) توسط شریط جمع‌آوری خواهد گردید.

BRT به شرط قسمتی از اموال منقول: در پایان دوره مشارکت تنها قسمتی از اموال به شرکا تعلق می‌گیرد که لیست آن ابتدا در قرارداد ذکر شده است. مثال: تراموا یا منوریل به روش BRT قابل اجرا است عرصه متعلق به شهرداری است و سرمایه‌گذار اقدام به مطالعه، احداث خط با تمام تجهیزات نموده و در طی دوره مشارکت رقمی را جهت استهلاک سرمایه و سود خویش رقم مشخصی را به عنوان اجاره از پیشنهاد دهنده دریافت می‌نماید و در پایان پروژه، کل پروژه به شهرداری تحویل می‌گردد. بدیهی است اجاره در دوران بهره‌برداری باید کل هزینه‌های صورت گرفته توسط سرمایه‌گذار را با احتساب سود سرمایه آن پوشش دهد. همچنین رستوران‌ها و کافی‌شاپ‌ها و سالن‌های ورزشی و کلا پروژه‌هایی که امکان کنترل درآمدهای روزانه آن با مشکلاتی همراه باشد بهتر است با روش BRT اجرا شود.

در روش‌هایی که از مفهوم واگذاری بهره‌مند شده‌اند (BOT, BRT, BOLT, BOOT) به این دلیل که بعد از دوره مشخصی تاسیسات و مایملک خصوصی به دارایی‌های کارفرما تبدیل می‌گردد در نزد کارفرمایان مقبول‌تر می‌باشد. در این روش‌ها ارائه تضمین لازم در برابر عدم پرداخت کارفرما به شرکت پروژه از طریق نهادهای ذیربط دولتی (مانند وزارت امور اقتصادی و دارایی) الزامی است. همچنین شناسایی و استفاده از تامین کنندگان مالی معتبر در خارج از کشور (به عنوان مثال بانک‌های اروپایی) از دیگر پیش‌نیازهای انجام این نوع پروژه‌ها محسوب می‌گردد. در این روش کارفرما بازپرداخت هیچ وامی را از طرف سرمایه‌گذاران یا متولیان پروژه تضمین نکرده و در نتیجه فشار ناشی از استقرار کاهش می‌یابد. به علاوه ریسک‌های مربوط به ساخت و تکنولوژی‌های جدید نیز به طرف مقابل (بخش خصوصی) منتقل می‌گردد. همچنین منافع بسیاری برای دولت و یا کارفرما در زمان ساخت و پس از آن (بهره برداری) قابل پیش بینی می‌باشد.

در شکل شماره ۱، یک قرارداد تأمین مالی پروژه در حالت کلی نمایش داده شده است، در این حالت واگذاری محدود می‌باشد و حامیان پروژه یا انعقاد یک توافقنامه با دولت شرکت پروژه را تأسیس نموده و پروژه را مدیریت می‌کنند. در گام بعد آن‌ها خود با پیمانکاران و وام دهندگان مستقیماً وارد قرارداد می‌شود (میرفیض و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۲۸).

مراحل اجرای قرارداد BRT

مراحل زیر در بکارگیری پروژه BRT اهمیت دارد:

۱- شناسایی

همانند سایر طرح‌ها شناسایی پروژه به عنوان گام اول می‌بایست انجام شود. در این مرحله مطالعات امکان سنجی مقدماتی شامل بررسی‌های اقتصادی، مالی و فنی با توجه به اوضاع اقتصادی و سیاسی انجام شده و الزامات و منافع حاصله از اجرای طرح به روش BRT مشخص می‌گردد. این مرحله نیازمند استفاده از یک تیم حرفه‌ای در ستاد کارفرما بوده و در غیر اینصورت بکارگیری خدمات مشاوره‌ای ضروری می‌باشد.

۲- مناقصه / مذاکره

الف- مذاکره: چنانچه پروژه را بتوان به صورت مستقیم به سرمایه‌گذار واجد شرایط واگذار نمود، با انجام مذاکرات تفاهم نامه‌ای مابین طرفین به امضاء رسیده و موافقت نامه خرید محصول نیز منعقد می‌گردد. این روش نسبت به روش مناقصه زمان کمتری نیاز داشته و در هزینه‌ها نیز صرفه جویی می‌گردد.

ب- مناقصه: در روش انجام مناقصه مراحل فرعی زیر اجرا می‌شود:

- آمادگی کارفرما برای مناقصه: معمولاً یک ارزیابی اولیه برای تعیین پیمانکارانی که تخصص و تجربه لازم برای ورود به مناقصه را دارند به عمل می‌آید سپس باید اسناد مناقصه را تهیه نموده که نقش مشاورین حقوقی مجرب و کارآزموده در این مورد غیرقابل انکار است.

قرارداد پروژه که مهم‌ترین بخش از اسناد مناقصه است با توجه به طولانی بودن مدت قرارداد باید با دقت کامل تنظیم شود. در اسناد مناقصه معیار کارفرما برای ارزیابی پیشنهادها و انتخاب برنده ذکر می‌شود (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱: ۱۰۰).

- آمادگی سرمایه‌گذاران برای مناقصه: در اکثر موارد دو یا چند شرکت کننده که توان اجرای پروژه را به طور جمعی بهتر ارزیابی می‌کنند، تصمیم به همکاری در قالب یک کنسرسیوم و یا یک شرکت می‌گیرند ایشان نیز مطالعات امکان سنجی را به نوبه خود انجام داده و عنداللزوم در جستجوی شریک بالقوه بر می‌آیند در نهایت پیشنهاد خود را از طریق سرگروه خود ارائه می‌دهند.

- انتخاب برنده مناقصه: ارزیابی پیشنهادها بر اساس معیارهای اعلام شده صورت می‌گیرد مرسوم این است که در این مرحله چنانچه رفع ابهام یا تعدیلی در اسناد مناقصه مد نظر باشد، به اطلاع شرکت کنندگان می‌رسد پس از اتمام ارزیابی و تعیین برنده مراتب و واگذاری پروژه به برنده اعلام می‌شود (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱: ۱۰۰).

۳- توسعه: در این مرحله و پس از امضاء موافقتنامه پروژه، تنظیم موافقت نامه مابین سرمایه گذاران جهت شکل دادن ساختار شرکت پروژه انجام شده و مشارکت سهام برای تحقق پروژه مشخص می‌شود. موافقت نامه تأمین مالی، عقد پیمان با پیمانکاران و کسب تعهدات و سایر امور ذیربط نیز به انجام می‌رسد.

فعالیت مهمی که عبارت «ساخت، اجاره و واگذاری» قاصر از بیان آن است، «تأمین مالی» طرح است. طبیعی است که برای اجرای یک طرح اقتصادی به منابع مالی نیاز است. در بی اوتی فرض این است که کارفرما منابع مالی برای اجرای طرح را در اختیار ندارد و این امر مهم را به سرمایه گذار طرف قرارداد محول می‌کند. بنابراین شرکت سرمایه‌گذار باید نسبت به تأمین کلیه وجوه مورد نیاز برای ساخت اقدام کند.

بیان نکته این لازم است که قوانین کلی که درباره قراردادهای BOT در مورد هم قراردادهای تأمین مالی پروژه‌ای صادق است (میرفیض و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۲۸).

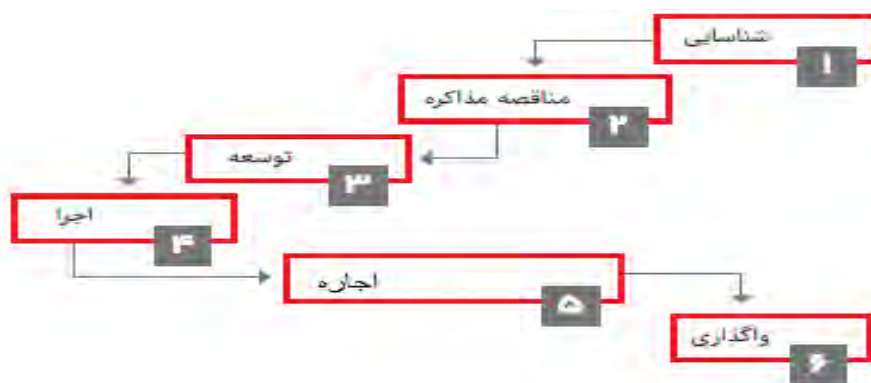
۴- اجراء: در این مرحله ساخت و سازها، نصب و راه اندازی پروژه انجام شده و در صورت موفقیت در آزمایشات، آموزش‌ها و تهیه دستور العمل‌های بهره‌برداری و کسب مجوزها فاز بعدی آغاز می‌شود.

علاوه بر تأمین مالی، ساخت، اجاره و واگذاری، برخی از فعالیت‌ها نیز قبل از انعقاد قرارداد انجام می‌شود که ممکن است کل یا بخشی از آن توسط کارفرما انجام شود و یا بخشی از آن به سرمایه گذار محول شود. این فعالیت‌ها شامل مکان‌یابی، ارزیابی اولیه، مطالعات امکان‌سنجی و مهندسی مفهومی است که به طور کلی امکان اجرای طرح را توجیه کرده، میزان هزینه‌ها و درآمدها را معین می‌نماید (Deelen, 2003).

۵- اجاره و نگهداری: اجاره یا واسپاری یک سری فعالیت اعتباری مبتنی بر روش اجاره است که در آن، میان شرکت پروژه و دولت یا یک شرکت دیگر جهت بهره‌برداری از پروژه برای مدت معین قرارداد بسته می‌شود. پس از ساخت پروژه طی یک قرارداد اجاره بلند مدت، بهره‌برداری از پروژه به دولت یا بخش خصوصی دیگر اجاره داده می‌شود و در پایان دوره اجاره، منافع طرح به دولت انتقال داده می‌شود (میرفیض و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۳۰). این مرحله طولانی‌ترین دوره پروژه محسوب می‌گردد. پس از راه اندازی پروژه، کارفرما در طول اجاره با انجام بازرسی‌های دوره‌ای و دریافت گزارش‌ها، اعمال نظارت نموده و بر انتقال تکنولوژی از شرکت پروژه (یا پیمانکار) آموزش نیروی کار، ایمنی عمومی و حفظ شرایط زیست محیطی توجه و دقت لازم را ابراز می‌نماید. برای اینکه سرمایه گذار بتواند اصل سرمایه و سود خود را بازپشت کند، برای مدت معینی اجاره از طرح به وی محول می‌شود. در این مدت سرمایه گذار ضمن راهبری طرح، از طریق درآمدهای حاصله نسبت به استهلاک اصل و فرع سرمایه اقدام می‌کند. دوره بهره‌برداری باید به نحوی تعیین شود که سرمایه گذار بتواند ضمن بازپشت اصل سرمایه، سود مناسبی را کسب کند.

۶- واگذاری

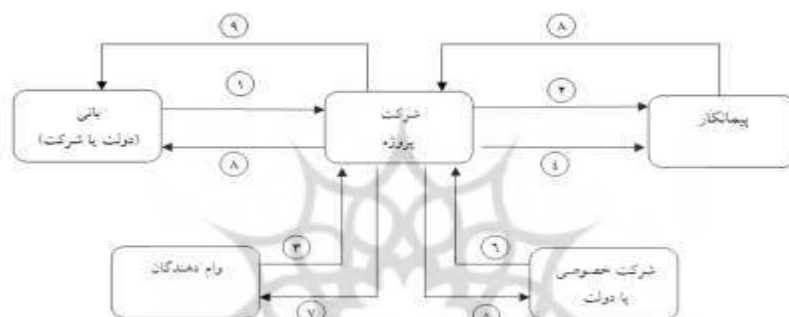
مرحله پایان پروژه BRT با واگذاری طرح به کارفرما به انتها می‌رسد. نگهداری پروژه تا تاریخ واگذاری می‌بایست به صورت مناسب بوده تا کارفرما بتواند بهره‌برداری از پروژه را ادامه دهد. در این مرحله صدور ضمانت نامه‌های تعمیرات و کارکرد مناسب تجهیزات و تأسیسات می‌بایست ملحوظ گردد (عاطفی و همکاران، ۲۰۱۶).



شکل ۱- مراحل اجرای قرارداد BRT

شکل بعدی ناظر بر قرارداد در حالتی است که شرکت پروژه در قبال پرداخت تعهدات و بدهی‌ها مسئولیت کامل دارد؛ فلذا وام دهندگان به اعتبار کلی شرکت پروژه توجه می‌کنند مراحل این روش تأمین مالی به صورت زیر است:

- ۱- دولت یا وزارتخانه یا شرکتی بر اساس قرارداد مهندسی، خرید و ساخت یا انواع دیگر قراردادهای کلید در دست با شرکت پروژه که عمدتاً کنسرسیوم می‌باشد، قرارداد ساخت پروژه را منعقد می‌کند.
- ۲- شرکت پروژه برای ساخت پروژه بر اساس قراردادهای مختلف مانند EPC با پیمان کاران وارد قرارداد می‌شود.
- ۳- همچنین شرکت پروژه، قراردادی را با وام دهندگان برای اخذ وام منعقد می‌کند.
- ۴- وام دریافتی یا عواید حاصل از حقوق صاحبان سهام شرکت پروژه به پیمانکاران پرداخت می‌شود.
- ۵- پس از ساخته شدن پروژه آن بر اساس قرارداد اجاره به دولت یا شرکت خصوصی یا خود پیمانکاران اجاره داده می‌شود.
- ۶ و ۷- شرکت پروژه عواید حاصل از اجاره پروژه را برای تسویه وام‌ها به کار می‌برد.
- ۸ و ۹- پس از تسویه وام‌ها و اخذ سود ساخت پروژه توسط شرکت پروژه قرارداد اجاره منقضی شده و پروژه را به مالکیت بانی در می‌آورد.



شکل ۲- ناظر بر قرارداد

مزایا و معایب به کارگیری عقد BRT

قرارداد BRT مثل همه قراردادهای BOT به دلیل اینکه ریسک اجرا و بهره‌برداری از آن به بخش خصوصی واگذار شده دارای مزیت می‌باشد زیرا طرفین بر این توافق می‌کنند که دولت میزبان امتیازاتی اعطا کند و بخش خصوصی نیز خطر اجرا را به عهده گرفته و با استفاده از نهاد بیمه این طرات احتمالی را تعدیل می‌کند (توسلی چهرمی، ۱۳۸۱: ۹۶).

- ۲- از مزایای واگذاری بخش عمومی به بخش خصوصی علاوه بر استفاده از مدیریت کارآمد این بخش می‌توان به کاهش تشریفات اداری، کاهش هزینه‌ها، تسریع در روند کار، اشاره کرد.
- ۳- از مزایای این روش علاوه بر کاهش مشکلات عدیده نهادها در زمینه استقراض از بانک‌ها، پذیرش ریسک پروژه، و به نوعی تضمین کارایی طرح‌هاست.
- ۴- از بهترین شیوه‌های انتقال تکنولوژی استفاده از کلیه قراردادهای BOT از جمله BRT است (شیروی، ۱۳۸۱: ۳۷). عدم تسلط فنی بر مبانی نظری، ساز و کارها و فرایند اجرای روش تأمین مالی، منجر به انحراف از هدف اصلی، کیفیت و دستاوردهای آن می‌شود. عدم تشخیص زمان وقوع عوامل پدید آورنده ریسک مانع از انجام اقدامات پیشگیرانه خواهد شد.
- ۵- بر اساس اصل حمایت از مشارکت کنندگان داخلی و تقویت صنایع داخلی، اولویت برای شرکت‌هایی است که از نیرو یا کالا یا خدمات کشور میزبان بیشترین استفاده را نماید.
- ۶- این قرارداد زمینه مشارکت بخش دولتی و بخش خصوصی را فراهم آورده و دولت علاوه بر بهره‌وری از امکانات و امتیازات بخش خصوصی، حق نظارت و مالکیت نهایی را برای خود محفوظ دارد. و متقابلاً معافیت‌ها یا مشوق‌هایی به بخش خصوصی اعطا می‌کند (شیروی، ۱۳۸۱: ۳۷).

جایگاه قرارداد B.R.T در فقه و حقوق

بی‌شک گسترش و توسعه روابط تجاری و تغییر و تحول در زندگی انسان‌ها باعث می‌شود که قراردادها روز به روز متنوع‌تر شوند و تسلط به همه انواع قراردادها و عقود و جزئیات و احکامشان به آسانی میسر نباشد، این نوع قراردادهای جدید در فقه مطرح نشده و فقها عقود سنتی مثل بیع، مضاربه و اجاره را توضیح و تفصیل داده‌اند بنابراین باید بررسی کرد که آیا قراردادهای BRT به شکلی که در حقوق ایران رایج است، از نظر فقهی نیز قابل قبول است یا خیر؟

نگاه فقها به معاملات متفاوت است: بعضی معاملات را، مثل عبادات، توقیفی دانسته، و عده‌ای قائل به غیرتوقیفی بودن معاملات هستند.^۱ با این دو نظر متفاوت، بررسی فقهی قراردادهای تجاری از جمله BRT متفاوت خواهد بود.

فرض غیرتوقیفی بودن معاملات

در صورت غیرتوقیفی بودن معاملات، علاوه بر این این قراردادها باید بر عقود شرعی منطبق باشند، آن را می‌توان قراردادی مستقل و عقلایی شمرد و به صحت و جواز آن حکم کرد.

قائلین به این نظریه معتقدند که اگر به هر دلیلی در صحت شرعی یک قرارداد نوظهور شک داشته باشیم تا زمانی که دلیل خاص یا عامی بر بطلان آن معامله نداشته باشیم اصل را بر صحت آن معامله، قرارداد و آثار معامله صحیح بر آن بار می‌کنیم. بنابراین مردم می‌توانند در کنار عقود شرعی رایج، قراردادهای جدید دیگری اختراع کنند و معاملات خود را در قالب این قراردادهای جدید انجام دهند. این کار هیچ منع شرعی و عقلی ندارد.

فرض توقیفی بودن معاملات

اگر معاملات را توقیفی - هر حکم یا موضوعی که عقل بدان راه ندارد و منوط به بیان شارع مقدس است- بدانیم، صحت کلیه قراردادهای B.O.T فقط در صورتی است که تحت یکی از عقود شرعی قرار گیرند و چنانچه شارع از قراردادی، نامی به میان نبرده باشد، باطل است. مراد از توقیفی بودن این است که عناوین معاملات و احکام آنها متوقف بر بیان شارع‌اند و تا از شارع بیانی نرسد، نمی‌توان عنوان و حکمی را در معاملات ایجاد کرد بنابراین فقط عقود و قراردادهایی که شارع بیان کرده است صحیح بوده و به رسمیت شناخته می‌شوند. شهید ثانی رحمه‌الله می‌گوید مغایره باطل است زیرا عقود توقیفی است و نیاز به اذن شارع دارد و در اینجا اذن شارع منتفی است.^۲

شیخ طوسی رحمه‌الله در خلاف، در استدلال بر عدم صحت شرکت بدون امتزاج می‌فرماید: «دلیلنا أن ما اعتبرناه (عقد شرکت همراه با امتزاج) مجمع علی انعقاد الشرکة به و لیس علی انعقادها بما قاله (عقد شرکت بدون امتزاج) دلیل، فوجب بطلانه»^۳ ایشان عقدی که دلیلی بر صحتش نباشد را باطل می‌دانند و «أوفوا بالعقود» را فقط شامل عقود متعارف می‌دانند.

بنابراین قائلین به این نظریه بر این باورند که مقتضای اصل اولی در قراردادهای نوظهور، بطلان و فساد معامله است به این معنا که اگر در صحت شرعی قراردادی شک و تردید باشد، از نظر شرع اثر مطلوب بر آن قرارداد بار نمی‌شود.

بحث و یافته‌های تحقیق

اوصاف فقهی قراردادها BRT

هر قراردادی از لحاظ شرعیت باید دارای اوصافی باشد از جمله:

عقد بودن

بدون شک قرارداد از جمله قراردادها و تحت زمره عقود است، همانطور که گفته شد، در این قرارداد دو یا چند معامله مرتبط با یکدیگر به وقوع می‌پیوندد که موضوع معامله اولیه انتقال دانش فنی یا خدمات یا کمک‌های فنی است.

۱. بهبهانی، محمدباقر، الفوائد الحائریه، ص ۴۷۵؛ خمینی، سیدروح اله، البیع، ج ۱، ص ۳۲۳.

۲. شهیدثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۷۱

۳. طوسی، محمدبن حسن، خلاف، ج ۳، ص ۳۲۸

با در نظر گرفتن تعریف عقد، توافق دو انشای دو طرفه که به جهت ایجاد اثر حقوقی صورت می گیرد، قرارداد منطبق بر عقود است و در ماهیت قراردادی آن هیچ ابهام و تردیدی نیست،

منجز بودن قرارداد BRT

هدف از عقد، ایجاد اثر حقوقی (منشأ یا اثر انشاء) می باشد که گاه ایجاد اثر آن منوط و موقوف به هیچ امری نمی باشد و به محض تحقق عقد، اثر آن ایجاد می شود که به عقود منجز معروفند که رایج ترین نوع عقد می باشد، در حالی که در بعضی عقود ایجاد اثر حقوقی منوط بر امری (معلق علیه) می باشد به این دسته، عقود معلق گویند.^۱

در عقد منجز، به محض منعقد شدن دو طرف ملزم هستند به آنچه را که توافق کرده اند به صورت قطعی به آن عمل کنند. و طبق تصریح قانون بر حسب انشاء، تأثیر آن موقوف بر دیگری نباشد و گرنه معلق می باشد.^۲ در قرارداد BRT طرفین ملتزم و متعهد به قید یا شرطی نیستند و با توافق دوطرف، قرارداد ایجاد می شود.

معوض بودن قرارداد BRT

قرارداد بنا بر طبیعت و ذات خود به این ترتیب است که هر کدام از طرفین قرارداد، در برابر مالی که پرداخت می کند و یا تعهدی که برای انجام کاری بر عهده می گیرد، مالی از طرف دیگری یا تعهدی را از جانب او برای خود بدست می آورد. به این دسته از عقود، عقد معوض می گویند (صفایی، ۱۴۰۱: ۳۵).

به عبارت دیگر معوض نوعی از عقد است که دو طرف به تعهداتی - پرداخت مالی یا انجام کاری - که در مقابل هم دارند عمل کنند و بر اساس آن هر دو طرف معامله در ازای دریافت چیزی که دریافت می کند، چیزی می دهد، مانند معاملات خودرو که در آن یک نفر در ازای دریافت خودرو پولی را پرداخت می کند و دیگری در ازای دریافت پول، مالکیت خودرو را به دیگری واگذار می نماید.

وقتی عقد معوض است بین عوضین باید یک رابطه عادلانه موجود باشد یعنی از نظر اقتصادی عادلانه باشد والا مغبون خیار فسخ به لحاظ غبن دارد.

در عقد معوض طرفین حق حبس دارند. یعنی هر یک از طرفین می توانند اجرای تعهد از ناحیه خود را منوط به اجرای تعهد از ناحیه طرف مقابل کنند (نوروزی، ۱۳۹۷: ۱۵۵).

در عقد معوض اگر تعهد یکی از طرفین باطل بود، تعهد طرف دیگر نیز باطل است. عقد معوض دارای ویژگی هایی است. از جمله اینکه:

__ وجود رابطه عادلانه بین عوضین

__ داشتن حق حبس توسط طرفین

__ در صورت بطلان تعهد یک طرف تعهد طرف دیگر نیز باطل است

__ در عقد معوض عوضین باید معلوم و معین باشند

__ در عقد معوض تلف مبیع یا عوض قبل از قبض باعث انفساخ عقد است

بدون شک، قرارداد BRT عقدی معوض است، سرمایه گذار پس از تکمیل پروژه یا اتمام تولید محصول، اقدام به اخذ اجاره - سرمایه و سود - مندرج در توافق نامه پروژه می نماید. و پروژه به دولت (سرمایه پذیر) منتقل می شود. در اینجا عوض، همان مقدار معین ثمنی (پول) است که سرمایه پذیر به سرمایه گذار می پردازد.

عهدی بودن BRT

در قواعد مربوط به عقود، قراردادها در دسته بندی ها مختلفی مانند عقود معوض و غیر معوض، عقود معین و نامعین، عقود لازم و جایز و... قرار می گیرند. یکی از این دسته بندی ها، تقسیم بندی عقود به عقد تملیکی و عقد عهدی است.

^۱. کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۵۱.

^۲. قانون مدنی، ماده ۱۸۹.

به قراردادی عقد تملیکی گفته می‌شود که به وسیله آن، مالی (مانند خودرو، خانه و...) از ملکیت شخصی خارج شده و به ملکیت دیگری وارد شود.

در عقد عهدهی حرفی از انتقال مالکیت زده نمی‌شود و بحث بر سر انجام دادن یا انجام ندادن کاری است. و در آن‌ها تعهد و التزام وجود دارد این تعهد می‌تواند برای دو طرف قرارداد باشد و یا اینکه تنها یک طرف قرارداد متعهد باشد. در واقع عقد عهدهی، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین قرارداد یا هر دو ملزم به انجام کاری می‌شوند که البته این تعهد می‌تواند مالی یا غیر مالی باشد (نائینی، ۱۳۸۰: ۸۲).

آثاری که این دو نوع عقد به وجود می‌آورند و احکام مربوط به آن‌ها متفاوت هستند. به عنوان مثال در عقد تملیکی باید مورد معامله در زمان قرارداد وجود داشته باشد اما در عقد عهدهی لزومی ندارد و می‌تواند بعداً به وجود بیاید.

در عقد تملیکی چون یک مال وجود دارد نحوه مطالبه بنا به مورد می‌تواند متفاوت با یک عقد عهدهی باشد. زیرا موضوع تعهد در یک عقد تملیکی، انتقال مالکیت است؛ در حالی که موضوع تعهد در عقد عهدهی انجام دادن یک کار است.

در عقد تملیکی برای متعهده (کسی که به نفع او تعهد شده) حق عینی به وجود می‌آید که به وسیله آن می‌تواند هر متصرفی را مورد تعقیب قرار دهد. اما در عقد عهدهی حق دینی برای متعهده ایجاد می‌گردد که به وسیله آن فقط می‌تواند انجام دادن یا انجام ندادن کاری را از شخص متعهد طلب کند (شاهرودی، ۱۳۸۲: ۴۳۹).

اساس و پایه قرارداد BRT، تعهد است. پیمانکار در مقابل کارفرما تعهداتی را برعهده می‌گیرد. شرکت یا دولت پروژه، متعهد به اعطای امتیاز و وثیقه و اعطای بعضی از تضمینات مورد نیاز به سرمایه‌گذار است و در قبال آن سرمایه‌گذار نیز به طراحی، ساخت و اجرا پروژه متعهد است. پس این قرارداد از عقود عهدهی می‌باشد.

قرارداد B.R.T عقدی مستقل

از آنجا این قرارداد رایج بین عقلا هست لذا در عقلایی بودن آن شکی وجود ندارد. ولی در اینکه آیا عقدی مستقل محسوب می‌شود یا خیر جای بحث است.

از آنجا که چنین قراردادی بین عقلا و عرف جریان دارد اما چون در تطبیق آن بر عقود شرعی اختلاف نظر هست می‌توان آن را عقدی مستقل و عقلایی دانست زیرا بنا به ادله عام و مطلق معاملات، این عقود مخالف شرع نیستند و طرفین قرارداد ملزم به اجرای تعهدات خویش هستند!

ادله عام معاملات

ادله عام معاملات شامل آیات و روایات می‌باشد:

الف. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمان‌ها [و قراردادهای] وفا کنید!» (سوره مائده: آیه ۱). این آیه از مهمترین ادله لزوم عقد است؛ زیرا اولاً دلالت آیه بر لزوم به دلالت مطابقی است ثانیاً کلمه عقود، که در قاعده آمده، در آیه نیز آمده است.

کلمه العقود جمع همراه با الف و لام است و در دانش اصول ثابت شده که چنین جمعی بر عموم ازمانی و افرادی نیز دلالت می‌کند. ب. «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ؛ خدا داد و ستد را حلال گردانیده است» (سوره بقره: آیه ۲۷۵).

ج. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر اینکه تجارتی با رضایت شما انجام گیرد» (سوره نساء: آیه ۲۹).

د. روایت «المؤمنون عند شروطهم»^۲

مدلول اصلی این قاعده، لزوم وفای به شروط است و مؤمنان مکلف و موظف بر این شده‌اند که به قراردادهای وفا کنند؛ ولی حکم وضعی، یعنی لزوم قراردادهای از حکم تکلیفی انتزاع می‌گردد.^۳

^۱. بهبهانی، محمدباقر، حاشیه مجمع الفائده و البرهان، ص ۴۷۵.

^۲. طوسی، محمدبن الحسن، تهذیب الاحکام، ج ۲، ص ۳۷۱؛ کلینی، محمدبن یعقوب، کافی، ج ۵، ص ۵۵۰.

^۳. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۲، ص ۳۷.

هر قراردادی مبتنی بر شروطی می‌باشد. و وفا به این شروط از نظر عقل، امری واجب و ضروری است، این ضرورت تبدیل به سیره شده است.^۱

ه. «الناس مسلطون علی اموالهم»^۲

این روایت به قاعده تسلیط مشهور است، مفاد ایجابی قاعده این است که مالک بر مال خودش تسلط دارد. و حداقل بر احترام به تصرفات مالکانه مالک و نیز مطلق، انحصاری و دائمی دانستن مالکیت فرد در مایملک او، دلالت دارد. مالکیت خصوصی به رسمیت شناخته می‌شود و مالک، حق هرگونه دخل و تصرف مادی و معنوی در مایملک خود را داراست مگر منع شارع در کار باشد و نمی‌توان بدون مجوز شرعی مالکیت خصوصی افراد را تحدید کرد.^۳ لذا این قاعده از سویی مفاد قراردادهای خصوصی را که نوعی تصرف مالکانه است محترم می‌شمارد و از سوی دیگر دخل و تصرف دیگران در این گونه قراردادها را جایز نمی‌داند؛ یعنی آنچه دو رکن اصلی مفهوم عدالت معاوضی را شکل می‌دهد.

لذا از آنجا که خداوند تمام معاملات را حلال دانسته، الا اینکه حکم به فساد آنها صادر شده است و قرارداد BRT از سوی شارع نهی نشده است. از طرفی این قرارداد BRT بر اساس آیه تجارت، طرفینی با رضایت کامل است پس جایز است و طبق آیات ادله وفای به آنها واجب است.

عقد نامعین بودن قرارداد BRT

تقسیم‌بندی عقد به معین و نامعین به اعتبار لحاظ قانون گذار صورت می‌پذیرد و در قانون مدنی به استناد ماده ۱۰ که به عنوان اصل آزادی قراردادهای مشهور است آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»

این ماده چنانچه مشاهده می‌شود عموم قراردادهای منعقد را عقد و تابع شرایط می‌داند و به عنوان عقد غیرمعین به رسمیت می‌شناسد در مقابل عقود غیرمعین، عقد معین قرار دارد.

عقد معین هر عقدی است که در قانون عنوان داشته و قانون گذار ضوابط آن را مشخص کرده باشد. این وضعیت یعنی آزاد بودن قراردادهای غیرمعین، موجب نشده تا مردم نیازهای خود را در قالب‌های مختلف بریزند و پس از مدتی آن قالب متداول گشته و سرانجام مورد لحاظ قانون گذار واقع شده و به عقد معین تبدیل شود، مثل عقد بیمه که زمانی عقد غیرمعین و در حال حاضر از عقود معین است.

لکن قراردادهای خصوصی به هر نحو که بسته شود تابع قواعد کلی عقود و معاملات بوده و از این لحاظ تفاوتی بین عقد معین و غیرمعین وجود ندارد پس چنانچه گفته شد عقد غیرمعین، عقدی است که در قانون عنوان و صورت خاص ندارد و شرایط آثار آن بر طبق قواعد عمده تعیین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲-۳۰).

قرارداد نیز چون تحت هیچ یک از عناوین شناخته شده از عقود معین مثل بیع و اجاره و جعاله و قرض و صلح و... قرار ندارد، باید عقدی غیرمعین تلقی شود.

تطبیق قرارداد B.R.T با عقد استصناع

استصناع از استصنع، یستصنع به معنای ساختن چیزی است.^۴

۱. مظاهری، حسین، قاعده المؤمنون عند الشروطهم، ص ۱۵۵.

۲. مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، ج ۳، ص ۲۷۳؛ طوسی، محمدبن حسن، خلاف، ج ۳، ص ۱۷۶؛ ابن‌ابی‌جمهور، محمدبن علی، عوالی اللئالی، ج ۳، ص ۲۰۸.

۳. غروی اصفهانی، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۱۰۱.

۴. ابن‌منظور، محمدبن مکرم، لسان العرب، ج ۷، ص ۲۰۵؛ بندرریگی، ص ۹۵۸.

استصناع قرارداد یا عقدی است که با سازنده بر ساختن شیء معینی که در ذمه او است یعنی عقدی است که بر خریدن آن چه که سازنده در آینده خواهد ساخت که عین و عمل از آن سازنده است بنابراین اگر عین از آن سفارش دهنده باشد، عقد اجاره خواهد بود نه استصناع و آن از استثنای موجود بودن مبیع در زمان انعقاد عقد تلقی می‌کنند.

به عبارت دیگر مقصود از عقد استصناع یا قرارداد سفارش ساخت این است که کسی به نزد صنعت‌گر بیاورد و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می‌سازد، به ملکیت او درآورد. در این حال، قراردادی میان این دو به امضا می‌رسد که صاحب صنعت، تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت کند در اینگونه قراردادهای، کالای ساخته شده نتیجه عمل و عینی است که سازنده، تسلیم مشتری می‌کند. موضوع تعهد، زمان انعقاد عقد موجود نیست.

صحت یا عدم صحت عقد استصناع از نظر فقها

اصل صحت آن در بین فقهای مورد اختلاف است. برخی از قداما قائل به عدم صحت هستند و برخی از متأخرین صحت آن را برگزیده‌اند. ولی فقهای اهل سنت این قرارداد و عقد را استحساناً و استناداً به سنت و اجماع جایز می‌دانند.^۱

شیخ الطائفه رحمه‌الله می‌فرماید: «سفارش ساخت کفش، چکمه، و ظروفی که از برنج، سرب، آهن و چوب ساخته می‌شود، جایز نیست به دلیل؛ ۱- وجود اجماع بر عدم الزام صانع بر تحویل دادن کالا بلکه صانع مخیر است بین تحویل دادن کالا یا بازگرداندن ثمن به خریدار ۲- مجهول بودن کالای مورد قرارداد زیرا کالا نه از طریق بیان اوصاف آن و نه از طریق رؤیت مشخص نشده است»^۲.

اگرچه شافعی از فقهای اهل سنت نیز این نظر را پذیرفته است (عبدی و جعفرزاده، ۱۳۹۴)، اما ابوحنیفه معتقد است چون این قرارداد در بین مردم رواج دارد پس جایز است (عبدی و جعفرزاده، ۱۳۹۴).

ابن حمزه نیز می‌فرماید: «فردی که سفارش ساخت کالایی را از قبل می‌دهد و سازنده آن را می‌سازد، بین تسلیم کالا و خودداری از آن، مخیر است و سفارش دهنده نیز بین قبول و رد مبیع مختار است» (عبدی و جعفرزاده، ۱۳۹۴).

بعضی توجیه کرده‌اند که چنین معامله‌ای شرط ابتدایی است و چنانچه شرط ضمن عقد باشد لازم الوفاست.^۳ و در فقه امامیه الزام آور بودن شرط ابتدایی محل اختلاف است و بیشتر فقها بر این باورند که اصلاً شرط ابتدایی الزام‌آور نیست اگرچه بعضی متأخرین عکس آن را معتقدند.^۴

صورت‌ها و مصادیق استصناع

به طور کلی قرارداد و عقد استصناع یا سفارش ساخت سه صورت دارد:

الف. سفارش ساخت به صورت تملیکی

در این حالت بین طرفین سفارش دهنده و سازنده به صورت تملیک قطعی در مقابل قیمت بسته می‌شود، یعنی دوطرف قصد تملیک و تملک دارند. به این صورت که طبق عقد، صانع مقداری از مصنوعات خویش را در برابر قیمت آنها به ملکیت سفارش‌دهنده در می‌آورد و سفارش دهنده نیز این ملکیت را می‌پذیرد، طوری که انشای این ملکیت هیچ گونه حالت انتظار آینده برای آنها باقی نمی‌ماند و تنها چیزی که برای طرفین باقی می‌ماند این است که هر دو باید به این قرارداد متعهد باشند.^۵

صحت این قسم مشروط به این است که ثمن معامله، زمان تحویل کالا، مقدار کالا و ویژگی‌های آن باید مشخص باشد زیرا از مصادیق بیع است و شرائط بیع را باید دارا باشد.

ب. سفارش ساخت به صورت وعده‌ای قطعی

۱. کاشانی حنفی، علاءالدین ابوبکر بن مسعود، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۴، ص ۲؛ حنفی مصری، ابن نجیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج ۶ ص ۸۳.

۲. طوسی، محمدبن حسن، خلاف، ج ۳، ص ۲۱۵.

۳. انصاری، محمدعلی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ۲، ص ۵۷۱.

۴. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۱۱.

۵. مؤمن قمی، محمد، استصناع، مجله فقه اهل بیت، سال سوم، ش ۱۲۰۱، ص ۲۰۷.

در این حالت بین طرفین قرارداد قطعی بسته می‌شود، مبنی بر این که سازنده کالا را بسازد و پس از اتمام ساخت و هنگام انتفاع و بهره‌برداری از کالا آن را به سفارش‌دهنده بفروشد.

به عبارتی در این قرارداد صانع و تولید کننده متعهد می‌شود که تعداد کالای مورد توافق را بسازد و برای فروش عرضه نماید و خریدار نیز پس از عرضه آن را برد.

این صورت بیع نیست زیرا در قرارداد تصریح شده است که بیع پس از ساخت و صنع صورت گیرد. گرچه بین طرفین در عمل تملیک و تملک واقع نمی‌شود ولی هر دو مصمم هستند که در قبال دیگری کاری انجام دهند. عمل سازنده آن است که مورد توافق را بسازد و آن را برای فروش عرضه نماید و عمل سفارش‌دهنده آن است که همان تعداد را در برابر قیمت بخرد. محقق داماد معتقد است که این حالت از استصناع یک نوع قرارداد خصوصی الزام‌آور با شرایط خاص است، و عموم آیه «اوفوا بالعقود» شامل آن می‌شود لذا هر یک از طرفین موظف هستند که بدان ملتزم شده و عمل کنند. و از سویی، با لحاظ روایت «المؤمنون عند شروطهم»^۲ هر یک از طرفین موظفند در زمان مقرر، طبق شرایط قرارداد، عمل کرده و حق تخلف از تعهد خود را ندارند.^۳

ج. سفارش ساخت به صورت وعده‌ای غیرقطعی

در این حالت فقط یک وعده غیرقطعی بیع - خرید و فروش - بین طرفین - سفارش‌دهنده و سازنده - تحقق می‌گیرد، به این صورت که سفارش دهند بگویند: این کالا را برایم بساز، شاید آن را از تو برم لذا از لحاظ شرعی بیع نیست و شکی نیست که در آن هیچ الزامی برای طرفین وجود ندارد.

مقایسه ماهیت دو قرارداد

قراردادهای ساخت انواع مختلفی دارند که یکی از آنها قرارداد استصناع است. در نگاه اول این عقد شباهت‌های زیادی به پاره‌ای از قراردادهای مانند قراردادهای فروش، مقاطعه کاری، عقد امتیاز، عقد مقاوله و قراردادهای ساخت، اجاره و واگذاری (B.R.T) دارد، ولی با اندکی تأمل در مورد هریک از این عقود می‌توان به تفاوت آن‌ها پی برد. قرارداد بی‌آرتی نیز نوعی جدید از قراردادهای ساخت است. این دو قرارداد از جنبه‌های مختلفی قابل مقایسه هستند.

با مقایسه ماهیت این دو قرارداد، علاوه بر روشن‌تر شدن ماهیت هر دو قرارداد، نسبت بین این دو قرارداد معلوم می‌شود و مشخص می‌شود که قرارداد بی‌آرتی نوعی جدید از قرارداد استصناع است یا قراردادی مستقل می‌باشد.

راجع به این موضوع دو نظر وجود دارد و بعضی این دو قرارداد را یکی فرض کرده‌اند و بعضی دیگر مستقل از هم دانسته‌اند. در این زمینه می‌توان گفت که قرارداد بی‌آرتی قراردادی مستقل از استصناع است اما با توجه به اینکه عقدی مرکب می‌باشد، یک جزء از آن، عقد استصناع است. با مقایسه اعتبار، اوصاف، آثار و احکام این دو قرارداد، شباهت‌ها و تفاوت‌های این دو قرارداد مشخص می‌گردد و تحلیل دقیق‌تری از این دو قرارداد بدست می‌آید.

شباهت اصلی دو قرارداد در هدف آنها یعنی ساخت شیء مورد نظر می‌باشد و تفاوت اصلی آنها این است که در قرارداد بی‌آرتی اجرت پیمانکار به صورت اعطای امتیاز اجاره از طرح می‌باشد، اما در قرارداد استصناع، سفارش‌دهنده باید اجرت پیمانکار را به طور نقدی پرداخت کند. به عبارت دیگر دولت هیچ تعهد مالی در قرارداد BRT بر عهده‌اش نیست و برای ساخت پروژه هیچ هزینه‌ای پرداخت نمی‌کند بنابراین هزینه‌های عمرانی دولت تقلیل می‌یابد و دولت در سایر حوزه‌ها دست بازتری دارد اما قرارداد استصناع برای دولت مؤنه زیادی دارد.

از آنجا که بخش خصوصی در قرارداد استصناع فقط سازنده پروژه است بنابراین نقش آن در آزاد سازی اقتصادی - کم کردن یا حذف کنترل بخش عمومی و دولتی از نظام بازارهای مالی و امور اقتصادی و واحدهای تولیدی، کالاهای و خدمات، بازار کار و واگذاری به بخش خصوصی (کمالی، ۱۳۷۳: ۸۸) - صفر است و تنها اکتفا به ساخت طرح کرده و در بهره‌برداری و مدیریت نقشی

۱. سوره مائده: آیه ۱.

۲. مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، ج ۲، ص ۲۷۷.

۳. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه: بخش مدنی، ص ۵۰-۵۳.

ندارد ولی با قرارداد B.R.T، دولت از طریق بخش خصوصی راه ورود سرمایه به فعالیت‌های اقتصادی را باز کرده و در عین حال نظارت و کنترل خود را حفظ می‌کند.

از مزایای قرارداد B.R.T چون تمام مراحل از ساخت تا بهره برداری و اجاره توسط بخش خصوصی انجام می‌گیرد، موجب کاهش بار دولت می‌شود، همچنین ظرفیت استفاده از مدیریت کارای بخش خصوصی ایجاد می‌گردد چون بخش خصوصی به دلیل انگیزه و نفع شخصی، مدیریت کاراتری نشان می‌دهد، و کیفیت بالاتر خواهد بود، اما در قرارداد استصناع انگیزه شخصی وجود ندارد (صادقی، ۱۳۸۵).

انتقال فناوری با قرارداد استصناع مشکل به نظر می‌رسد زیرا در آن بیشتر به ساخته شدن طرح اکتفا می‌شود ولی قراردادهای B.O.T من جمله B.R.T یک نوع قرارداد برای انتقال فناوری هستند و این مزیتی برای این قراردادها محسوب می‌گردد (موسوی، ۱۳۹۵: ۱۸).

در قراردادهای B.R.T، نظارت دولت نسبی است و کامل نیست؛ این قراردادها از دو بخش ساخت و اجاره تشکیل شده‌اند که بخش اجاره بسیار حائز اهمیت است، زیرا یقیناً پروژه از طرح‌های زیربنایی کشور است که باید در انحصار دولت باشد و چون دولت‌ها باید کیفیت خدمت‌رسانی به مردم را بالا ببرند لذا باید نظارت خودش را بر پروژه حفظ کند که معمولاً با استفاده و به کارگیری نیروی متخصص بخش خصوصی داخلی و خارجی یا آموزش نیروها این پروسه را انجام می‌دهد. ولی در استصناع نظارت حداکثری دولت بر پروژه حفظ می‌شود که از مزیت‌های استصناع است.

همچنین با مقایسه مزایای این دو قرارداد در زمینه ساخت پروژه‌های عمرانی، قراردادی که برای ساخت این پروژه‌ها در کشور ما مفیدتر است، تعیین می‌شود.

مشکل عمده - در حالتی که شرکت پروژه بودجه کافی جهت اجرای پروژه ندارد - از قراردادهای BRT آن است که در این حالت هم ساخت پروژه توسط بانی برون‌سپاری ساخت پروژه از منظر فقهی دچار ایرادی نیست، مضافاً به اینکه می‌توان قرارداد ساخت را در قالب قرارداد استصناع منعقد کرد ولیکن تأمین مالی از راه قرض با بهره و یا انتشار اوراق قرضه دچار ایراد فقهی است. با توجه به آنچه که درباره مشروعیت روش‌های تأمین اعتبار در قرارداد استصناع و B.R.T گفته شد، مشروعیت روش تأمین اعتبار در قرارداد استصناع بیشتر است چون که اوراق استصناع مبتنی بر عقود مشروع فقهی می‌باشند ولی در باره مشروعیت وام بانکی و اوراق قرضه اشکالات و تردیدهایی وجود دارد. در حقیقت قرارداد استصناع و روش تأمین اعتبار آن، بر مبنای فقهی بنا شده است اما روش‌های تأمین اعتبار در قرارداد B.R.T بر مبنای اقتصاد غربی بنا نهاده شده است و از لحاظ شرعی و فقهی مشکل دارند، البته می‌توان با وام گرفتن بر مبنای عقود شرعی یا روش‌های تأمین اعتبار جایگزین این مشکل را حل کرد.

در کشورهای اسلامی جهت رفع این مشکل می‌توان از اوراق استصناع جهت تأمین مالی قراردادهای استفاده نمود.

منظور از حامیان مالی در روش BRT وام دهندگان به شرکت پروژه در صورت وجود وام دهنده و یا هر گونه عدم تمایلی در جهت اجاره پروژه توسط شرکت خصوصی یا دولت است و در اوراق استصناع این زیرشاخه ناظر به عدم فروش اوراق در بازار می‌باشد تورم در ریسک بازپرداخت ناظر به تأثیرات ریسکی آن بر نرخ اوراق استصناع و نرخ اجاره در قرارداد BRT است (قمی‌زاده و ریاحی، ۱۳۹۳: ۱۸۳).

ریسک ساخت شامل دو زیرشاخه افزایش هزینه و ریسک تغییر قوانین و مقررات است افزایش هزینه شامل ریسک‌های مربوط به مراحل ساخت از جهت کمبود و یا افزایش هزینه می‌شود، می‌باشد که مربوط به روش است و در اوراق استصناع شامل افزایش هزینه‌های پیمانکار یا هزینه‌های مالی شرکت واسط و شرکت تأمین سرمایه می‌شود که منجر به جریمه و افزایش هزینه می‌شود که منجر به افزایش انتشار اوراق و در نتیجه کاهش احتمالی تقاضا خواهد شد.

ریسک تغییر قوانین و مقررات در زیرشاخه ریسک ساخت ناظر به تغییر قوانین و مقرراتی می‌شود که محدودیت‌هایی برای پیمانکار در هر دو روش ایجاد کند و با توجه به اینکه این دو روش توانایی و به کارگیری در پروژه ملی بخش انرژی را دارند و با توجه به حساسیت این گونه پروژه‌ها که شامل موارد متعددی مانند صلاحیت‌های شرکت اجاره کننده، پیمانکاران، وام دهندگان و غیره می‌باشد، امکان تغییر قوانین و مقررات محتمل است (قمی‌زاده و ریاحی، ۱۳۹۳: ۱۸۳).

نتیجه گیری

قراردادهای BOT در جهان اقتصادی امروز جایگاه ویژه‌ای در سرمایه گذاری خارجی یافته و کشور ما نیز برای توسعه طرحهای زیربنایی خود نیازمند استفاده از آن می‌باشد. در قراردادهای BOT پیمانکار پس از ساخت طرح، مدتی مالک طرح بوده و از آن بهره برداری می‌کند و سپس مالکیت را به کارفرما منتقل می‌کند

با مقایسه مزایا و معایب این قرارداد با استصناع به این نتیجه می‌رسیم که قرارداد دارای شش مزیت و قرارداد استصناع دارای چهار مزیت است و مهمترین مزایای که قرارداد BRT از آن برخوردار است آن است که این قرارداد تأثیر زیادی در کاهش هزینه‌های دولت و انتقال فناوری به کشور دارد لذا با استفاده از قرارداد BRT و مزایای آن در ایجاد زیرساخت‌های مناسب برای پیشرفت اقتصادی موفق‌تر عمل کند

بنابراین قرارداد BRT یکی از اقسام عقود معینی است که در قانون از آن نامبرده شده و شرایط آن در قانون تعیین شده است و برای تعیین شرایط جزئی این قرارداد می‌توان از ماده ۱۱ قانون مدنی بهره برد. به لحاظ فقهی و بر اساس دیدگاه غیر توفیقی بودن معاملات، علاوه بر تطبیق چنین قراردادهایی بر قراردادهای مر سوم شرعی آن را می‌توان عقدی مستقل و عقلائی دانست و بر اساس عمومات باب معاملات حکم به جواز و صحت آن کرد و بنا بر مبنای غیر توفیقی بودن معاملات و همچنین خلاف شرع نبودن اصل چنین معامله‌ای، این نوع قرارداد مشمول ادله عام قراردادهای را بیان نموده و با BRT تطبیق داده شد.

منابع

۱. ابدال بیگی، صادق. (۱۳۹۳). "تحلیل قراردادهای B.O.O و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران." در دومین کنگره بین المللی سازه، معماری و توسعه شهری، صفحه ۵.
۲. احمدی، لوزا. (۱۳۸۵). "امکان اجرای پروژه‌های شهری مدیریت شهری با بهره‌گیری از پیمان BOT." در کنفرانس بین‌المللی مدیریت پروژه، اسفندماه ۸۵، صفحه ۲.
۳. اشعریون قمی‌زاده، فرزانه و تاجمیر ریاحی، حامد. (۱۳۹۳). "بررسی مقایسه‌ای روش تأمین مالی پروژه‌های انرژی بر اساس تلفیق اوراق استصناع قرارداد BRT و اوراق استصناع مستقل." در نشریه تحقیقات مالی اسلامی، شماره ۶، صفحه ۱۸۳.
۴. ایزدی فرد، علی اکبر؛ کاویار، حسین. (۱۳۸۹). تاملی فقهی حقوقی در قرارداد بیع متقابل. پژوهشنامه بازرگانی، ۱۴(۵۴)، ۱۱۱-۱۴۳.
۵. پورپرتوی، میرطاهر. (۱۳۹۲). بررسی اقتصادی روش‌های مختلف تأمین مالی پروژه احداث انبار نفت استراتژیک تهران. پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، ۲(۶)، ۵۳.
۶. ترابی، مرتضی. (ترجمه توکلی، محمدرضا). (۱۳۸۹). قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی. فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی، ۱، ۳۱-۸۴.
۷. توسلی جهرمی، منوچهر. (۱۳۸۱). قراردادهای بین‌المللی. نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸.
۸. دیانتی نسب، ابراهیم و شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۳). بررسی حقوقی ساتار قراردادهای افست. مجله حقوقی دادگستری، ۷۸، ۷۱.
۹. دیانتی نسب، ابراهیم. (۱۳۹۲). مفهوم و ماهیت معامله افست. فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی، ۲(۵)، ۱۱۹.
۱۰. ربیعا اسکینی، ماهیت. (۱۳۹۱). و آثار افست در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه. فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۳(۲)، ۱۳۱.
۱۱. سعیدی، محمدعلی و رازقیان، جعفر. (۱۳۹۵). بررسی حقوقی ریسک‌های قرارداد BT. فصلنامه بورس اوراق بهادار، ۹(۳۵)، ۳۵.
۱۲. شاکری، بلال. (۱۳۹۷). بررسی فقهی قراردادهای بی‌اوتی. فصلنامه علمی پژوهشی فقه، ۲۵(۳)، ۳۲.
۱۳. شکوهی، محمدرضا. (۱۳۸۵). قراردادهای تأمین یا مشارکت مالی. پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، دانشگاه صنعت نفت، ۱۶، ۱۸.
۱۴. شکوهی، محمدرضا. (۱۳۹۳). هزینه‌های مبادلاتی سازماندهی در شرکت ملی نفت ایران. پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، ۱۳، ۲۴.
۱۵. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۰). دلایل استفاده از قراردادهای بی‌اوتی و نقش دولت در موفقیت این طرح‌ها. مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۱، ۳۷.
۱۶. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۰). ساخت، بهره‌برداری و انتقال. فصلنامه مفید، ۲۶، ۳۴-۳۵.
۱۷. شیروی، عبدالحسین. (پاییز و زمستان ۸۳). انواع روش‌های قراردادی تجارت متقابل. دوفصلنامه اندیشه‌های حقوقی، سال دوم، شماره هفتم، ۵-۴۶.

۱۸. صابر، محمدرضا. (۱۳۸۶). مطالعه تطبیقی ماهیت حقوقی قراردادهای بیع متقابل و جایگاه قانونی آن. مجله حقوقی نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۳۷، ۲۳۴.
۱۹. صادقی، محسن. (۱۳۸۵). بررسی قراردادهای بین‌المللی B.O.T و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران. پژوهشنامه بازرگانی، ۳۸، ۱۳۵.
۲۰. عاطفی‌فرد، مسعود و خیری، مهدی؛ آزادفلاح، علی و سعید به نیا. (۲۰۱۶). بررسی اجمالی انواع قراردادهای عمرانی. دومین کنفرانس جهانی مهندسی عمران و معماری و برنامه ریزی شهری و محیط پایدار، استانبول.
۲۱. عبدی، یاسر؛ جعفرزاده، جعفر. (زمستان ۱۳۹۴). بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد استصناع. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی - ۱۲(۱)، ۵۶.
۲۲. علیدوستی، ناصر. (۱۳۸۵). جنبه‌های حقوقی - امنیتی قراردادهای بیع متقابل. نشریه مطالعات راهبردی، ۳۳، ۵۴۶.
۲۳. علی‌نژادی، محسن. (۱۳۹۶). عقد صلح در مقام بیع. فصلنامه علمی حقوقی قانون‌یار، ۴، ۵۶.
۲۴. غمامی، مجید. (۱۳۸۹). تأمین مالی پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال. مجله حقوق تطبیقی، ۱(۲)، ۱۰۳.
۲۵. قاسمی، سامان. (۱۳۸۲). بررسی راه‌های تجهیز و توسعه منابع مالی ارجی. مجله اقتصاد وزارت امور اقتصادی و دارایی، ۳۵.
۲۶. کاظمی، شایسته؛ هرتمنی، امیر؛ فدایی، مهدی. (۱۴۰۰). تبیین الگوی بهینه در قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی (BOT) کاربردی از نظریه قراردادها. فصلنامه تحقیقات مدل‌سازی اقتصادی، ۱۲(۴۴)، ۲۱۳-۲۴۹.
۲۷. کمالی، پروانه. (۱۳۷۳). آزادسازی اقتصادی در ایران. مجله دانش و توسعه، ۱، ۸۸.
۲۸. کوچ پی ده، (۱۳۹۹). شناسایی و مدیریت ریسک‌های قراردادهای سرمایه‌گذاری به روش BRT. چهارمین کنفرانس بین‌المللی. عمران، معماری و مدیریت شهری.
۲۹. گادوین، ویلیام. (ترجمه جابری، محمد صالح). (۱۳۹۳). قراردادهای ساخت و ساز بین‌المللی به همراه تفسیر فرم‌های طراحی و ساخت فیدیک. انتشارات تیسرا.
۳۰. الماسی، نجادعلی؛ اماراتی موسوی، سیدمحمد. (۱۳۹۵). "مقایسه مزایا و معایب قرارداد استصناع و قرارداد B.O.T در اجرای پروژه‌های دولتی." در دوفصلنامه علمی تخصصی آموزه‌های حقوقی گواه، شماره دوم، ۵-۳۰.
۳۱. معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور. (۱۳۸۷). موافقت‌نامه ساخت - بهره‌برداری - واگذاری، معاونت نظارت راهبردی، دفتر نظام فنی اجرایی، نشریه شماره‌ی ۴۶۹، ص ۱.
۳۲. مؤمن قمی، محمد. (۱۳۷۶). استصناع. مجله فقه اهل بیت، ۱۱ و ۱۲، ۲۰۷.
۳۳. میرفیض، فلاح شمس؛ حامد. تاجمیر ریاحی؛ حمزه و مظفری، مدیریت ریسک در قراردادهای تأمین مالی (۱۳۹۹). BRT، ۵۲۱.