

## مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیر ساخت ها در ایران بر اساس مبانی مذکور در قانون اساسی و قوانین عادی

دکتر مجید غمامی<sup>۱</sup>

### چکیده

در سال های اخیر، تلاش برای توسعه تاسیسات زیر ساختی در کشورها و افزایش سطح رفاه و امکانات عمومی شهروندان، به یک دغدغه اساسی برای دولت ها تبدیل شده و در بیشتر موارد مقررات خشک و انعطاف ناپذیر دستگاه های دولتی، این دغدغه و نگرانی را تشدید نموده است. بر این اساس، بسیاری از کشورها از تمرکز دولت بر تاسیسات زیر ساختی صرف نظر نموده و به راهکارهای جدیدی دست یافته اند.

یکی از این راهکارها، استفاده از روش "مشارکت بخش عمومی و خصوصی"<sup>۲</sup> در توسعه زیر ساخت ها است که از دهه هفتاد میلادی در قالب قراردادهای همچون "طراحی و ساخت"، "بهره برداری و تعمیرات"، "ساخت، بهره برداری و واگذاری" و "ساخت، بهره برداری و مالکیت" در کشورهای توسعه یافته مرسوم شده و سپس به کشورهای در حال توسعه نیز گسترش یافته است. در این روش، تلاش بخش عمومی و خصوصی بر این اساس قرار گرفته است که بخش عمومی از امکانات و تسهیلات و تجربیات فنی و مالی بخش خصوصی بهره مند شده و در مقابل، ریسک ها و مسؤولیت های همیشگی بخش عمومی به بخش خصوصی منتقل شود.

روش مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه زیر ساخت ها در قانون اجرای سیاست های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قوانین دیگر نظیر قوانین برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به رسمیت شناخته شده است. در این قوانین و مقررات، توسعه میدان های نفت و گاز، افزایش توان تولیدی برق و آب، توسعه راه ها و جاده ها و فرودگاه ها و بنادر و تقویت حمل و نقل بار و مسافر با استفاده از قراردادهای نظیر قرارداد بیع متقابل<sup>۳</sup>، قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال<sup>۴</sup>، قرارداد ساخت، بهره برداری و مالکیت<sup>۵</sup>، طراحی، تدارک، ساخت و تامین مالی<sup>۶</sup> با مشارکت بخش عمومی و خصوصی مورد تاکید و حمایت قانونگذار قرار گرفته است.

هدف از این مقاله، بررسی مبانی مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیر ساخت ها در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران و ارائه راهکاری جدید برای موفقیت بیشتر یک پروژه با استفاده از مزایا و فرصت های این مشارکت است.

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

<sup>۲</sup> Public Private Partnership (PPP)

<sup>۳</sup> Buy-Back

<sup>۴</sup> Build, Operation, Transfer (BOT)

<sup>۵</sup> Build, Operation, Own (BOO)

<sup>۶</sup> Engineering, Procurement, Construction, Finance (EPCF)

**واژگان کلیدی:** مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیر ساخت ها، ریسک ها و فرصت ها، قراردادهای سرمایه گذاری.

## مبحث نخست: ساختار PPP

### ۱. معرفی موضوع

مشارکت بخش عمومی و خصوصی یا Public Private Partnership روشی است که از طریق آن خدمات عمومی در یک کشور با بهره مندی از توانائی ها و تخصص های بخش عمومی و خصوصی اداره و مدیریت می شود. با استفاده از این روش، دولت ها می توانند فعالیت های تصدی خود، نظیر اجراء و توسعه پروژه های صنعتی و تجاری در زمینه های آب و برق، نفت و گاز، حمل و نقل، مخابرات، احداث مراکز درمانی و تفریحی را با مشارکت بخش خصوصی پیاده سازی نموده و از امکانات و تسهیلات بخش خصوصی بهره مند شوند؛ امکان تامین مالی پروژه های زیر بنائی و استفاده از تکنولوژی های نوین از مهمترین تسهیلات بخش خصوصی است، که با استفاده از روش PPP در اختیار بخش عمومی قرار می گیرد.

در PPP توانائی ها و منابع بخش عمومی و خصوصی با تقسیم فرصت ها و ریسک ها میان این دو بخش ترکیب شده و بخش عمومی ضمن استفاده از تجربیات و توانائی های بخش خصوصی، از پرداختن به فعالیت های روزمره پروژه های زیر بنائی رهائی یافته و بر سیاستگذاری و نظارت بر پیشبرد پروژه متمرکز می شود. مهمترین ارمغانی که PPP برای دولت ها به همراه می آورد این است که از فعالیت های تصدی دولت کاسته شده و فرصت کافی برای پرداختن به فعالیت های حاکمیتی، که عمدتاً معطوف به ارائه خدمات و گسترش رفاه عمومی است، فراهم می شود. وانگهی در این روش، هزینه های دولت کاهش یافته و خدمات عمومی با کیفیت بهتر و ارزان تری در اختیار عموم قرار خواهد گرفت. این موضوع حتی در مواردیکه دولت بخشی از تامین مالی پروژه های زیر بنائی را بر عهده می گیرد، نیز مصداق خواهد داشت زیرا در این صورت، هزینه های دولت هدفمند و سازمان یافته مصرف خواهد شد.

بخش خصوصی نیز در این روش وظیفه تدارک سرمایه و ارائه خدمات عمومی را بر عهده گرفته و در قبال ارائه خدمات، حق الزحمه خود را دریافت می نماید و بخش عمومی، ضمن برخورداری بهینه از منابع و نوآوری بخش خصوصی قادر خواهد بود تا به ارائه خدمات کارا و اثر بخش بپردازد.<sup>۷</sup>

بخش خصوصی با تشکیل یک شرکت تک منظوره<sup>۸</sup> یا کنسرسیومی متشکل از چند شرکت وارد PPP شده و فعالیت های ساخت، توسعه، نگهداری و بهره برداری از پروژه های زیر بنائی

<sup>۷</sup> فرشاد هیبتی و موسی احمدی، مدیریت ریسک در مشارکت های عمومی خصوصی پروژه های زیرساختی، مجموعه مقالات دومین کنفرانس بین المللی توسعه نظام تامین مالی در ایران، ص ۹۸ و ۹۹

<sup>۸</sup> Special Purpose Vehicle (SPV)

موضوع مشارکت را برای مدت مشخصی بر عهده گرفته و هزینه لازم برای اجرا و پیشبرد پروژه را تامین می نماید و در مقابل حق الزحمه خود را مستقیماً یا غیر مستقیم دریافت می نماید.<sup>۹</sup> وزارتخانه ها، سازمان های دولتی، شهرداری ها و نهادهای دولتی یک طرف مشارکت و شرکت های داخلی و خارجی، سازمان های غیردولتی<sup>۱۰</sup> و سازمان های اجتماعی<sup>۱۱</sup> طرف دیگر مشارکت هستند، که هر دو طرف تعهدات و مسؤولیت هائی را بر عهده گرفته و همزمان در جستجوی دستیابی به منافع مورد نظر خود هستند. در این میان، یک مشارکت موفق مشارکتی است که علاوه بر منافع بخش عمومی، منافع بخش خصوصی را نیز به رسمیت شناخته و امکان تحقق اهداف و انتظارات بخش خصوصی در ورود به مشارکت را فراهم نماید. برای اینکه یک پروژه PPP پروژه موفق باشد و به کلیه اهداف و مقاصد پیش بینی شده خود دست یابد، باید پیش شرط های زیر فراهم شوند:

- وجود یک ساختار حقوقی و قانونی قابل اطمینان که از منافع بخش خصوصی و حقوق اموال و مالکیت حمایت نموده و قراردادهای تجاری را در حدود عرف بین المللی حاکم بر این قراردادها به رسمیت بشناسد؛
- وجود موسسات دولتی با اختیارات و صلاحیت کافی برای واگذاری قرارداد به بخش خصوصی؛
- وجود مکانیسمی روشن برای حل اختلافات طرفین به روشی سریع، کم هزینه و عادلانه.<sup>۱۲</sup>

## ۲. سابقه تاریخی موضوع

از ابتدای دهه ۱۹۸۰ میلادی، دولت ها با دو نگرانی اساسی مواجه شدند؛ یکی افزایش حجم بدهی های بخش عمومی و دیگری ضرورت توسعه تاسیسات زیر بنائی. این نگرانی ها در نهایت منجر به این تصمیم گردید که بخش خصوصی وارد سرمایه گذاری در بخش عمومی شود تا از این طریق از مزایای مشارکت بخش خصوصی و امکانات و تجربیات این بخش استفاده شود. برای نمونه در سال ۱۹۹۲ میلادی، دولت محافظه کار جان میجر در انگلستان، اولین برنامه سازمان یافته برای تشویق مشارکت بخش عمومی و خصوصی را با عنوان "ابتکار در تامین مالی خصوصی"<sup>۱۳</sup> پایه گذاری نمود که این برنامه بر کاهش استقراض از بخش عمومی و توزیع ریسک میان بخش عمومی و خصوصی متمرکز شد. هم اکنون دولت انگلستان بیشترین تجربه

<sup>۹</sup> نحوه دریافت حق الزحمه و تعهدات و مسؤولیت هائی که بخش خصوصی بر عهده می گیرد، به الگوی مشارکت بخش عمومی و خصوصی بستگی دارد که در بخش پنجم این مبحث به آن پرداخته شده است.

<sup>۱۰</sup> Non-Governmental Organization (NGO)

<sup>۱۱</sup> Community-Based Organization (CBO)

<sup>۱۲</sup> [www.oecd.org/](http://www.oecd.org/) Amman Jordan, Managing Risk in PPP Projects through Legal Documentation, p. 6

<sup>۱۳</sup> Private Finance Initiative (PFI)

مشارکت بخش عمومی و خصوصی را با ساخت بیش از ۴۰ بیمارستان، ۱۵۰ مدرسه و ۲۵۰ پروژه جاده ای و ریلی به خود اختصاص داده است.<sup>۱۴</sup>

در آمریکا در سال های ۱۹۸۰ تا ۲۰۰۳، در دوره رونالد ریگان، دولت فدرال سعی کرد با ترغیب دولت های محلی و شهرداری ها به وارد شدن به قراردادهای گسترده تر با بخش خصوصی، نگرش موجود نسبت به مشارکت عمومی و خصوصی را تغییر دهد. در این سال ها تفکر عمومی به این سو پیش می رفت که بسیاری از دارایی های دولتی تحت نگهداری نامناسب، عملکرد ضعیف، سرمایه گذاری کم و استفاده بیش از مقدار لازم از نیروی انسانی در حال ارائه خدمات ضعیف هستند. بر این اساس، برخی از ایالت ها تمامی امور جاده ها از قبیل طراحی، ساخت، نگهداری و مدیریت عوارض جاده ای را به بخش خصوصی واگذار کردند. اصلی ترین تلاش در راستای PPP در ایالات متحده آمریکا، تصمیم شهردار شیکاگو برای اعطای امتیاز انحصاری پل شیکاگو برای ۹۹ سال به یک شرکت خصوصی بود. در سال ۲۰۰۶ ایالات و مناطق مختلفی امتیاز پروژه های خود را به بخش خصوصی اعطا کردند که از مهم ترین آنها می توان به پنسیلوانیا، ایلینویز، نیوجرسی و تگزاس اشاره نمود.<sup>۱۵</sup>

در دو دهه گذشته بیش از ۱۴۰ قرارداد بر اساس مشارکت عمومی و خصوصی در اتحادیه اروپا امضاء شده، که بیانگر تقریباً دویست و شصت میلیارد یورو سرمایه گذاری است. به دلیل اهمیت PPP در فعالیت های اقتصادی در اتحادیه اروپا مرکزی تحت عنوان "مرکز تخصصی مشارکت عمومی و خصوصی اروپا"<sup>۱۶</sup> به منظور حمایت از ظرفیت های بخش عمومی برای اجرای طرح های PPP و حل مشکلات مشترک این طرح ها در کل اتحادیه، تاسیس شده است. بانک جهانی نیز از دولت هائی که قصد تغییر فرآیند سنتی مشارکت و توسعه روش PPP را دارند، حمایت نموده و با ارائه کمک های فنی، مالی و اقتصادی به پیشبرد پروژه های PPP شتاب می بخشد.<sup>۱۷</sup> کمیسیون اروپا نیز مشخصات زیر را برای یک PPP بر شمرده است:

- ارتباط طولیل المدت از طریق همکاری میان بخش عمومی و خصوصی در بخش های مختلف یک پروژه؛
- تامین مالی یک پروژه توسط بخش خصوصی با استفاده از روش های پیچیده توسط بازیگران مختلف که عمدتاً موسسات مالی و اعتباری هستند؛
- توزیع ریسک میان بخش خصوصی و عمومی، که علی الاصول ریسک های بخش عمومی به بخش خصوصی منتقل می شود.<sup>۱۸</sup>

<sup>14</sup> [www.partnershipsbcc.ca](http://www.partnershipsbcc.ca) / An introduction to public private partnerships, July 2006, British Columbia, p. 5 & 6

<sup>15</sup> [www.adb.org/documents/public-private-partnership-ppp-handbook](http://www.adb.org/documents/public-private-partnership-ppp-handbook), p 8-10

<sup>16</sup> European PPP Expertise Centre (EPEC)

<sup>17</sup> <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/world-bank-group>

<sup>18</sup> Andreas Kappeler & Mathieu Nemoz, Public-Private Partnership in Europe-Before and During the Recent Financial Crisis, Economic and Financial Report 2010/4, July 2010, p. 4

در مجموع امروزه در تمام کشورهای توسعه یافته و حتی در کشورهای در حال توسعه، تلاش برای استفاده از مشارکت بخش خصوصی در پروژه های زیر بنائی در حال گسترش است. در این راستا، دولت ها تلاش می نمایند تا با استفاده از روش PPP بستر مناسبی برای حضور بیشتر بخش خصوصی در ساخت، راه اندازی و بهره برداری از پروژه های زیر بنائی را فراهم نمایند و بدین ترتیب حجم تعهدات و مسؤولیت های خود را کاهش دهند.

### ۳. امتیازهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی

از آنجائیکه هدف از PPP در توسعه زیر ساخت های یک کشور، توسعه و بهبود وضعیت بخش انرژی، حمل و نقل و تکنولوژی در آن کشور محسوب می شود، ضرورت دارد بخش عمومی و خصوصی پیش از ورود به این مشارکت، از فرصت های آن آگاه بوده و با تجزیه و تحلیل دقیق موضوع، با یکدیگر مشارکت نمایند. از جمله مزایا و فرصت های این مشارکت عبارتند از:

➤ **همکاری بخش عمومی و خصوصی:** با استفاده از PPP، بخش عمومی و خصوصی

در پروژه هائی مشارکت می نمایند که هر یک به تنهائی قادر به انجام و تکمیل آن یا تحمل ریسک ها و خطرات آن نیستند؛

➤ **بهبود کیفیت ارائه خدمات عمومی:** با استفاده از PPP، دولت به فعالیت های

حاکمیتی پرداخته و مسؤولیت های تصدی دولت به بخش خصوصی منتقل می شود. در این صورت با توجه به اینکه بخش خصوصی تابع قانون بازار است و باید همواره قدرت رقابت خود را حفظ کند، کیفیت ارائه خدماتی که از این طریق ارائه می شود، افزایش خواهد یافت؛

➤ **بهبود هزینه های ارائه خدمات عمومی:** با استفاده از تجربیات و امکانات بخش

خصوصی، خدمات عمومی می تواند با هزینه کمتر یا حداقل با بودجه مقرر شده ارائه شده و از افزایش هزینه های دولت کاسته شود؛

➤ **توسعه سرمایه گذاری در تاسیسات زیر بنائی:** بخش عمومی می تواند با استفاده

از سرمایه بخش خصوصی، به احداث تاسیسات زیر بنائی، نظیر ساخت مدارس و بیمارستان و جاده ها و غیره پردازد؛

➤ **کاهش تهدیدات و ریسک های بخش عمومی:** با انتقال ریسک به بخش خصوصی،

علی الخصوص ریسک هائی که توسط بخش خصوصی به آسانی مدیریت می شود، از تهدیدات و خطرات پیش روی دولت ها کاسته می شود؛

➤ **توسعه وضعیت بودجه:** با انتقال ریسک ها به بخش خصوصی، بسیاری از هزینه

های دولت که مربوط به مقابله با این ریسک ها و تهدیدات است، کاهش می یابد؛

➤ استفاده بهینه از دارائی و اموال: بخش خصوصی به منظور کاهش هزینه های سرمایه گذاری، تلاش می نماید تا از کلیه امکانات و تسهیلات به بهترین نحو ممکن استفاده و بهره برداری شود.<sup>۱۹</sup>

#### ۴. ریسک ها و تهدیدات مشارکت بخش عمومی و خصوصی

مشارکت بخش عمومی و خصوصی، ریسک ها و تهدیداتی را برای طرفین مشارکت به همراه دارد که طرفین باید با علم و آگاهی به این ریسک ها وارد مشارکت شوند. ریسک های دولتی، از جمله ریسک تغییر در قوانین و مقررات، ریسک تغییر در حکومت یا تغییر در تمایلات و انتظارات حکومت از جمله ریسک هائی هستند که بخش عمومی باید عهده دار آن ها باشد. در مقابل، ریسک های مربوط به ساخت، بهره برداری و مدیریت یک پروژه، تامین مالی آن و چگونگی بازپرداخت وام های پروژه را بخش خصوصی بر عهده خواهد گرفت.

اساسی ترین خطری که بخش خصوصی را در یک PPP تهدید می نماید، "ریسک تقاضا"<sup>۲۰</sup> است، بدین معنا که اگر پس از اجرای یک پروژه PPP مشخص گردد که پروژه متقاضی ندارد یا متقاضی آن کم است، بازپرداخت اقساط وامی که بخش خصوصی برای پیشبرد پروژه اخذ نموده است، با مشکل عمده مواجه خواهد شد.<sup>۲۱</sup> انتظار بخش عمومی این است که ریسک تقاضا را بخش خصوصی متقبل شود و بخش خصوصی نیز انتظار دارد که بخش عمومی از وی حمایت نموده و تضامین کافی برای مقابله با این ریسک و کاهش خطرات و آثار آن را برای وی فراهم نماید. در نهایت پروژه ای موفق خواهد بود که انتظارات متعارف بخش عمومی و خصوصی را برآورده سازد.

در الگوهای مختلف PPP، که در بخش زیر توضیح داده شده است، نحوه توزیع ریسک متفاوت است. برای نمونه در قراردادهای طراحی و ساخت، صد در صد ریسک را بخش عمومی عهده دار شده و بخش خصوصی، بدون اینکه تامین مالی پروژه را بر عهده بگیرد، نسبت به طراحی و ساخت پروژه اقدام می نماید. در قراردادهای بی.اوتی. و قراردادهای اعطای امتیاز، ریسک های طراحی و ساخت و تامین مالی و بهره برداری از پروژه کلاً بر عهده بخش خصوصی قرار می گیرد.

بطور کلی با توجه به تقسیم بندی ریسک ها به دو دسته ریسک تجاری و ریسک سیاسی یا قانونی، بخش خصوصی تمایل به تحمل ریسک های تجاری دارد و بخش عمومی تمایل به تحمل ریسک های سیاسی یا قانونی که برخی از این ریسک ها قابلیت بیمه شدن را دارند و برخی دیگر خیر؛ برای مثال، وقایعی نظیر ملی شدن و مصادره پروژه، آشوب و اغتشاشات، جنگ و محاصره که در زمره ریسک های سیاسی یا قانونی قرار می گیرند، باید توسط پوشش

<sup>19</sup> [www.siteresources.worldbank.org/](http://www.siteresources.worldbank.org/) Tilman Seibert, First International Conference Perspectives for Ukraine on Implementation of PPP, European Investment Bank, 2006, p 8

<sup>20</sup> Demand Risk

<sup>21</sup> [www.oecd.org/](http://www.oecd.org/) Amman Jordan, Managing Risk in PPP Projects through Legal Documentation, September 2007, p. 12

بیمه سیاسی حمایت شوند که این پوشش بیمه ای با توجه به موقعیت و شرایط یک کشور، متفاوت خواهد بود؛ در برخی از کشورها این وقایع کاملاً پوشش داده می شوند و در برخی دیگر هیچ یک از این وقایع تحت پوشش بیمه قرار نمی گیرد که این موضوع ریسک پروژه را بسیار بالا برده و بر تامین مالی پروژه تاثیر مستقیم می گذارد.

با شناسایی ریسک ها و توزیع آن ها بین بخش عمومی و خصوصی، هر بخش به مدیریت ریسک های مربوط به خود می پردازد و تلاش می نماید تا حد امکان از وقوع ریسک ها جلوگیری نموده یا در صورت وقوع آن، به بهترین نحو ممکن آثار و عواقب آن را جبران نماید تا از این طریق متحمل کمترین خسارت و هزینه شود. در یک نگاه کلی، ابزارهای مقابله با ریسک<sup>۲۲</sup> عبارتند از:

➤ **اجتناب از ریسک:** بخش عمومی و خصوصی با حذف منبع ریسک وارد مشارکت شده یا اساساً از ورود به پروژه هائی که ریسک بالائی دارند، اجتناب می نمایند. مثلاً به منظور اجتناب از ریسک محدودیت های گمرکی، از کالاهای مشابه ساخت داخل استفاده می شود؛

➤ **جلوگیری از ریسک:** بخش عمومی و خصوصی با اتخاذ تصمیمات یا اقدامات احتیاطی، احتمال وقوع ریسک را کاهش می دهند؛

➤ **بیمه ریسک:** بخش عمومی و خصوصی با بیمه نمودن ریسک ها نزد موسسات بیمه معتبر، آثار و عواقب ناشی از وقوع ریسک ها را به بیمه گر منتقل می نمایند. برای نمونه بیمه تجهیزات و تاسیسات پروژه در مقابل حوادث قهریه طبیعی؛

➤ **انتقال ریسک:** بخش عمومی و خصوصی آن ریسکی را تحمل خواهد نمود که به بهترین نحو امکان مدیریت آن را دارد. برای نمونه بخش دولتی آثار و نتایج ریسک های سیاسی را بر عهده می گیرد و بخش خصوصی آثار و نتایج ریسک های تجاری؛

➤ **حفظ ریسک:** بخش عمومی و خصوصی با حفظ ریسک وارد پروژه شده و هزینه آن را متحمل می شوند. برای مثال بخش خصوصی ریسک های مالیاتی و ریسک های مربوط به اخذ مجوزهای لازم برای اجرای پروژه را بر عهده می گیرد.

##### ۵. الگوهای پیاده سازی مشارکت بخش عمومی و خصوصی

مشارکت بخش عمومی و خصوصی باید در قالب یک قرارداد پیاده و اجرائی شود، که انتخاب این قرارداد بسته به اهداف پروژه، منافع و ریسک های آن متفاوت خواهد بود. قراردادهائی که یک PPP می تواند در قالب آن ها پیاده سازی شود، عبارتند از:

➤ **قراردادهای خدمات<sup>۲۳</sup>:** در قالب این قرارداد، دولت یک شرکت خصوصی را استخدام می نماید تا این شرکت یک یا چند وظیفه یا خدمت عمومی را برای مدت مشخصی، معمولاً بین ۱ تا ۳ سال، انجام دهد.

<sup>۲۲</sup> فرشاد هیبتي و موسی احمدی، همان، ص ۱۱۲

<sup>۲۳</sup> Service Contract

ارائه دهنده نهائی خدمات عمومی همچنان دولت محسوب می شود و بخش خصوصی پروژه را با قیمت توافقی و استانداردهای مورد نظر بخش عمومی اجراء نموده و در مقابل بخش عمومی نیز قیمت مشخصی را به بخش خصوصی پرداخت می نماید، که این پرداخت ممکن است دفعتاً واحداً انجام شود یا بر اساس بهره برداری هر واحد (واحد به واحد).<sup>۲۴</sup>

قراردادهای خدمات در پروژه هائی کارائی دارند که امکان تعریف دقیق و مشخص خدمات وجود داشته، سطح تقاضای خدمات دقیقاً مشخص باشد و امکان نظارت بر اجرای پروژه سهولت داشته باشد. در مقابل قراردادهای خدمات برای پروژه هائی که هدف اصلی آن ها جذب سرمایه است، مناسب نیست، زیرا در این قراردادهای، تامین مالی پروژه بر عهده بخش خصوصی قرار نگرفته و بخش عمومی عهده دار تامین مالی پروژه و تحمل ریسک های تجاری آن خواهد بود.

➤ **قراردادهای اعطای امتیاز<sup>۲۵</sup>:** قراردادهای اعطای امتیاز قراردادهائی هستند که مطابق آن امتیاز انحصاری بهره برداری و استفاده از معادن و ذخایر نفت و گاز به یک شرکت خارجی واگذار می شود. در این قراردادهای، امتیاز گیرنده مسئول اجرای محدوده مشخصی از خدمات، مانند ساخت، بهره برداری، نگهداری و مدیریت پروژه خواهد بود و مسؤولیت تامین مالی پروژه نیز به امتیاز گیرنده واگذار می شود.

در قراردادهای اعطای امتیاز، نقش دولت از تامین کننده خدمات به تنظیم کننده قیمت و کیفیت خدمات تغییر می یابد و امتیاز گیرنده تعرفه و عوارض را، که بر اساس قرارداد مشخص شده، مستقیماً از استفاده کنندگان از خدمات دریافت می کند.<sup>۲۶</sup>

مدت قراردادهای امتیاز حدود ۲۵ تا ۳۰ سال است تا امتیاز گیرنده فرصت کافی برای استهلاک سرمایه خود را داشته باشد. بر این اساس، قراردادهای امتیاز موثرترین روش برای جذب سرمایه بخش خصوصی جهت تامین مالی پروژه های آتی یا فعلی هستند که با واگذاری مسؤولیت بهره برداری و تامین مالی پروژه به بخش خصوصی، امتیاز گیرنده قادر خواهد بود به نحو موثرتری از توانائی ها و امکانات خود استفاده نماید.

عمده ترین مشکل قراردادهای اعطای امتیاز، طولانی بودن مدت آن است که امکان پیش بینی وقایع و اتفاقات را کاهش می دهد.<sup>۲۷</sup> همچنین به دلیل عمده و وسیع بودن پروژه های موضوع این قرارداد، تعداد شرکت هائی که قادر به اجرا و پیشبرد این گونه پروژه ها هستند، بسیار اندک است و این موضوع امکان رقابت میان فعالان این گونه پروژه ها را کاهش می دهد.

➤ **قراردادهای ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT) و قراردادهای مشابه آن<sup>۲۸</sup>:**

<sup>24</sup> [www.adb.org/documents/public-private-partnership-ppp-handbook](http://www.adb.org/documents/public-private-partnership-ppp-handbook), p 29 & 30

<sup>25</sup> Concession Agreements

<sup>26</sup> در برخی موارد بسیار نادر، دولت ها بخشی از تامین مالی پروژه را بر عهده می گیرند تا از این طریق از امتیاز گیرنده حمایت کرده باشند.

<sup>27</sup> برای کاهش این ریسک، می توان به صورت دوره ای در برخی از مفاد قرارداد با توجه به شرایط و مقتضیات زمان تجدیدنظر نمود.

<sup>28</sup> سایر انواع قراردادهای بی.او.تی. عبارتند از: ساخت و تملک و بهره برداری و واگذاری BOOT، ساخت و بهره برداری و مالکیت

BOO، ساخت و تملک و بهره برداری و فروش BOOS، ساخت و تملک و اجاره و واگذاری BOLT، ساخت و واگذاری و بهره برداری

BTO، بازسازی و بهره برداری و واگذاری ROT، مدرن سازی و بهره برداری و واگذاری MOT.



قراردادهای ساخت، بهره برداری و انتقال یا بی.او.تی. نوعی از تامین سرمایه است که بخش خصوصی امتیازی را از بخش عمومی دریافت نموده و به تامین مالی، ساخت و بهره برداری از صنایع و تاسیسات زیر بنایی می پردازد. در این شیوه، بخش خصوصی با هزینه و منابع مالی خود تاسیسات موضوع پروژه را احداث و راه اندازی نموده و در یک دوره معین، که دوره امتیاز<sup>۲۹</sup> نامیده می شود، بهره برداری و نگهداری از آن را بر عهده می گیرد. در طول این دوره سرمایه و سود مورد نظر بخش خصوصی از محل فروش محصول یا اخذ عوارض ناشی از پروژه مستهلک شده و وام دهندگان به پروژه نیز موافقت می نمایند تا تسهیلات مالی اعطاء شده را منحصراً از محصولات تولیدی پروژه استیفاء نمایند. در پایان دوره امتیاز، کلیه تاسیسات احداثی به بخش عمومی واگذار می گردد.<sup>۳۰</sup>

پروژه های موضوع بی.او.تی. ممکن است یک نیروگاه تولید برق، فرودگاه، بزرگراه های مشمول اخذ عوارض، تونل های بزرگ یا تصفیه خانه های عظیم آب باشند.<sup>۳۱</sup> مشخصه های اصلی و اساسی روش بی.او.تی. عبارتند از: اعطای امتیاز احداث یک پروژه به بخش خصوصی، واگذاری حق و تکلیف بهره برداری از یک پروژه به بخش خصوصی برای یک دوره معین، انتقال مسؤلیت تامین مالی پروژه به بخش خصوصی، واگذاری مسؤلیت طراحی، تامین تجهیزات مورد نیاز پروژه به بخش خصوصی، استهلاک اصل سرمایه و آورده بخش خصوصی و سود مورد نظر از طریق فروش محصول پروژه برای دوره معین و انتقال و واگذاری پروژه به بخش دولتی پس از پایان دوره امتیاز.

بطور کلی مدت قراردادهای بی.او.تی. یا قراردادهای مشابه آن برابر است با مجموع مدت لازم برای بازپرداخت وام اخذ شده توسط بخش خصوصی و تحصیل سودی متعارف از محل درآمد پروژه توسط بخش خصوصی.<sup>۳۲</sup> مبنای اصلی این قرارداد "ببر یا بپرداز"<sup>۳۳</sup> است که بر این مبنای بخش عمومی متعهد خواهد بود مقدار مشخصی از محصول پروژه را در هر شرایطی دریافت نماید و در صورت عدم نیاز به این مقدار یا کاهش تقاضا یا به هر دلیل دیگری که بخش عمومی به مقدار کمتری از محصول نیاز داشته باشد، باید کل هزینه های بخش خصوصی را پرداخت نماید.

بر این اساس، بخش خصوصی در قراردادهای بی.او.تی. و قراردادهای مشابه آن در حاشیه امنیت قرار گرفته و موسسات مالی و بانک ها نیز تمایل بیشتری به تامین مالی این گونه پروژه ها خواهند داشت. هر اندازه شرایط این قراردادها به نفع بخش خصوصی و سرمایه گذاران و به تبع آن وام دهندگان باشد، در ارزیابی بانک ها واجد ارزش بیشتری بوده و در اصطلاح "بانک

<sup>29</sup> Concession Period

<sup>۳۰</sup> منوچهر توسلی جهرمی، قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و انتقال، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۸، زمستان ۱۳۸۱، ص ۹۵ و ۹۶

<sup>۳۱</sup> مجید غمامی، تامین مالی پروژه های ساخت، بهره برداری و انتقال، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۶، ص ۲۲۶

<sup>۳۲</sup> همان، صص ۲۲۶ و ۲۲۷

<sup>33</sup> Take or Pay

پذیری<sup>۳۴</sup> آن بیشتر می شود. این اهمیت به ویژه در جایی بیشتر ظاهر می شود که قرارداد اصلی پروژه متضمن اعطای امتیاز انحصاری به بخش خصوصی باشد، مانند امتیاز فروش برق یا بهره برداری انحصاری از مخازن نفتی.<sup>۳۵</sup>

## مبحث دوم: مشارکت بخش عمومی و خصوصی در حقوق موضوعه ایران

### ۱. سیر تاریخی مشارکت بخش عمومی و خصوصی

سرآغاز تاریخی مشارکت بخش عمومی و خصوصی در فعالیت های اقتصادی را شاید بتوان ملی شدن صنعت نفت دانست. در آذر ماه سال ۱۳۲۹ با "پیشنهاد ملی شدن صنعت نفت" کلیه عملیات اکتشاف، استخراج و بهره برداری از صنعت نفت در تمام مناطق کشور بدون استثناء ملی شده و در دست دولت قرار گرفت و پس از آن در "طرح قانون دائر به طرز اجرای اصل ملی شدن صنعت نفت در سراسر کشور"، مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۳۰، از شرکت نفت انگلیس و ایران خلع ید شده و کلیه درآمد نفت و محصولات نفتی حق مسلم ملت ایران اعلام گردید.<sup>۳۶</sup> در سال ۱۳۳۴ قانونی تحت عنوان قانون جلب و حمایت سرمایه های خارجی به تصویب مجلس شورای ملی رسید که طی آن اشخاص، شرکت ها و موسسات خصوصی خارجی که با اجازه دولت ایران مبادرت به ورود سرمایه خود به ایران می نمودند، مورد حمایت قانونگذار قرار گرفتند. به استناد ماده ۳ این قانون، سرمایه گذاران خارجی از کلیه حقوق، معافیت ها و تسهیلات سرمایه گذاران ایرانی بهره مند شده و از تحمل ریسک سلب مالکیت قانونی مصون گردیدند.

در قانون توسعه صنایع پتروشیمی مصوب تیر ماه ۱۳۴۴ و در قانون توسعه صنعت گاز مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۵۱، مشارکت شرکت ملی صنایع پتروشیمی و شرکت ملی گاز ایران با شرکت ها و موسسات داخلی و خارجی اعم از دولتی یا غیر دولتی، به منظور تولید محصولات پتروشیمی و توسعه صنعت گاز و تهیه و تولید انواع گاز، حمل و نقل آن، صدور، پخش و فروش محصولات پتروشیمی و گاز به رسمیت شناخته شد.<sup>۳۷</sup>

در قانون نفت مصوب مرداد ماه ۱۳۵۳، صراحتاً به امکان مذاکره و انعقاد قرارداد فیما بین شرکت ملی نفت و اشخاص ایرانی و خارجی برای اجرای عملیات اکتشاف و توسعه نفت در بخش های آزاد نفتی<sup>۳۸</sup> و ایجاد پالایشگاه و اجرای عملیات پالایش نفت<sup>۳۹</sup> اشاره شده و به شرکت ملی نفت اجازه داده شد تا برای انجام عملیات نفتی در خارج از کشور با هر شخص و به هر طریق مقتضی، مشارکت نماید.<sup>۴۰</sup>

<sup>34</sup> Bankability

<sup>۳۵</sup> همان، ص ۲۳۵

<sup>۳۶</sup> ماده ۲ و ۴ قانون

<sup>۳۷</sup> ماده ۱ قوانین مذکور

<sup>۳۸</sup> بند ۲ ماده ۳ قانون

<sup>۳۹</sup> بند ۳ ماده ۳ قانون

<sup>۴۰</sup> بند ۵ ماده ۳ قانون

علیرغم اینکه قوانین فوق الذکر حاوی مقررات محدود کننده و غیر منعطفی بودند، اما مشارکت بخش خصوصی در قراردادهای نفت و گاز و پتروشیمی با نظارت و کنترل شدید شرکت ملی نفت به نوعی به رسمیت شناخته شد؛ برای نمونه در قانون نفت ۱۳۵۳ انعقاد هرگونه قرارداد از قبیل امتیازی، مشارکت در تولید<sup>۴۱</sup> و مشارکت در سرمایه گذاری ممنوع اعلام گردید ولی در مقابل نوعی قرارداد خرید خدمات خطر پذیر<sup>۴۲</sup> پیش بینی شد. در این قرارداد، هزینه اکتشاف و توسعه و ریسک های مربوط به آن بر عهده بخش خصوصی قرار گرفت که در صورت کشف میدان تجاری، بخشی از نفت تولید شده از میدان به قیمت رایج به بخش خصوصی واگذار می گردید ولی اگر هیچ میدان تجاری کشف نمی شد، قرارداد خاتمه یافته و هیچ یک از هزینه های بخش خصوصی بازپرداخت نمی گردید.<sup>۴۳</sup>

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در اصل ۴۴ قانون اساسی کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تامین نیرو، سدها و شبکه های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون و پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی و راه و آهن و مانند آن در بخش دولتی قرار گرفت و بخش خصوصی شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات گردید که فعالیت های اقتصادی دولتی را تکمیل می نمود. مفاد این اصل صراحتاً بیانگر تمایل قانونگذار بر تسلط انحصاری دولت بر صنایع مادر و فعالیت های اقتصادی زیربنایی کشور است که این امر نشأت گرفته از شرایط حاکم در زمان تصویب قانون اساسی است. پیروزی انقلاب اسلامی و تجربه وابستگی های اقتصادی به بیگانگان در دوران پیش از انقلاب به تمرکز دولت شتاب می بخشید به نحوی که تدوین کنندگان اصل ۴۴ قانون اساسی، کلیه صنایع بزرگ و مادر را در کنترل بخش دولتی قرار دادند.

روند تمرکز دولت تا اواخر دهه ۱۳۶۰ کماکان ادامه یافت تا اینکه پس از خاتمه جنگ و آرام شدن اوضاع کشور، دولت تهیه و تدوین سیاست های بازسازی اقتصادی جهت حضور فعال تر بخش خصوصی در اقتصاد کشور را در دستور کار قرار داد.

در همین راستا در قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۶۸-۱۳۷۲) مقرر گردید تجارت خارجی در انحصار بخش دولتی قرار گرفته و بخش دولتی در چهارچوب این قانون، واردات و صادرات کالا و خدمات را به اشخاص حقیقی و حقوقی بخش خصوصی واگذار نموده و نقدینگی بخش خصوصی را به فعالیت های تولیدی و سرمایه گذاری هدایت نماید. در قانون بودجه سال ۱۳۷۲ به شرکت ملی نفت اجازه داده شد تا قراردادهای نفتی جهت احداث، توسعه و بازسازی واحدها و میادین مذکور در این قانون را با شرکت های نفتی خارجی

<sup>41</sup> Production-sharing

<sup>42</sup> Risk-service

<sup>43</sup> عبدالحسین شیروی، نصرالله ابراهیمی، مجتبی اصغریان، اکتشاف و توسعه میادین نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۴۱، پائیز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۲۴۵

منعقد نموده و بازپرداخت اقساط مربوط به هر یک از این واحدها و میادین را از صادرات تولیدات همان واحدها انجام دهد.<sup>۴۴</sup>

در قانون بودجه سال ۱۳۷۳ برای اولین بار از واژه بیع متقابل استفاده شد و به موجب این قانون، شرکت ملی نفت مجاز گردید تا برای راه اندازی پالایشگاه گاز عسلویه و توسعه میادین گازی پارس شمالی و جنوبی به انعقاد قراردادهای بیع متقابل تا سقف ۳/۵ میلیارد دلار مبادرت نماید.<sup>۴۵</sup>

در تبصره ۴۱ قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۷۴-۱۳۷۸) بخش عمومی متعهد گردید با رعایت اصل ۴۴ قانون اساسی و مصالح عمومی و به منظور جلب مشارکت بیشتر بخش خصوصی در امور عمومی، فعالیت های تولید، اشتغال، تجارت، تحقیقات و نگهداری و بهره برداری از تأسیسات زیربنایی و عمومی را به بخش خصوصی واگذار نماید و برای فعال تر شدن این بخش، تدابیر و اقداماتی از قبیل اصلاح مقررات، ارائه تسهیلات بانکی، تکمیل سرمایه گذاری زیربنایی، توسعه و تسهیل ارتباطات و همچنین ترویج تشکل ها و ساختارهای صنعتی، تحقیقاتی و پیمانکاری را اتخاذ نماید.

سپس در قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۷۹-۱۳۸۴) عرضه خدمات پستی و مخابراتی توسط بخش غیر دولتی داخلی، با حفظ امور حاکمیت پست و مخابرات و اطمینان از عدم ایجاد انحصار در بخش غیر دولتی و استمرار ارائه خدمات، قانونی اعلام گردید.<sup>۴۶</sup> همچنین سیاست گذاری و برنامه ریزی در امور مربوط به اکتشاف، استخراج و تولید نفت خام و پالایش مواد نفتی و فرآورده های اصلی و فرعی آن در انحصار بخش دولتی و انجام فعالیت های مربوط به عملیات پالایش، پخش و حمل و نقل مواد نفتی و فرآورده های اصلی و فرعی آن بر عهده بخش خصوصی داخلی قرار گرفت.<sup>۴۷</sup> به وزارت نفت و وزارت نیرو اجازه داده شد تا در صورت تقاضای بخش خصوصی و توجیه فنی، اقتصادی و زیست محیطی آن، مجوز احداث پالایشگاه و واحدهای تولید سایر محصولات وابسته به صنایع نفت یا مجوز لازم برای احداث نیروگاه و تولید برق را صادر نمایند.<sup>۴۸</sup> به وزارت راه و ترابری نیز اجازه داده شد تا بخشی از فعالیت های مربوط به حمل و نقل بار و مسافر، تعمیر، نگهداری و بازسازی شبکه و ناوگان حمل و نقل ریلی را، با حفظ مالکیت دولت بر خطوط ریلی و اعمال سیاست جامع و هماهنگ حمل و نقل ریلی کشور و جلوگیری از ایجاد انحصار در بخش خصوصی و تضمین استمرار ارائه خدمات، به بخش خصوصی واگذار نماید.<sup>۴۹</sup> در نهایت به موجب ماده سی و پنجم این قانون، بخش دولتی مکلف گردید تا انحصاراتی، که به موجب دستورالعمل ها و مقررات

<sup>۴۴</sup> بند ب تبصره ۲۹ قانون

<sup>۴۵</sup> بند ۱ ب تبصره ۲۹ قانون

<sup>۴۶</sup> ماده ۲۸ قانون

<sup>۴۷</sup> ماده ۳۳ قانون

<sup>۴۸</sup> ماده ۱۲۲ قانون

<sup>۴۹</sup> ماده ۱۲۸ قانون

مصوب خود و یا اعطای امتیاز تخصیص منابع ایجاد شده، را لغو نموده و در ارجاع کار و انجام معامله توسط بخش دولتی، بین دستگاه ها و شرکت های دولتی یا عمومی و خصوصی تبعیض قائل نشده و اقدامات قانونی برای لغو انحصار و جلوگیری از فعالیت های انحصارگرانه معمول نماید.

در سال ۱۳۸۰ به منظور حمایت از کلیه روش های سرمایه گذاری خارجی و ارائه تسهیلات بیشتر در روند پذیرش و تصویب طرح های سرمایه گذاری خارجی، قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (فیپا) تصویب گردید که سرمایه گذاری اشخاص حقوقی و حقیقی ایرانی و غیر ایرانی را در چارچوب روش مشارکت مدنی، بیع متقابل، ساخت و بهره برداری و واگذاری به رسمیت شناخته و فرصت هائی همچون عدم محدودیت در درصد مشارکت، عدم محدودیت در میزان سرمایه گذاری خارجی، عدم محدودیت در میزان سود قابل انتقال به خارج از کشور، پوشش ریسک های غیر تجاری و جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت و ملی شدن را تعهد و تضمین نمود.

پس از قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، هیات وزیران تصویب نامه شماره ۲۳۵۸۸/ت/۲۸۶۹۸ راجع به "سرمایه گذاری خارجی، ضوابط حاکم بر قراردادهای، مشارکت مدنی و بیع متقابل" را در مرداد ماه ۱۳۸۲ به تصویب رسانید و به استناد این مصوبه وزارت امور اقتصادی و دارایی متعهد گردید تا با بررسی های بیشتر و به صورت تدریجی و دائمی، سایر روش ها و ابزارهای سرمایه گذاری جدید را که امکان استفاده و بهره برداری از آن برای کشور وجود داشته باشد شناسایی و عملیاتی نماید.<sup>۵۰</sup> از تحولات مهم در این زمینه می توان به عنوان نمونه به تغییر کاربردی قراردادهای بیع متقابل در قانون بودجه سال ۱۳۸۲ اشاره کرد که طی آن به شرکت ملی نفت اجازه داده شده است تا هم برای اکتشاف و هم برای توسعه میادین نفت و گاز به انعقاد قراردادهای بیع متقابل با پیمانکاران واجد صلاحیت پردازد.

در سال ۱۳۸۴ با دستور مقام رهبری و با استناد به بند یک اصل ۱۱۰ قانون اساسی<sup>۵۱</sup>، تعیین سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در دستور کار مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفت و در نهایت سیاست های کلی این اصل با راهبرد امکان حضور گسترده و فعالانه بخش غیر دولتی در نظام اقتصادی کشور، خصوصاً در بخش های مهم اقتصادی، ابلاغ گردید.<sup>۵۲</sup> به استناد بند "الف" این سیاست ها، سرمایه گذاری، مالکیت و مدیریت بخش خصوصی در زمینه صنایع بزرگ و صنایع مادر (از جمله صنایع بزرگ پایین دستی نفت و گاز) و معادن بزرگ، فعالیت بازرگانی خارجی در چارچوب سیاست های تجاری و ارزی کشور، بیمه، تامین نیرو

<sup>۵۰</sup> بند ۱۰ تصویبنامه

<sup>۵۱</sup> تعیین سیاست های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام

<sup>۵۲</sup> از جمله اهداف اصلی و اساسی سیاست های کلی اصل چهارم و چهارم قانون اساسی عبارتند از: شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی، ارتقای کارایی بنگاه های اقتصادی و بهره وری منابع مادی و انسانی و فناوری، افزایش رقابت پذیری در اقتصاد ملی، افزایش سهم بخش های خصوصی و تعاون در اقتصاد ملی، کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت های اقتصادی.

(شامل تولید و واردات برق برای مصارف داخلی و صادرات)، پست و مخابرات، راه و راه آهن، هواپیمائی و کشتیرانی و شبکه های آب رسانی مجاز گردید. با اجرای این سیاست ها، که از آن با عنوان "انقلاب اقتصادی" یاد می شود، بسترهای لازم برای رونق اقتصادی، الزام قانونی گسترش بازار سرمایه، رفع موانع خصوصی سازی و کاهش حجم تصدی اقتصادی دولت فراهم شده و در نتیجه فعالیت بخش خصوصی در توسعه زیر ساخت ها افزایش یافت.

در قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۸۴-۱۳۸۸) صراحتاً به "تداوم برنامه خصوصی سازی و توانمندسازی بخش غیردولتی در توسعه کشور" اشاره شده و به دولت اجازه داده شد تا "از همه روش های امکان پذیر، اعم از مقررات زدائی، واگذاری مدیریت (نظیر اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت)، مالکیت (نظیر اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، واگذاری اموال) تجزیه به منظور واگذاری، انحلال و ادغام شرکت ها استفاده شود.<sup>۵۳</sup> در بند "ب" ماده ۱۴ این قانون نیز "انعقاد قراردادهای اکتشافی و توسعه میدان با تامین منابع مالی با طرف های خارجی یا شرکت های صاحب صلاحیت داخلی" به رسمیت شناخته شد. ماده ۱۲۲ قانون برنامه سوم مجدداً در این قانون تنفیذ گردیده و امکان احداث پالایشگاه و واحدهای تولید سایر محصولات وابسته به صنایع نفت یا مجوز لازم برای احداث نیروگاه و تولید برق توسط بخش خصوصی برای سال های ۱۳۸۶ الی ۱۳۹۰ مجاز اعلام گردید. موثرترین عامل در توسعه مشارکت عمومی و خصوصی در تبصره ۱ ماده ۳۷ این قانون آمده است که بر اساس آن "سازمان های توسعه ای که به سرمایه گذاری مشترک با بخش خصوصی مجاز شده اند، از رقابت با این بخش منع شده و موظف گردیده اند تا فعالیت های خود را صرفاً جهت تقویت سرمایه گذاری بخش خصوصی ساماندهی نمایند". پیش بینی این موضوع صراحتاً بیانگر تغییر نگرش بخش دولتی از دیدگاه سنتی و تمایل این بخش به استفاده از امکانات بخش خصوصی است.

در قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۹۰-۱۳۹۴) مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه تاسیسات نفت و گاز، انرژی و حمل و نقل با استفاده از روش بیع متقابل، ساخت و بهره برداری و انتقال، ساخت و بهره برداری و تملک، طراحی و تدارک و تامین به رسمیت شناخته شده و به بخش دولتی اجازه داده شده است تا به منظور تقویت بخش های مذکور، از این قالب ها استفاده نموده و ضمن ایجاد فضا و شرایط رقابتی، سهم مشارکت بخش خصوصی را افزایش دهند.<sup>۵۴</sup>

## ۲. قالب های مشارکت بخش عمومی و خصوصی در ایران

با عنایت به محدودیت های قانون اساسی، قالب بیع متقابل یا بای بک، مشارکت تجاری، ساخت و بهره برداری و انتقال یا بی.او.تی. بیشتر مورد توجه و استقبال قوه مقننه و مجریه قرار گرفته است و در قوانین و مقررات مختلف به این قالب ها اشاره شده، که در این بخش به بررسی

<sup>۵۳</sup> ماده ۶ قانون

<sup>۵۴</sup> ماده ۱۲۵ و ۱۳۳ و ۱۶۴ قانون

شرایط و قواعد حاکم بر آن ها پرداخته می شود. علت اصلی این استقبال نیز این است که با استفاده از این قالب ها، بخش عمومی توانسته است از سرمایه، تکنولوژی و مدیریت بخش خصوصی بهره مند شود و در عین حال حاکمیت و کنترل خود بر پروژه های عمومی و زیربنائی را نیز حفظ نماید.

### ➤ **بیع متقابل (Buy Back)**

تعریفی که کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین الملل یا آنسیترال<sup>۵۵</sup> از معاملات بیع متقابل ارائه نموده، عبارتست از: "معامله ای که در آن یکی از طرفین تسهیلات تولیدی (ماشین آلات، کارخانجات و تکنولوژی) را عرضه می کند و طرفین توافق می کنند که عرضه کننده این تسهیلات یا فرد دیگری که توسط عرضه کننده معرفی می شود، محصولات و تولیدات ناشی از این تسهیلات تولیدی را خریداری نماید."<sup>۵۶</sup> تسهیلات و امکانات گوناگونی، نظیر ماشین آلات، مواد، فناوری، دانش فنی، سخت افزارها و نرم افزارهای کامپیوتری، خدمات مدیریتی، لیسانس، علائم و نام های تجاری و سایر مجوزهای تولیدی، ممکن است موضوع قرارداد بیع متقابل قرار گیرد که از این تسهیلات و امکانات برای ساخت و راه اندازی کارخانه، تاسیس پالایشگاه، بازسازی و بهینه سازی یک پروژه اقتصادی، توسعه و استخراج حوضچه های نفت و گاز، توسعه و استخراج معادن، نصب خطوط لوله نفت و گاز و توسعه طرح های مربوط به بخش کشاورزی استفاده می شود.<sup>۵۷</sup>

در ایران، از قالب بیع متقابل در توسعه و اکتشاف میادین نفت و گاز استفاده شده است. هدف از این انتخاب تضمین حاکمیت و نظارت دولت بر منابع نفت و گاز است.<sup>۵۸</sup> سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور نیز در اوایل دهه ۱۳۷۰ با توجه به ضرورت توسعه میادین نفت و گاز و لزوم بهره برداری بیشتر از ذخایر کشور، به ویژه ذخایر کشف شده در منطقه پارس جنوبی، بیع متقابل را به عنوان ترم تجاری قراردادهای نفتی مطرح و زمینه را برای طراحی ساختار قراردادهای نفتی با شرایط پرداخت بیع متقابل فراهم نمود.<sup>۵۹</sup> شرایط قانونی قرارداد بیع متقابل که در قوانین و مقررات مختلف<sup>۶۰</sup> به آن ها اشاره شده است، عبارتند از:

- بازپرداخت اصل سرمایه بخش خصوصی، حق الزحمه وی، ریسک ها و هزینه های تامین منابع مالی و سایر هزینه های جنبی بخش خصوصی از محل فروش تولیدات به قیمت روز بازار در یک دوره ۵ یا ۱۰ ساله،

<sup>55</sup> United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

<sup>56</sup> [www.uncitral.org/](http://www.uncitral.org/) UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions

<sup>57</sup> عبدالحسین شیروی، حقوق تجارت بین الملل، انتشارات سمت، چاپ سوم، زمستان ۱۳۹۰، ص ۳۴۱  
<sup>58</sup> این موضوع در قانون اساسی، قانون نفت ۱۳۵۳ و قانون نفت ۱۳۶۶ تصریح گردیده است. در قراردادهای بیع متقابل نیز تصریح می گردد که بخش خصوصی پیمانکار بخش دولتی است و پروژه را از طرف و به نام بخش دولتی انجام می دهد و شریک یا مالک پروژه نیست.

<sup>59</sup> مسعود زهدی، روش های مالی و حسابداری در قراردادهای بیع متقابل، انتشارات نویسندگان نیلوفر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۷

<sup>60</sup> قانون بودجه سال ۱۳۷۲ و ۱۳۷۳ و ۱۳۸۲، قانون برنامه دوم، سوم، چهارم و پنجم توسعه

- عدم ایجاد تعهد یا تضمین برای دولت، بانک مرکزی و سایر بانک ها در صورت کاهش در تولید یا کاهش در قیمت محصولات تولیدی،
- الزام بخش خصوصی به انتقال دانش فنی و تکنولوژی و آموزش نیروی انسانی،
- استفاده حداکثر از توان موجود کشور در زمینه های طراحی، مهندسی، ساخت و نصب تجهیزات،
- حفظ مالکیت و تصرف مالکانه بخش دولتی بر منابع نفت و گاز،
- الزام بخش خصوصی به تحمل خطرات و ریسک های عدم دستیابی به اهداف قراردادی و غیر اقتصادی بودن طرح موضوع قرارداد و یا ناکافی بودن محصولات آن،
- فسخ قرارداد در صورت عدم کشف میدان تجاری در پایان مرحله اکتشاف،
- مقرر نمودن سقفی مشخص و محدود برای هزینه های سرمایه ای.

در راستای اجرای شرایط قانونی فوق الذکر در قراردادهای بیع متقابل، ساختار فعلی این قراردادهای به نحوی تدوین شده است که بخش خصوصی، به عنوان پیمانکار، تامین سرمایه و اجرای عملیات پروژه (توسعه و اکتشاف میادین نفتی و گازی) را بر عهده می گیرد و کلیه سرمایه مورد نیاز برای اجرای پروژه که شامل هزینه های سرمایه ای<sup>۶۱</sup>، هزینه های غیر سرمایه ای<sup>۶۲</sup>، هزینه های بهره برداری<sup>۶۳</sup> و هزینه های بانکی<sup>۶۴</sup> می شود را تامین می نماید.

در مقابل بخش عمومی یا دولتی، به عنوان کارفرما، باز پرداخت سرمایه بخش خصوصی را یا از طریق فروش مستقیم نفت و گاز حاصل از طرح موضوع قرارداد یا به وسیله پرداخت عواید ناشی از فروش سهم نفت و گاز اختصاص یافته به آن به طرف های ثالث، بر عهده می گیرد. بنابراین دو روش پرداخت در قراردادهای بیع متقابل وجود دارد که طرفین می توانند با توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم در هنگام مذاکرات قراردادی، یکی از این دو روش را برای بازپرداخت سرمایه بخش خصوصی انتخاب نمایند.

علاوه بر تعهد بخش عمومی به بازپرداخت آن قسمت از هزینه های بخش خصوصی که قابل بازپرداخت هستند، مبلغی ثابت نیز به عنوان پاداش برای سرمایه گذاری و پذیرش ریسک به بخش خصوصی پرداخت می شود که این مبلغ حق الزحمه<sup>۶۵</sup> نامیده می شود. البته این حق

<sup>61</sup> Capital Costs

هزینه های سرمایه ای، هزینه هائی است که مستقیماً به اجرای پروژه مرتبط است که این هزینه ها تا سقفی که در قرارداد تعیین شده است، برگشت پذیرند، بنابراین هرگونه هزینه ای فراتر از این سقف، که حتی برای اجرای بهتر و سریع تر پروژه هزینه شده باشند، بر بخش خصوصی تحمیل می گردد.

<sup>62</sup> Non-Capital Costs

هزینه های غیر سرمایه ای، هزینه هائی هستند که در راستای اجرای پروژه به مراجع ایرانی پرداخت می شوند، مانند مالیات و تامین اجتماعی. این هزینه ها کاملاً به بخش خصوصی بازپرداخت می شوند.

<sup>63</sup> Operating Costs

هزینه های بهره برداری، هزینه هائی هستند که پیش از آنکه پروژه کامل و آماده تحویل شود، مستقیماً، ضرورتاً و منحصراً برای تولید محصول هزینه شده اند. هزینه های بهره برداری سقف نداشته و تمام هزینه های بهره برداری به بخش خصوصی بازپرداخت می شود.

<sup>64</sup> Bank Charges

هزینه های بانکی، هزینه های تامین مالی پروژه است که بر اساس نرخ لیبور به علاوه درصدی معین محاسبه می شود.

<sup>65</sup> Remuneration Fee



الزحمه در صورتی به بخش خصوصی پرداخت می شود که اهداف قرارداد، آن گونه که در طرح جامع توسعه<sup>۶۶</sup> پروژه تعریف شده است، توسط بخش خصوصی کاملاً محقق گردیده و پروژه با موفقیت به بخش عمومی تحویل داده شود، در غیر این صورت، بخش خصوصی از دریافت حق الزحمه محروم خواهد بود.

نکات ضعفی که در ساختار فعلی قراردادهای بیع متقابل وجود دارد و ریسک ها و خطراتی که بخش خصوصی را تهدید نموده و میزان مشارکت آن ها را کاهش داده یا هزینه مشارکت بخش خصوصی را افزایش می دهد، عبارتند از:

- از آنجائیکه تامین کلیه سرمایه لازم برای پیشبرد پروژه بر عهده بخش خصوصی است و هزینه های سرمایه ای در هنگام انعقاد قرارداد یا در هنگام تهیه طرح جامع توسعه پیش بینی می شود جنبه تخمینی دارد و قطعی محسوب نمی گردد، در صورت وقوع افزایش هزینه های پروژه که منجر به افزایش سرمایه در پروژه می گردد، علاوه بر اینکه تامین مالی آن بر عهده بخش خصوصی است، هیچ گونه پرداختی به وی صورت نمی گیرد. بنابراین قطعاً سرمایه واقعی برای اجراء و پیشبرد پروژه بسیار بیشتر از میزان و مبلغ مقرر خواهد شد و در قراردادهای فعلی، این ریسک بر عهده بخش خصوصی قرار گرفته و این موضوع رغبت بخش خصوصی را به مشارکت کاهش می دهد و حتی ممکن است در اثنای اجرای عملیات، بخش خصوصی را از ادامه کار منصرف نماید که این موضوع، اهداف توسعه ای بخش دولتی را قطعاً مختل خواهد ساخت.

- بازپرداخت سرمایه بخش خصوصی تنها در سقف هزینه های سرمایه ای<sup>۶۷</sup> مورد توافق امکان پذیر است و تغییرات غیر قابل پیش بینی در اقتصاد و بازار کشور، که در اکثر مواقع منجر به افزایش قیمت اجرای پروژه می شود، بر عهده بخش خصوصی قرار دارد و بخش دولتی تعهد یا تضمینی به پرداخت یا جبران آن ندارد. با وجود آن که این هزینه ها به نفع پروژه ایجاد شده و بخش خصوصی دخالت و تاثیری در ایجاد آن نداشته است، ولی قابلیت برگشت پذیری ندارند. این موضوع حتی در موارد پیشرفت تکنولوژی نیز مصداق دارد، برای مثال ممکن است در اثنای اجرای پروژه، بخش خصوصی به تکنولوژی جدیدی دست یابد که عملکرد و کارایی پروژه را چندین برابر افزایش دهد ولی هزینه آن بیشتر از هزینه توافق شده باشد. عدم پرداخت هزینه پیشرفت تجهیزات و ماشین آلات، انگیزه بخش خصوصی را نسبت به جستجو و دستیابی به پیشرفت های جدید از میان برده و در نتیجه آهنگ انتقال تکنولوژی کند یا متوقف می گردد و صنایع و امکانات کشور همیشه در سطح ثابتی باقی می ماند.

- منافع ناشی از افزایش بهای نفت و گاز در بازارهای جهانی همیشه به بخش دولتی اختصاص یافته و با توجه به این که حداکثر مبلغ اختصاص یافته به بخش خصوصی در هر ماه در طول دوره بازافت سرمایه محدود به نرخ ثابت است، این بخش همیشه از منافع افزایش

<sup>66</sup> Master Development Plan

<sup>67</sup> Capital Cost Ceiling

بهای نفت محروم است. در حالی که این امر در صورت کاهش بهای نفت معکوس است، و در صورت کاهش بهای جهانی نفت و گاز، بخش خصوصی شدیداً متضرر می شود، زیرا حداکثر نفت اختصاص یافته برای بازگشت سرمایه بخش خصوصی محدود به ۵۰٪ تولید است. به همین دلیل بخش خصوصی انتظار دارد از قیمت بالاتری منتفع گردد و بتواند در صورت افزایش بهای نفت، حجم بیشتری از نفت و گاز را دریافت نماید.<sup>۶۸</sup>

#### ➤ مشارکت تجاری (JV یا گروه اقتصادی با منافع مشترک)

شخصیت حقوقی که بر پایه اساسنامه یا قرارداد به اعمالی می پردازد که وصف تجاری دارد در حقوق ایران شرکت تجاری نامیده می شود، خواه به ثبت رسیده و سازمان های قانونی را دارا باشد یا در عمل به کار تجارت بپردازد.<sup>۶۹</sup> مسؤولیت شرکاء، ورشکستگی، لزوم اعلان اساسنامه و ثبت آن، اختیار مدیران و تشکیلات بازرسی و از همه مهمتر وجود شخصیت حقوقی برای شرکت های تجاری از ویژگی های این شرکت است.<sup>۷۰</sup>

در پیش نویس لایحه اصلاح قانون تجارت واژه جدیدی تحت عنوان "گروه اقتصادی با منافع مشترک" پیش بینی گردیده است که به استناد ماده ۱۰۱ لایحه تعریف این واژه عبارت است از "تشکیل دو یا چند شخص که به منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجاری و افزایش نتایج فعالیت های اعضای گروه به موجب قرارداد برای دوره محدود تشکیل می شود." در ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی نیز "تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک با مشارکت دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی به منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجاری برای یک دوره محدود و بر اساس قراردادی کتبی پس از ثبت در مرجع ثبت شرکت ها در قالب شرکت مدنی و ضوابط و شرایط مربوط به آن و با رعایت موازین اسلامی و اصل منع اضرار به غیر و منع انحصار" مجاز شمرده شده است.

بطور کلی منظور از مشارکت تجاری یا اصطلاح جدید آن گروه اقتصادی با منافع مشترک، مشارکت اشخاص حقیقی و حقوقی در انجام یک پروژه خاص است که هر یک از طرفین انجام قسمت مشخصی از پروژه را بر عهده می گیرد. آنچه در این قالب حقوقی اهمیت دارد نحوه توزیع مسؤولیت میان شرکا در رابطه بین خود و اشخاص ثالث است. در پیش نویس لایحه اصلاح قانون تجارت مسأله دوم پاسخ داده شده است و مقرر گردیده که مسؤولیت شرکا در برابر اشخاص ثالث مسؤولیت تضامنی می باشد. نظیر این حکم نیز در ماده ۲۲۰ قانون تجارت کنونی پیش بینی شده است و به موجب آن هر شرکت ایرانی که به امور تجاری اشتغال داشته باشد ولی خود را به صورت یکی از شرکت های مذکور در این قانون در نیاورده باشد و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت های تضامنی در مورد آن اجرا می گردد.

<sup>۶۸</sup> عبدالحسین شیروی، نصرالله ابراهیمی، مجتبی اصغریان، همان، ص ۲۶۰

<sup>۶۹</sup> ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - مشارکت ها و صلح، کتابخانه گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۲۵

<sup>۷۰</sup> همان، ص ۲۷

بنابراین گرچه ثبت شرکت در مشارکت تجاری الزامی نیست و طرفین مشارکت می توانند حقوق و تعهدات خود را در مقابل یکدیگر در قرارداد مشارکت تعیین نمایند، معهداً مسؤولیت این گروه در مقابل اشخاص ثالث محدود به قرارداد طرفین نشده و به نحو تضامنی است و ماده ۱۱۳ پیش نویس لایحه اصلاح قانون تجارت و ماده ۲۲۰ قانون تجارت صراحتاً به این موضوع پرداخته اند.

با عنایت به مفاد قوانین فوق الذکر می توان گفت که گروه اقتصادی با منافع مشترک در حقوق ایران مترادف با واژه جوینت ونچر<sup>۷۱</sup> در حقوق بین الملل است. جوینت ونچر به عنوان یک نوع همکاری تجاری در عرصه بین المللی بسیار رواج دارد و به نوعی همکاری مشترک بین دو یا چند شرکت مستقل اطلاق می شود که ثمره این همکاری، تشکیل یک گروه تجاری برای نیل به هدف معین و خاص است که از لحاظ سازمانی کاملاً جدا و مستقل از تشکیل دهندگان اولیه است. به عبارت دیگر، جوینت ونچر به نوعی از همکاری تجاری اطلاق می شود که طی آن طرفین مدیریت فعالیت خاصی را به نحو مشترک بر عهده می گیرند و در سود و زیان حاصله شریک می شوند.<sup>۷۲</sup>

جوینت ونچرها را می توان به دو دسته قراردادی<sup>۷۳</sup> و شرکتی<sup>۷۴</sup> تقسیم بندی نمود. در جوینت ونچر قراردادی، مشارکت اشخاص حقیقی و حقوقی بدون انجام سرمایه گذاری مشترک و بدون تأسیس شرکت تشکیل می گردد و هیچ یک از طرفین آورده نقدی نداشته و تنها بر اساس قرارداد مشارکت ملزم به انجام فعالیت های مشترک هستند. در جوینت ونچر شرکتی، اشخاص حقیقی و حقوقی یک شرکت جدید تأسیس می نمایند و آورده های خود را در این شرکت متمرکز نموده و هدایت فعالیت های یک پروژه را از طریق این شرکت پیگیری می نمایند. منتها شرکتی که در نتیجه این مشارکت تأسیس می شود به صورت تک منظوره<sup>۷۵</sup> است و فعالیت گسترده تجاری در شاخه های مختلف انجام نمی دهد. بطور معمول از قالب مشارکت تجاری یا جوینت ونچر در حوزه های نفتی، فعالیت های بانکی، مشارکت های ساختمانی، مشارکت در امور تحقیقاتی، مشارکت در سرمایه گذاری استفاده می شود.

منظور از چارچوب "مشارکت مدنی" در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و سایر قوانین و مقررات، سرمایه گذاری در قالب مشارکت تجاری یا جوینت ونچر است که در قانون برنامه پنجم توسعه و پیش نویس لایحه قانون تجارت به آن اشاره شده است. بر این اساس، سرمایه گذاری در چارچوب مشارکت مدنی، که ممکن است در قالب قراردادی یا شرکتی تشکیل شود، از کلیه حمایت های مذکور در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری

<sup>71</sup> Joint Venture

<sup>72</sup> علیرضا باستانی، آثار اقتصادی و بسترهای قانونی برای تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک (جوینت ونچر)، مجله اقتصادی - ماهنامه بررسی مسائل و سیاست های اقتصادی، شماره های ۹ و ۱۰، آذر و دی ماه ۱۳۹۰، ص ۵۳

<sup>73</sup> Non-Equity Joint Venture/Cooperative Joint Venture

<sup>74</sup> Equity Joint Venture

<sup>75</sup> Special Purpose Vehicle (SPV)

خارجی بهره مند شده و خرید کالا و خدمات تولیدی سرمایه گذاری در چارچوب مشارکت مدنی مورد تضمین طرف قرارداد دولتی قرار خواهد گرفت.

### ➤ ساخت، بهره برداری و انتقال (بی.او.تی.)

مناسب ترین قالب برای توسعه و پیشبرد پروژه های زیربنائی قالب ساخت، بهره برداری و انتقال یا بی.او.تی. است که می تواند طیف وسیعی از طرح های اقتصادی نظیر احداث جاده و بزرگراه، فرودگاه ها و بنادر و خطوط راه آهن، تولید برق و آب، استخراج معادن، ساخت مراکز تفریحی و آموزشی و مراکز درمانی را شامل شود.

در ایران برای اولین بار در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (فیپا) در سال ۱۳۸۱ به روش بی.او.تی. به عنوان یک شیوه سرمایه گذاری خارجی تصریح گردید و در ماده ۳ این قانون، سرمایه گذاری خارجی در چارچوب بی.او.تی. در کلیه بخش های دولتی و غیر دولتی مورد حمایت قرار گرفت. بنابراین به موجب قانون فیپا، فعالیت بخش خصوصی حتی در بخش هایی که فعالیت در آن ها در انحصار بخش دولتی قرار دارد و در اصل ۴۴ قانون اساسی به آن ها تصریح شده است، برای نمونه ساخت و بهره برداری از فرودگاه ها، مجاز شمرده شده است. همچنین در مقدمه تصویب نامه "سرمایه گذاری خارجی، ضوابط حاکم بر قراردادهای مشارکت مدنی و بیع متقابل" و در آئین نامه اجرائی بند "ل" تبصره ۲۱ قانون بودجه سال ۱۳۸۲، بی.او.تی. به عنوان یک روش تامین مالی پروژه ها مورد توجه قرار گرفته و بر این اساس، شرکت های دولتی مجاز به استفاده از کلیه شیوه های تامین منابع مالی مندرج در بند "ب" ماده (۳) قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی برای تامین منابع مالی مورد نیاز خود گردیده اند.

در ایران بیشتر در پروژه های احداث نیروگاه و فرودگاه و خدمات مخابراتی از قالب بی.او.تی. استفاده شده است. علت اصلی این امر نیز به سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی بر می گردد که سرمایه گذاری، مالکیت و مدیریت بخش خصوصی در تامین نیرو (شامل تولید و واردات برق برای مصارف داخلی و صادرات)، پست و مخابرات، راه و راه آهن و هواپیمائی را مجاز شمرده است.

البته به منظور بهره مندی یک پروژه بی.او.تی. از حمایت های مذکور در این قوانین رعایت یک شرط الزامی است: "بازگشت سرمایه خارجی و منافع حاصل از آن باید صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه گذاری ناشی شده و متکی به تضمین دولت یا بانک ها یا شرکت های دولتی نباشد". بدین ترتیب ریسک های سرمایه گذاری و اقتصادی یا غیر اقتصادی بودن یک طرح بر عهده سرمایه گذار قرار می گیرد و چنانچه یک پروژه از جهت اقتصادی زیان آور باشد و اصل سرمایه سرمایه گذار در خطر قرار گیرد یا سود مورد نظر سرمایه گذار محقق نگردد، تحمل کلیه این ریسک ها بر عهده سرمایه گذار خواهد بود.

البته به رغم اینکه بخش دولتی نسبت به سودآور بودن یا نبودن پروژه تعهد یا تضمینی نمی دهد، اما در قوانین مختلف تصریح گردیده است که در مورد آن دسته طرح های سرمایه گذاری

که یک شرکت دولتی خریدار انحصاری کالا و خدمات تولیدی آن است و در مواردی که کالا و خدمات تولیدی طرح مورد سرمایه گذاری به قیمت یارانه ای عرضه می شود، شرکت دولتی طرف قرارداد می تواند خرید کالا و خدمات را به میزان و قیمت تعیین شده در قرارداد تعهد نموده و وزارت امور اقتصاد و دارائی نیز تعهدات شرکت دولتی را تضمین نماید.<sup>۷۶</sup> بنابراین در صورت اجتناب دستگاه دولتی طرف قرارداد از خرید محصولات پروژه یا پرداخت بهای آن، وزارت دارائی متعهد به پرداخت بهای محصول به قیمت مقرر در قرارداد به علاوه جرائم تاخیر متعلق به آن خواهد بود.

از آنجائی که پروژه های بی.اوتی. در زمره پروژه های بلند مدت قرار دارند، ضروریست تا برای جلب سرمایه گذاران داخلی و خارجی برای مشارکت در این پروژه ها، ریسک ها و خطراتی که از طولانی مدت بودن طرح ناشی می شود، کاسته شده و این ریسک ها تا حد امکان بر عهده بخش دولتی قرار گیرد. یکی از این مشوق ها که در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی نیز تصریح گردیده است "امکان اعمال حق مالکانه سرمایه گذاران در طول دوره قرارداد" است، بدین توضیح که تا پایان دوره قرارداد (که معمولاً طولانی مدت مثل ۱۵ تا ۲۰ سال است) سرمایه گذاران حق هرگونه تصمیم گیری راجع به اصل سرمایه و سود مترتب بر آن را داشته و حتی می توانند نسبت به خروج سرمایه خود به خارج از کشور اقدام نمایند. به استناد تبصره ماده ۳ این قانون "مادامیکه سرمایه خارجی موضوع روش های "ساخت، بهره برداری 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 سرمایه پذیر توسط سرمایه گذار خارجی مجاز می باشد."

البته یک ایراد بر مفاد این تبصره وارد است، زیرا در صورت "اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقیمانده در بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر توسط سرمایه گذار خارجی" نوعی مالکیت مشاع در اموال موضوع سرمایه گذاری میان سرمایه گذار خارجی و سرمایه پذیر دولتی ایجاد می شود که در نتیجه آن احکام فصل هشتم قانون مدنی در باب شرکت بر موضوع حاکم شده و حقوق مالکین متعدد (سرمایه گذار و سرمایه پذیر) در شئی واحد (موضوع سرمایه گذاری) به نحو اشاعه جمع می شود. بنابراین به استناد ماده ۵۸۱ قانون مدنی "تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد، فضولی بوده و تابع مقررات فضولی خواهد بود". در نتیجه علیرغم تصریح تبصره ماده ۳ به امکان اعمال حقوق مالکانه نسبت به استهلاک سرمایه و اقساط باقیمانده، بدون اذن و رضایت سرمایه پذیر چنین امکانی عملاً منتفی بوده و این موضوع مستقیماً بر بانک پذیری پروژه موضوع سرمایه گذاری تاثیر گذاشته و تمایل و رغبت موسسات مالی را به اعطای وام به پروژه بسیار کاهش می دهد.

### مبحث سوم: نتیجه گیری؛ قالب مناسب مشارکت عمومی و خصوصی

<sup>۷۶</sup> بند "ب" ۲-۴ ماده ۴ و ماده ۱۱ آئین نامه اجرائی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی؛ ماده ۵ آئین نامه اجرائی بند "ل" تبصره ۲۱ قانون بودجه سال ۱۳۸۲

با توجه به تمایل بخش دولتی بر تمرکز زدائی از این بخش و حرکت به سوی خصوصی سازی و استفاده از امکانات و تسهیلات بخش خصوصی و با در نظر گرفتن تجربیات همکاری ها و مشارکت های بخش عمومی و خصوصی در توسعه زیر ساخت ها در ایران، به جرات می توان گفت طرح هایی که با استفاده از قالب بی.او.تی. یا بی.او.او. اجراء شده یا در حال اجراء هستند، به نحو بهتر و موثرتری توقعات و انتظارات بخش عمومی و خصوصی در مشارکت با یکدیگر را فراهم ساخته اند؛ البته مقصود این نیست که مشارکت این دو بخش برای همیشه در قالب بی.او.تی. یا بی.او.او باقی بماند و سایر قالب ها و روش ها فراموش شود، بلکه حرکت به سمت قالب های نوین مشارکت و پیاده سازی آن ها در طرح های زیربنائی، وضع قوانین و مقررات جدید و یا اصلاح قوانین و مقررات موجود، افزایش سطح حمایت دولت از بخش خصوصی و بالابردن مشوق ها و تضامین مشارکت، اشتیاق و تلاش بخش خصوصی برای دستیابی به اطلاعات و دستاوردهای نوین تکنولوژی و بالا بردن سطح تخصص ها و توانائی های داخلی برای استفاده از این تکنولوژی های نوین و در نهایت ساخت داخل نمودن آن ها باید در صدر اهداف مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه زیر ساخت ها قرار گیرد.

به منظور تحقق این اهداف حرکت به سمت سرمایه گذاری های مستقیم و بدون تعهد قراردادی برای بخش عمومی مفید خواهد بود. با استفاده از روش سرمایه گذاری مستقیم، بخش خصوصی اجرای یک طرح را از ابتداء تا پایان عمر آن طرح بر عهده می گیرد یا به عبارت بهتر، طرح به تملک بخش خصوصی درآمده و تنها مالک طرح، بخش خصوصی است که با سرمایه گذاری خود، کلیه تعهدات بخش دولتی را بر عهده گرفته و برای همیشه مسوول اجراء و بهره برداری آن طرح شناخته می شود. در مقابل بخش دولتی هیچ تعهدی نمی پذیرد و کل مسئولیت اجرای طرح را به بخش خصوصی واگذار می نماید و تنها تعهد می نماید که در صورت وضع قوانین و مقرراتی مبنی بر مصادره یا ملی شدن آن طرح، آورده بخش خصوصی و سود مورد انتظار وی را بپردازد.

جذب سرمایه، تکنولوژی، دانش روز، بالا بردن توانایی مدیریت، افزایش اشتغال، بهبود پرداخت ها و افزایش قدرت رقابت از جمله مزایای سرمایه گذاری مستقیم محسوب می شوند. البته ضعف مدیریت و سیاست های نادرست در زمینه جذب سرمایه گذاری های مستقیم می تواند پیامدهای منفی از قبیل ایجاد ساختار بازار انحصاری در بلندمدت، انهدام صنایع با مقیاس تولید کوچک و تشدید بیکاری را به همراه داشته باشد.

موثر بودن این سرمایه گذاری در کشور پذیرنده سرمایه مستقیماً و ضرورتاً به عواملی نظیر اقتصاد و بازار آزاد کشور میزبان سرمایه، میزان تولید ناخالص ملی یا مازاد بودجه و بدهی های خارجی کشور میزبان سرمایه، شرایط ارتباطی و زیربنایی کشور، عوامل حمایتی و تشویقی موجود در کشور پذیرنده سرمایه از جمله بیمه و تضامین سرمایه گذاری داخلی و خارجی، عوامل تسهیل کننده سرمایه گذاری و نوع نگرش آن کشور به سرمایه گذاری خارجی، قوانین و مقررات مربوط به سرمایه گذاری در آن کشور و حمایت از مالکیت فکری، سیاست های متمرکز

بر ساختار و عملکرد بازار به ویژه سیاست های مرتبط با رقابت در بازار کشور پذیرای سرمایه بستگی مستقیم دارد.

پیش از پیاده سازی این روش در ایران ضرورت دارد زیر ساخت های این سرمایه گذاری در قوانین و مقررات فراهم شود. برخی از این زیر ساخت ها عبارتند از:

- بهبود زیر ساخت های اقتصادی و ایجاد امنیت پایدار در بازار سرمایه،
  - ایجاد ثبات در بازار ارز و سیاست های ارزی کشور،
  - کاهش تصدی گری بخش دولتی و تقویت زمینه های فعالیت بخش خصوصی،
  - حذف بوروکراسی اداری و تشویق و تقویت سیستم تک پنجره ای،
  - افزایش تضامین سرمایه گذاری و کاهش ریسک های غیر تجاری،
  - تربیت نیروی انسانی متخصص و حمایت از مالکیت های فکری و معنوی.
- با تحقق عوامل فوق، امکان مشارکت بخش عمومی و خصوصی با استفاده از روش سرمایه گذاری مستقیم محقق شده و روند توسعه تسهیلات زیر بنایی کشور نیز افزایش می یابد.