

جایگاه قراردادهای مربوط به مشارکت عمومی خصوصی در حقوق ایران

احمد شهینیایی*

چکیده

روش مشارکت بخش عمومی - بخش خصوصی به عنوان یکی از روشهای تأمین مالی، اجرا و مدیریت و بهره برداری از پروژه های زیرساخت عمومی توسط بخش غیردولتی در بسیاری کشورهای دنیا معمول است و در ایران نیز قانونگذار در بند «ب» ماده (۲۱۴) قانون برنامه پنجم توسعه به وظیفه دولت در اجرای این روش جهت افزایش کارآمدی و اثر بخشی طرحهای تملک دارایی های سرمایه ای حکم کرده است. اجرای این روش مستلزم بکارگیری ترتیبات قراردادی بین شریک دولتی و شریک خصوصی است که در قوانین ایران نوع، ماهیت و آثار این قراردادها به طور روشن بیان نشده است. اجرای کارآمد این روش مستلزم شناخت و استخراج این نظام قراردادی، به ویژه قرارداد امتیاز به عنوان مهمترین قرارداد اجرای مشارکت عمومی - خصوصی، متناسب با نظام حقوق قراردادهای کشور است. این نظام از یک سو متأثر از قواعد آمره ناشی از حقوق عمومی و اداری در قراردادهای دولتی و ضرورتهای عمومی مربوط به ارائه خدمات ناشی از تأسیسات زیرساخت است و از سوی دیگر مرتبط با نظام قراردادها در حقوق خصوصی و قانون مدنی و ضرورتهای توجه به اراده خصوصی طرفین قرارداد است. استخراج و تبیین نظام حقوقی قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی مطابق و سازگار با این دو ضرورت، از مهمترین لوازم حقوقی اجرای موفق روش مشارکت عمومی خصوصی است.

واژگان کلیدی : «مشارکت بخش عمومی - بخش خصوصی»، «قرارداد امتیاز»، «قراردادهای اداری»، «حقوق خصوصی قراردادها»، «حقوق عمومی» و «خدمات عمومی»

*فارق التحصیل دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

مبحث اول

مفهوم ، مبانی و عناصر مشارکت عمومی خصوصی

در بند ب ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم توسعه دولت موظف شده است به منظور افزایش کارآمدی و اثر بخشی طرح‌های تملک دارائی‌های سرمایه‌ای ، روش اجرائی مناسب از قبیل «مشارکت بخش عمومی - خصوصی» را با پیش بینی تضمین‌های کافی به کارگیرد. مشارکت عمومی خصوصی (public private partnership) در قانون یاد شده و سایر قوانین و مقررات کشور فاقد تعریف صریح و روشنی است. این روش ایجاد و مدیریت پروژه‌های زیربنایی، در قوانین سایر کشورها نیز پیش بینی شده است و در بسیاری کشورها قوانین ویژه آن وضع شده است و برخی سازمان‌های بین المللی از قبیل سازمان ملل متحد و بانک جهانی دارای اسنادی در خصوص آن هستند. در مقدمه مدل نمونه کمیسیون حقوق تجارت بین المللی سازمان ملل متحد راجع به تأمین مالی پروژه‌های زیر بنایی توسط بخش خصوصی (Uncitral Model legislative provisions on privately financed infrastructure projects) ، بر نقش مشارکت عمومی خصوصی در کمک به ایجاد و مدیریت زیر ساخت‌های عمومی جهت توسعه اقتصادی و اجتماعی با ثبات و تشویق سرمایه گذاری‌های خصوصی در توسعه زیر ساختها و منافع عمومی تأکید شده است. (United Nations, 2004, P. IX)

اصطلاح مشارکت عمومی خصوصی ماهیتاً یک اصطلاح حقوقی نیست بلکه به مفهوم عام مبین هر گونه ترتیبات قراردادی بین بخش دولتی با بخش خصوصی برای انجام اموری است که برای طرفین در طول مدت قرارداد حقوق و تعهدات متقابلی ایجاد می شود. این ترتیبات عام شامل طیف متنوعی از انواع رابطه بین بخش دولتی و بخش خصوصی جهت ارائه خدمات زیر ساخت‌های عمومی می شود. این تنوع بر حسب میزان ریسکها و مسئولیت‌های بخش دولتی و بخش خصوصی در قرارداد به ترتیب شامل قرارداد خرید خدمت (Service agreement) ، پیمان مدیریت (Management agreement) قرارداد اجاره (Lease agreement) قرارداد امتیاز (Concession agreement) و قرارداد واگذاری مالکیت (Divesture) می شود که به ترتیب موجد تعهدات و اختیارات کمتر برای بخش خصوصی و متقابلاً تعهدات و اختیارات بیشتر برای بخش دولتی است.^۱ در یک سوی این طیف قرارداد خرید خدمات قرار دارد که بخش خصوصی انجام برخی خدمات مشخص را برعهده می گیرد و کلیه تعهدات و حقوق مربوط به زیر ساخت عمومی از قبیل نگهداری و مالکیت، دریافت عواید، مدیریت زیر ساخت. تعیین ضوابط و استانداردهای اجرائی و تأمین مالی بر عهده بخش

دولتی است. در قرارداد مدیریت اداره و نگهداری اموال زیر ساخت بر عهده بخش خصوصی قرار می گیرد. در اجاره علاوه بر مدیریت و نگهداری اموال، دریافت عواید پروژه، تأمین مالی و نیز برخی حقوق عینی بر اموال پروژه نیز برای بخش خصوصی ایجاد می شود و نظارت بر امر و تدوین استانداردها و سیاستها همچنان بر عهده بخش دولتی خواهد بود. در سوی دیگر طیف، قراردادی واگذاری و خصوصی سازی است که کلیه حقوق، مالکیت و اختیارات پروژه به بخش خصوصی واگذار می شود و اختیارات بخش دولتی به تعیین کیفیت و استانداردهای ارائه کار و مقررات گذاری محدود می شود. (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, P,16) در میان این طیف، مشارکت عمومی خصوصی به مفهوم خاص معادل رابطه حقوقی ناشی از قرارداد امتیاز است (Ibid, p. 8) و در بسیاری کشورها وضع قواعد حقوقی ساختار مشارکت های عمومی خصوصی از طریق وضع قوانین مربوط به قرارداد امتیاز و یا تعریف مشارکت عمومی خصوصی بر اساس ویژگیهای قرارداد امتیاز صورت گرفته است.

بر اساس ماده ۴ قانون مشارکت عمومی خصوصی کرواسی مشارکت عمومی خصوصی رابطه طولانی مدت بین یک شریک دولتی و یک شریک خصوصی است که مورد ویژگی های زیر باشد؛ الف) شریک خصوصی در قبال شریک دولتی متعهد به طراحی و ساخت تأسیسات عمومی به منظور ارائه خدمات عمومی به مصرف کننده نهایی در حدود صلاحیت و اختیارات شریک دولتی می شود. ب) در مقابل این تعهدات، شریک دولتی واگذاری حقوق مشخص یا ایجاد انحصار و یا جبران هزینه ها و حقوق پرداختی را به شریک خصوصی بر عهده می گیرد و ج) هر شریک مسئولیت ریسک مربوط به وظایف خود را بر عهده دارد و جهت کاهش این ریسکها امکانات مدیریتی، فنی، مالی و فکری خود را با تبادل مهارتها و دانش فنی بین شریک دولتی و شریک خصوصی بکار می گیرد.

بر اساس ماده ۲ قانون مشارکت عمومی خصوصی اسلونی مشارکت عمومی و خصوصی متضمن سرمایه گذاری خصوصی در پروژه های عمومی و مبین رابطه بین شریک دولتی و خصوصی در رابطه با ساخت، نگهداری و اداره زیر ساختهای عمومی است.

بر اساس قانون مشارکت عمومی خصوصی کشور مارتیتوس (۲۰۰۴) مشارکت عمومی خصوصی قراردادی است بین مقامات عمومی مرتبط و طرف خصوصی که طبق شروط آن؛ الف) طرف خصوصی متعهد به انجام بخشی از وظایف و کارکردهای عمومی از طرف مقامات عمومی مربوط در مدت معین می شود و ب) طرف خصوصی عواید پروژه را از طریق وصول درآمد ناشی از خدمات پروژه، تعرفه دریافتی از مصرف کننده یا مشتری خدمات و یا ترکیبی از دو روش اخیر بدست می آورد و ج) طرف خصوصی ضامن ریسک ناشی از وظیفه مزبور است و د) مالکیت یا حق استفاده از تجهیزات و تأسیسات پروژه ممکن است به طرف خصوصی منتقل شود.

در نظام حقوقی ایران قواعد روشنی در خصوص مفهوم روش مشارکت عمومی خصوصی به چشم نمی خورد با این حال برخی احکام قانونی مبین نوعی از این روش است از جمله مهمترین قوانین، قانون احداث پروژه های عمرانی بخش راه و ترابری از طریق مشارکت بانکها و سایر منابع مالی پولی کشور مصوب ۱۳۶۶ است که بر اساس آن وزارت راه و شهرسازی اجازه یافته تأمین منابع مالی و اجرای طرحها و پروژه های عمرانی بخش راه و ترابری را به اشخاص واجد شرایط واگذار نماید و مکلف شده درقبال این سرمایه گذارها منافع بهره برداری از آنها را تا استهلاک هزینه های طرح با حفظ مالکیت دولت به شرکت مربوط واگذار نماید. بر اساس ماده ۳۶ آئین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۶۷ مقررات پیمان و شرایط عمومی پیمان در کارهای ساختمانی و تأسیساتی طرحها و پروژه های موضوع قانون مورد استفاده قرار می گیرد و بر اساس مواد ۳۸ و ۴۰ امر نظارت و اجرا و سایر اختیارات مذکور در موارد پیمان و تعهدات و اختیارات کارفرما منحصرأ توسط وزارت راه و شهرسازی صورت می گیرد. بر اساس مواد ۴۴ و ۴۵ و ۴۶ در دوره بهره برداری انجام و تدارک خدمات نگهداری و حفظ مستحذات، بهسازی و تجدید ساختمان، امور مربوط به سازماندهی اداری - تشیکلاتی جهت برداشت منافع بر عده طرف مشارکت است و بر اساس ماده ۵۶ طرف مشارکت ملزم است در بهره برداری از طرح استانداردها، دستورالعملها و مقررات بهره برداری از طرح را که توسط وزارت راه و شهرسازی منتشر و ابلاغ می گردد به اجرا گذارد. بر اساس ماده ۶۶ در پایان مدت واگذاری منافع بهره برداری یا پس از استهلاک کامل هزینه ها، موضوع مشارکت خاتمه یافته و وزارت راه و شهرسازی موظف به بر عهده گرفتن بهره برداری از خدمات حاصل از اجرای طرح است.

در اجرای بند ب ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم راجع به روشهای انجام طرح های تملک دارایی های سرمایه ای، قانونگذار در اولین اقدام تقنینی در بند ۱۰۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۱ کل کشور برخی احکام بودجه ای و اجرائی را مقرر نموده است. در این بند بدون تفکیک روشهای مختلف پیش بینی شده در بند ب ماده ۲۱۴ (شامل «مشارکت بخش عمومی و خصوصی»، «تأمین منابع مالی، ساخت، بهره برداری و واگذاری»، «تأمین منابع مالی، ساخت و بهره برداری»، «طرح، ساخت کلید در دست» و «ساخت، بهره برداری و مالکیت» (دستگاههای اجرائی مجاز شده اند با رعایت ماده ۲۳ قانون برنامه بودجه مصوب ۱۳۵۱ و ماده ۱۰ قانون برگزاری مناقصات^۲ به روش این بند اقدام نمایند. در این بند تأمین زمین مورد نیاز اجرای طرح توسط دستگاه اجرای و قرارداد آن در اختیار پیمانکار برای حداکثر ۵۰ سال و لزوم تأمین منابع مالی اجرایی طرح توسط پیمانکار پیش بینی شده است. در بند ۳-۱۰۲ نیز مقرر شده است اجرای طرح ها صرفاً از طریق پیمانکاران بوده و دستگاه اجرائی با انعقاد قرارداد با پیمانکار بصورت پیش خریدتأسیسات احداثی (نوع الف) و یا قرارداد اجاره دراز مدت تمام یا بخشی از تأسیسات (نوع ب) و یا قرارداد دراز مدت خرید خدمات تولیدی طرح (نوع ج) اقدام کند.

مبحث دوم

عناصر حقوقی مشارکت عمومی خصوصی

با ملاحظه تعاریف ارائه شده از مشارکت بخش عمومی خصوصی و اسناد بین المللی و ملی راجع به آن برخی عناصر حقوقی این روش به شرح زیر است:

۱- مشارکت عمومی - خصوصی متضمن واگذاری انجام برخی از وظایف ذاتی دولت است.

مشارکت عمومی - خصوصی ابزاری جهت مشارکت دادن بخش خصوصی در تأمین مالی، اجرا و مدیریت پروژه های مربوط به ارائه خدمات عمومی بوده که ماهیتاً بر عهده و در انحصار دولت است و منابع مالی آن بطور سنتی از محل بودجه عمومی تأمین می شده است. (OECD, P7) از قبیل آب، حمل و نقل راهها، اسکله. در بند ب ماده ۲۱۴ قانون برنامه نیز بکارگیری این روش برای «طرحهای تملک دارائی های سرمایه‌ای» پیش بینی شده است و در ماده ۱۰ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ طرح تملک دارایی های سرمایه ای بعنوان امور زیربنایی تعریف شده که موجب تقویت زیرساختهای اقتصادی و تولیدی کشور می گردد از قبیل طرحهای آب و خاک و شبکه های انرژی، ارتباطات و راه و در ماده ۱۴ این قانون نیز پیش بینی شده که امور زیر بنائی با مدیریت، حمایت و نظارت دستگاههای اجرائی توسط بخش غیر دولتی (تعاونی و خصوصی و نهادها و موسسات عمومی غیر دولتی) انجام خواهد شد. بر این اساس مشارکت عمومی خصوصی ارتباط موثری با مفاهیمی همچون کالای عمومی (public good) پیدا می کند (Miranda, P.532) از سوی دیگر رابطه حقوقی ناشی از مشارکت عمومی و خصوصی متضمن تفویض برخی از اختیارات عمومی دولت به شریک خصوصی است و همین امر باعث ایجاد نوعی امتیاز یا انحصار دولتی برای شریک خصوصی می گردد. بر اساس این عناصر قراردادهای بخش دولتی با بخش غیر دولتی که متضمن ارائه کالای عمومی نباشد و یا فاقد مشتری عمومی باشد مثل بهره برداری از معادن مشارکت عمومی خصوصی تلقی نمی شود و از سوی دیگر قراردادهای BOT که مربوط به طرحهای غیر از طرحهای زیر بنایی باشد مثل طرحهای اقتصادی (گروه یک و دو ماده ۲ قانون نحوه اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴) چون متضمن کالای عمومی نیست نمی تواند از مصادیق مشارکت عمومی خصوصی باشد.

۲- ماهیت حقوقی رابطه مشارکت عمومی - خصوصی

رابطه حقوقی مشارکت عمومی - خصوصی متضمن ایجاد روابط متعدد قراردادی و نیز قانونی و حضور اطراف و ذینفعان متعدد است که مشارکت عمومی خصوصی را از اوراق مشارکت که متضمن رابطه محدود بین ناشر و

خریدار است متمایز می کنند. از حیث اطراف این رابطه مشارکت عمومی خصوصی متضمن حضور دولت بعنوان شریک بخش عمومی و واگذار کننده امتیاز از یک سو و واز سوی دیگر مجری یا شریک خصوصی است که مسئولیت ایجاد و مدیریت پروژه را بر عهده دارد و در بسیاری اشکال مشارکت عمومی خصوصی طرف دیگر رابطه مردم بعنوان استفاده کنندگان خدمات حاصل از بهره برداری از پروژه یا خریدار خدمات هستند. بیشتر اشکال رابطه بین بخش دولتی و بخش خصوصی متضمن رابطه قراردادی است (Farquharson,P.6) که قرارداد امتیاز مهمترین و رایج ترین نوع این قرارداد است. غالباً این رابطه قراردادی متضمن روابط قراردادی و اطراف متعددی است از قبیل شرکت پروژه (Project company) تأمین کننده مالی (Financer) ، بیمه کننده (Insurer)، پیمانکار (Contractor)، تهیه کننده تجهیزات (Supplier)، مهندس مجری (Engineer)، بهره بردار (Operator) . طرف دیگر این رابطه، مشتری خدمات است که از شرکت پروژه (شریک خصوصی) خدمات نهائی را خریداری و دریافت می نماید. این ارتباط بین مشتری با شریک خصوصی از چند طریق محقق می شود؛ فرض اول عموم مردم مستقیماً خدمات را از شریک خصوصی دریافت می کنند در این فرض این رابطه اصولاً قانونی است و مفاد آن را قانون تعیین می کنند. فرض دوم دولت محصول را از شریک خصوصی جهت ارائه به عموم خریداری می کنند و در فرض دیگر ممکن است خدمات از شریک خصوصی توسط بخش خصوصی دیگری جهت ارائه به عموم مردم خریداری شود. (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific,P.21)

با توجه به ارتباط ساختار مشارکت عمومی و خصوصی با افراد متعدد و نیازهای عمومی جامعه و لوازم اجرائی متعدد آن، این رابطه متضمن موضوعات متعدد دیگری از قبیل حقوق اموال و املاک، حقوق شرکتهای، حقوق مالکیت فکری و حقوق مالیه است. بر این اساس سخن گفتن از نظام حقوقی و قانونی مشارکت عمومی و خصوصی، بیراهه نخواهد بود.

۳- وجود ریسکهای متعدد در مشارکت عمومی خصوصی

در مشارکت عمومی خصوصی، حق شریک خصوصی در منافع ناشی از ارائه محصول تولید شده به خریداران محصول است که در چارچوب قرارداد منعقد شده با شریک دولتی از طریق وصول آن هزینه ها منافع قراردادی مورد انتظار تأمین می شود. با این حال میزان واقعی هزینه ها و عایدات به هنگام انعقاد قرارداد مشارکت بطور قطعی مشخص نیست و ریسکهای متعددی این انتظارات را تحت تأثیر قرار می دهد. برخی از این ریسکها عبارت اند؛ ریسک رقابت با سایر فعالان بازار، ریسک عدم تحقق درآمد مورد انتظار، ریسک ناشی از خسارات محصول مورد ارائه ، ریسک تغییر قوانین و مقررات و ریسک تجاری. مقررات قانونی و نیز قراردادهای منعقد شده در

بسیاری از نظام های حقوقی متوجه کاهش یا توزیع این ریسکها بین شریک دولتی و شریک خصوصی است
(Farquharson, P.39)

مبحث سوم

ماهیت قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی

آنچه در بند ب ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم پیش بینی شده است «مشارکت عمومی و خصوصی» بعنوان یک روش اجرائی برای اجراء، مدیریت و بهره برداری از پروژه های زیر بنایی است ولی این حکم هیچگونه دلالت روشنی بر نوع و ماهیت قرارداد مورد استفاده جهت اجرای این روش ندارد. همانگونه که ذکر شد مفهوم بین المللی این اصطلاح در مفهوم عام شامل اقسام قراردادهای مدیریت، خرید خدمات، اجاره، امتیاز واگذاری مالکیت می شود ولی مفهوم دقیق و کامل آن با قراردادهای امتیاز قابل تطبیق است و روش اجرائی این قرارداد غالباً به اشکال قراردادهای B.O.T و اشکال متنوع آن است (United Nations, 2004, P.8) در روسیه نیز مشارکت عمومی و خصوصی بر اساس قرارداد امتیاز و با مدل اجرای آن BOT مجری است (Dr.wim, p.3)

در قانون احداث پروژه های عمرانی بخش راه و ترابری از طریق مشارکت بانکها و سایر منابع پولی و مالی صراحتاً عقد خاصی جهت اجرای مشارکت مورد نظر پیش بینی نشده است با این حال استفاده مکرر مقنن از اصطلاح «مشارکت» و احکام آئین نامه اجرائی آن ممکن است تطابق قراردادهای مشارکت موضوع قانون مذکور با عقود مشارکتی در قانون مدنی را متصور نماید. در مواد مختلف آیین نامه اجرایی از جمله مواد ۳۸، ۳۷، ۳۶ و ۴۱ از اصطلاح «قرارداد مشارکت» جهت بیان رابطه بین دولت با طرف مشارکت استفاده شده است. ماده ۴۷ آن مبنی بر اختیار طرف مشارکت به برداشت منافع بهره برداری از طرح و ماده ۶۸ مبنی بر امکان افزایش سقف «مشارکت دولت تا ۵۰ درصد» با کسب ردیف در لوائح بودجه این برداشت را تقویت می کند. از سوی دیگر در تصویب نامه های مصوب هیأت وزیران که بطور موردی اجازه انعقاد قرارداد را مقرر می نماید پیش بینی احکامی همچون «اجازه انعقاد قرارداد مشارکت» «ایجاد حساب مشترک»، «آورده و سهم الشرکه طرفین»، و «تعلق منافع حاصل از بهره برداری به طرف مشارکت» نیز در جهت تقویت این برداشت است.^۳

بنا به تعریفی که از عقد شرکت در حقوق مدنی ارائه شده است، عقد شرکت «عقدی است که بموجب آن دو یا چند شخص بمنظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصود دیگر حقوق خود را به میان می نهند تا به جای آن مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند (کاتوزیان، عقود معین، جلد دوم، ص ۱۷) ارکان عقد شرکت در حقوق مدنی عبارت است از آورده حصه (حق مالکیت) توسط شرکاء، ایجاد مالکیت مشاع در آورده ها برای

تمام شرکاء (ماده ۵۷۱ قانون مدنی)، تقسیم سود و زیان به تناسب سهم شرکان (همان). با توجه به تصریح قانون احداث مبنی بر حفظ مالکیت دولت بر پروژه ها و طرحها، عنصر مالکیت مشاع و تقسیم سود و زیان شرکت مدنی در مشارکت های موضوع قانون احداث محقق نیست و تلقی از این قراردادها بعنوان عقد شرکت مدنی با موانعی مواجه است.

در خصوص انطباق این قراردادها با عقد مضاربه در قانون مدنی که از مصادیق عقود مشارکتی بطور عام تلقی می شود (همان ص ۷) نیز موانعی قابل طرح است. عقد مضاربه بر اساس ماده ۵۴۶ قانون مدنی «عقدی است که بموجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشد». سرمایه در عقد مضاربه باید وجه نقد باشد (ماده ۵۴۷) و حصه هر یک مالک و مضارب در منافع جز مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث یا غیره باشد (ماده ۵۴۸ قانون مدنی) در غیراینصورت مضاربه باطل است (لنگرودی ص ۵۹). صرفنظر از اینکه عمل طرف مشارکت در تأسیس و بهره برداری از مستحقات به سبب جنبه عمومی داشتن خدمات، «تجارت» به مفهوم مندرج در ماده ۲ قانون تجارت تلقی نمی شود، در عمل حق مالی طرف مشارکت در قرارداد نه بصورت جزء مشاع از کل منافع بلکه بصورت مبلغی مقطوع یا معادل سود قطعی مورد انتظار سرمایه گذاری معادل سپرده های بلند مدت نزد بانکهای دولتی به علاوه درصدی معلوم (مثلاً ۵٪) تعیین می شود. لازم به ذکر است عدم انطباق شرایط قرارداد مشارکت ایجاد راهها با عقود مشارکتی قانون مدنی به معنی بطلان قرارداد و یا عدم امکان مطلق اعمال احکام عقود مشارکتی نیست زیرا بر اساس اصول قرارداد، قرارداد تابع قواعد عمومی قراردادها بوده و متناسب با احکام و الزامات قانونی قرارداد اراده صریح یا ضمنی طرفین تحلیل خواهد شد.

بند ۱۰۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۱، که در اجرای بند ب ماده ۲۱۴ قانون پنجم توسعه مقرر شده است متضمن بیان قرارداد یا ترتیبات قراردادی مشخصی جهت اجرای روش مشارکت عمومی خصوصی نمی باشد. در این بند مقرر شده است که اجرای طرحهای موضوع بند ب ماده ۲۱۴ صرفاً از طریق پیمانکاران بوده و دستگاه اجرائی با انعقاد قرارداد با پیمانکاران به صورت پیش خرید تأسیسات احداثی (نوع الف) و یا قرارداد اجاره دراز مدت تمام یا بخشی از تأسیسات (نوع ب) و یا قرارداد دراز مدت خرید خدمات تولیدی آن طرح (نوع ج) اقدام نماید. این حکم از جهات ذیل قابل توجه است؛ اولاً علی رغم تنوع روشهای موضوع بند ب ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم (شامل «تأمین منابع مالی، ساخت، بهره برداری و واگذاری»، «تأمین منابع مالی، ساخت و بهره برداری»، «طرح و ساخت کلید در دست» «مشارکت بخش عمومی و خصوصی» و یا «ساخت، بهره برداری و مالکیت») و خصوصیات هر کدام نسبت به یکدیگر، وضع حکم بصورت کلی و بدون توجه به خصوصیت‌های هر کدام موجب

ابهام قانونی و نیز عدم استفاده از ظرفیتهای قانونی و اجرائی ویژه هر کدام از روش های موضوع بند ب ماده ۲۱۴ شده است.

ثانیاً بنظر می رسد مقنن روشهای اجرائی بند ب ماده ۲۱۴ را محدود به روش پیمانکاری با اضافه کردن شروط ضمن عقد (نوع الف، ب، ج) نموده است و روش و ساختار قراردادی جامعی که مبین ویژگیها و مزیت های مشارکت عمومی خصوصی باشد از قبیل واگذاری صلاحیتهای تصدی دولت در امور زیربنائی به بخش خصوصی، مشارکت دادن مردم در فرایند ایجاد، توسعه و مدیریت پروژه ها از طریق خرید محصول و محدود کردن نقش دولت به سیاست گذاری و وضع مقررات و نیز عدم وابستگی طرحهای دارائی های سرمایه ای به بودجه را پیش بینی ننموده است.

مبحث چهارم

قرارداد امتیاز

۱- مفهوم و مفاد قرارداد امتیاز

قرارداد امتیاز (Concession Agreement) تنها قرارداد منحصر به فرد و واجد کلیه خصوصیهتهای مشارکت عمومی و خصوصی است. سایر قراردادهای مربوط به مشارکت عمومی خصوصی در سایر روابط و قراردادهای تجاری نیز کارائی دارد. (United Nations Economic and Social Commission (UNESCO), 2004, P. 24) ، به همین دلیل در نظام قانون گذاری بسیاری کشورها مقررات مشارکت عمومی خصوصی در قالب و با عنوان قراردادهای امتیاز وضع شده است مثل روسیه (مصوبه شماره FZ-115 مصوب ۲۰۰۵ و مجری از سال ۲۰۰۶)، لهستان (۲۰۰۹)، آلبانی (ابلاغی طی دستور شماره ۲۱۷۹- سال ۲۰۰۷).

قرارداد امتیاز قراردادی است که به موجب آن یک نهاد عمومی یا دولتی، حقوق و اختیار ساخت، تعمیر یا تدارک تأسیسات زیربنایی عمومی یا بهره برداری از منابع عمومی را در قبال تعهداتی به طرف دیگر به عنوان بخش خصوصی واگذار می کند (OECD, P. 11). براساس تعریفی دیگر قرارداد امتیاز قراردادی است بین یک اداره دولتی و یک شرکت خصوصی که به موجب آن شرکت متعهد می شود یک خدمت یا زیرساخت معین را ایجاد و اداره کند و در مقابل آن اداره ی دولتی به شرکت یاد شده حق بهره برداری، استفاده و انتفاع از عواید اقتصادی زیرساخت های ساخته شده را می دهد. (United Nations Economic and Social Commission (UNESCO), 2004, P. 42). به عنوان گزینه دیگر، مالکیت اموال زیرساخت به هنگام تکمیل به

دولت منتقل شده و شرکت خصوصی این اموال را از شرکت اجاره می کند. در بسیاری موارد حقوق مربوط به اموال زیرساخت با پایان یک مدت مقرر (غالباً مدت قرارداد امتیاز) به دولت منتقل می شود (Ibid)

براساس قانون فدرال قراردادهای امتیاز روسیه، در قرارداد امتیاز، امتیاز گیرنده متعهد به ایجاد زیرساخت با منابع مالی خود خواهد بود و مالکیت زیرساخت متعلق به دولت است و در مقابل امتیاز گیرنده حق تصرف و بهره برداری از اموال در طول مدت قرارداد دارد. (Dr.wim p4-5).

طبق قانون امتیازات آلبانی (Law on concessions) قرارداد امتیاز قراردادی است که به موجب آن امتیاز گیرنده متعهد به فعالیت های اقتصادی مربوط ارائه خدمات عمومی و پذیرش ریسک های آن بوده و در مقابل منافع خود را یا از طریق دریافت وجه از مقامات دولتی یا وجوه دریافتی از مصرف کننده و یا ترکیبی از آن دو دریافت می کند.

بنابراین اولاً قرارداد امتیاز متضمن ایجاد نوعی امتیاز و انحصار برای امتیاز گیرنده است ثانیاً بخش خصوصی متصدی ارائه خدمات عمومی می گردد. بر این اساس این نوع قراردادها با قرارداد های واگذاری بهره برداری از منابع عمومی مثل معادن که متضمن ارائه خدمات عمومی نمی باشد متمایز است.

مفاد قرارداد امتیاز غالباً شامل موارد ذیل است: نوع و قلمرو و محصول یا خدمات قابل ارائه توسط شریک خصوصی، شرایط لازم الاجرا شدن قرارداد، مدت قرارداد، قلمرو امتیاز اعطایی، نوع حقوق طرفین در اموال و مستحقات و حقوق مالی و غیر مالی، مهلت اتمام پروژه، محدودیت ها یا شرایط مورد توافق جهت انتقال حق تصرف و بهره برداری شریک خصوصی در اموال، هرگونه تعهدات شریک دولتی در مورد پرداخت به شریک خصوصی در قبال خدمات یا محصول ارائه شده، حسب مورد تعهدات شریک خصوصی جهت تضمین دسترسی مستمر و غیرتبعیض آمیز اشخاص ثالث به تأسیسات یا خدمات مورد ارائه به موجب قرارداد امتیاز، حق شریک خصوصی جهت دریافت نرخ خدمات مورد ارائه از اشخاص ثالث، شیوه های تعدیل، محاسبه یا جبران پرداخت های شریک خصوصی، اختیارات طرفین در واگذاری حقوق عینی و دینی خود و شرایط آن، الزامات مربوط به تضمین انجام تعهدات شریک خصوصی در خصوص احداث یا بهره برداری تأسیسات از قبیل بیمه، حسب مورد تعهدات شریک خصوصی ناظر بر حفاظت محیط زیست، تعهدات شریک دولتی مبنی بر تأمین اراضی یا تأسیسات، اختیارات شریک دولتی جهت پیگیری و بازرسی اجرای تعهدات شریک خصوصی، اوضاع و اسبابی که هر کدام از طرفین بتوانند قرارداد امتیاز را فسخ کنند یا درخواست مذاکره مجدد راجع به شرایط قرارداد را بکنند، تعهدات پرداختی هر کدام از طرفین (غیر از عوضین اصلی قرارداد)، ضمانت اجراهای ایفای تعهدات هر کدام از طرفین، اوضاع و احوال و اسبابی که برحسب آن ها شریک دولتی یا شخص ثالث تعیین شده حق داشته باشد

بهره‌برداری از تأسیسات و یا سایر عملکردهای شریک خصوصی را به منظور تضمین ارائه موثر و مستمر خدمات و کالاهای موضوع امتیاز در صورت قصور شریک خصوصی در انجام تعهداتش برعهده گیرد، مالیات و مسائل مربوط به مالیه عمومی، رابطه‌ی بین قرارداد امتیاز با سایر قراردادهای مرتبط در مشارکت عمومی خصوصی مربوطه، احکام مربوط به قوه‌ی قاهره و اثر تغییر مقررات بر شرایط قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد، نحوه حل و فصل اختلافات، تعیین قلمرو جغرافیای مناطق مشمول امتیاز، احکام مربوط به پرداخت حق مالکانه و سایر وجوه قابل پرداخت حقوق مالکانه در رابطه با منابع طبیعی و عمومی مربوطه، ضوابط بازاریابی و فروش منابع و محصولات (OECD, P.19).

۲- اوصاف قرارداد امتیاز

برای شناخت بیشتر قرارداد امتیاز و تعیین جایگاه آن در نظام حقوق قراردادهای کشور لازم است اوصاف قرارداد براساس مفاد آن و مبانی قانونی ذکر گردد.

۱-۲- قرارداد امتیاز معامله‌ی دولتی و اداری است.

با توجه به این که در قرارداد امتیاز دستگاه دولتی و عمومی در مقام و در جهت انجام خدمات عمومی قرارداد منعقد می‌نماید، مسأله ماهیت نظام قابل اعمال بر این قرارداد (حقوق خصوصی یا حقوق اداری) مطرح می‌شود. در نظام حقوقی بسیاری کشورها تقسیم‌بندی قرارداد به قراردادهای اداری و قراردادهای خصوصی تقسیم‌بندی پذیرفته شده‌ای است. در حقوق فرانسه برای قراردادهای عمومی نظام حقوقی خاص و جداگانه‌ای وضع شده که این نظام جدا از احکام قراردادهای مدنی است و قراردادهایی که به یک خدمت عمومی مربوط می‌شود در این دسته از قراردادها قرار می‌گیرد و متضمن اختیارات استثنایی به نفع اداره طرف قرارداد است (هداوند، صص ۴۱۹ و ۴۲۴) در حقوق آلمان نیز مثل فرانسه اداره میتواند دو نوع قرارداد خصوصی و عمومی منعقد کند که در قراردادهای عمومی طرفین فاقد آزادی قراردادی همچون قراردادهای مدنی هستند (همان، صص ۴۳۶) ولی قراردادهای دارای ماهیت تجاری در حوزه حقوق خصوصی هستند (همان ۴۵۲). این تفکیک هر چند در حقوق کاملاً اصولاً وجود ندارد و قراردادهای تابع حقوق عام قراردادها در نظام حقوق خصوصی هستند (همان، صص ۴۴۳) با این حال اهمیت استمرار خدمات عمومی توسط دولت که موضوع قراردادهای دولتی قرار می‌گیرد، تحلیل این قراردادها براساس اصول صرف حقوق خصوصی قراردادها را ناموجه می‌کند (Freedland, p114-115). لازم به ذکر است تلقی از قراردادها به صورت قرارداد عمومی و اداری باعث مقید شدن آزادی قراردادی به منافع عمومی، اختیار دولت جهت تغییر قرارداد یا حتی فسخ آن با استناد به منافع عمومی، ایجاد حق

بازرسی و نظارت مستمر دولت، ایجاد ضمانت اجراهای خاص برای عدم ایفای تعهد طرف قرارداد خصوصی می- گردد. (United Nations, 2001, 196)

نظام حقوق کشورها در خصوص تلقی از قراردادهای امتیاز از این نظر متفاوت است.

نظام‌هایی که قراردادهای امتیاز را به عنوان «اعطای واگذاری یک امتیاز» تلقی می‌کنند قرارداد را براساس حقوق اداری و عمومی تحلیل می‌کنند (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, p42). از نظر برخی تلقی از قرارداد امتیاز به عنوان یک قرارداد خصوصی موجب مصونیت قرارداد از الزامات نظارتی و ماهوی قواعد حقوق عمومی و حقوق اداری می- شود و برخی سازمان‌های بین‌المللی مثل بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول تمایل به چنین تلقی دارند (MIRANDA, P517)

از نظر برخی دیگر قراردادهای امتیاز چون متضمن منفعت عمومی و زیرساخت‌ها و نیازهای عمومی و حقوق شهروندی و کالاهای عمومی و توزیع عادلانه امکانات و امنیت عمومی و حق حاکمیت عمومی است باید به عنوان موضوعی ذیل حقوق عمومی تلقی شود (Ibid, p533-535) و تلقی از آن به عنوان قرارداد خصوصی علاوه بر مغایرت با مبانی عمومی فوق‌الذکر موجب آزادی عمل بیش از اندازه‌ی مدیران جهت تعیین مفاد قرارداد، کاهش نظارت نهادهای عمومی، بروز فساد، عدم شفافیت و عدم آینده‌نگری در تصمیمات خواهد شد (Ibid, p521) غالب کشورهای متعلق به نظام حقوقی نوشته از قبیل فرانسه و تعدادی از کشورهای آمریکای لاتین دارای قواعد خاص مربوط به قراردادهای امتیاز هستند. (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, p42). در روسیه نیز قوانین اداری بر قرارداد امتیاز حاکم است و این قراردادها مشمول قواعد حقوق خصوصی نیستند (Dr.Wim , p.6)

در نظام حقوقی ایران هر چند تقسیم‌بندی قراردادهای خصوصی و قراردادهای عمومی تقسیم‌بندی رایجی در نظام حقوق خصوصی نمی‌باشد ولی قوانین و مقررات خاص و متعدد در خصوص قراردادهای دولتی چنین تفکیکی را موجه می‌کند. احکام قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ راجع به نحوه تشکیل و انعقاد معاملات دولتی (مواد ۷۹ تا ۹۰)، آئین‌نامه‌ی معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹ کمیسیون داری مجلس که مواد ۳۰ تا ۳۵ متضمن احکام راجع به انعقاد قرارداد و ترتیب تحویل کالا می‌باشد، قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ راجع به تشریفات انعقاد قرارداد و سایر قوانین مرتبط از قبیل قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی مصوب ۱۳۳۷ و اصل ۱۳۹ قانون اساسی راجع تشریفات و قیود صلح و داوری اموال عمومی و دولتی مبین نقش قواعد حقوق عمومی در این قراردادها به ویژه در نحوه‌ی تشکیل قرارداد است. ولی در خصوص مفاد، آثار،

ضمانت اجراها، انحلال و تفسیر قراردادهای دولتی واجد احکام قانونی صریحی نیستند با این حال این امر به معنای امکان اعمال کامل قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی و حقوق خصوصی بر این قراردادها نمی‌باشد. مبانی حقوق عمومی قراردادهای دولتی در موارد قابل توجهی با اصول قراردادها در حقوق خصوصی ناسازگار است. قلمرو اصل آزادی قراردادی در حقوق خصوصی با توجه به محدودیت اختیارات مجریان و وجود قوانین آمره متعدد در قراردادهای دولتی قابل اعمال نیست. ضرورت استمرار و ثبات خدمات عمومی با قلمرو گسترده امکان فسخ و انحلال قرارداد در حقوق خصوصی تطابق ندارد همچنین در حالی که در حقوق خصوصی تفسیر قرارداد باید با محوریت کشف اراده واقعی طرفین و یا رجوع به عرف صورت گیرد، این ملاک در قراردادهای دولتی باید معطوف به اجرای مقررات قانونی و حفظ مصالح عمومی نیز باشد.

در قراردادهای امتیاز نیز ارتباط قرارداد با مفاهیمی همچون کالای عمومی، اموال دولتی، قیمت‌گذاری خدمات و محصول ارائه شده، رفاه عمومی و وظایف دولت، اعمال مطلق حقوق خصوصی بر قرارداد را با هدف مقنن در پیش‌بینی مشارکت عمومی خصوصی ناسازگار می‌کند. با این حال فراغت کامل قراردادهای امتیاز از قواعد عمومی قراردادها در حقوق خصوصی علاوه بر آنکه صحیح نمی‌باشد، موافق با مصالح هم نیست زیرا به هر حال ماهیت رابطه‌ی دولت با امتیاز گیرنده «رابطه‌ی قراردادی» است و اغراق در اعمال قواعد دولتی باعث از بین رفتن نقش و ماهیت قراردادی رابطه‌ی طرفین و تضییع حقوق طرف شرکت می‌گردد. از سوی دیگر قانون اصلی راجع به قرارداد در حقوق ایران قانون مدنی است و عدم توجه به آن در قراردادهای امتیاز در بسیاری موارد موجب خلاء قانونی در تنظیم مناسبات دولت و شریک خصوصی و نتیجتاً کاهش ظرفیت‌های اجرایی روش مشارکت عمومی خصوصی خواهد شد. علاوه بر این بسیاری از مفاهیم قراردادها در حقوق خصوصی قابل انطباق با قراردادهای دولتی است. در ماده ۳۶ و ۳۷ آئین‌نامه اجرائی قانون احداث پروژه‌های عمرانی بخش راه و ترابری از طریق مشارکت بانک‌ها و سایر منابع مالی و پولی به اعمال مقررات و شرایط پیمان اشاره شده است و در ماده ۱۰۲ قانون بودجه ۹۱ نیز به رعایت ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه تصریح شده است. در این ماده تصویب استانداردها و شرایط عمومی قرارداد برعهده هیات وزیران قرار گرفته است و دستگاه‌های اجرای ملزم به رعایت آن شده‌اند. این تلقی مقنن متضمن تاکید بر نقش قرارداد بوده و دلالت بر آن دارد که بسیاری از تعهدات و حقوق صرفاً بر اساس «قرارداد» بین طرفین و لازم‌الاجرا می‌گردد و لذا نقش ماهیت توافقی رابطه‌ی طرفین را تقویت می‌کند. از سوی دیگر تدوین شرایط عمومی پیمان در خصوص امتیاز به نحوی که علاوه بر سازگاری با مبانی حقوق عمومی با عناصر قرارداد در حقوق خصوصی سازگار باشد منجر به «ایجاد نظام یکپارچه حقوقی قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی متناسب با مبانی قانونی و قراردادی آن» خواهد شد.

۲-۲- قرارداد امتیاز قرارداد دو تعهدی و معوض است

شریک دولتی و شریک خصوصی به عنوان طرفین قرارداد امتیاز، دارای حقوق و تعهداتی هستند که موضوع اصلی قرارداد را تشکیل می‌دهند. از یک سو شریک عمومی با توجه به جایگاه حاکمیتی خود انحصار ساخت، بهره‌برداری، مدیریت و انتفاع از منابع و زیر ساختهای عمومی را به شریک خصوصی واگذار می‌کند در مقابل شریک خصوصی تعهد به ساخت و مدیریت زیر ساختهای عمومی مورد نظر را برعهده می‌گیرد. بر این اساس اولاً ماهیت موضوع قرارداد تعهدی است و اصولاً حقوق عینی یا تملیک موضوع اصلی قرارداد قرار نمی‌گیرد و استحقاق شریک خصوصی در عواید حاصل از ارائه خدمات پروژه زیربنائی متضمن تملیک مستقیم یا حق عینی وی بر این عواید نیست بلکه حقی است در نتیجه آثار و تبعات قرارداد که در تعهد شریک دولتی برای شریک خصوصی ایجاد می‌شود. از سوی دیگر تملک اموال و تأسیسات برای بخش دولتی نیز نه در نتیجه مفاد قرارداد یا تملیک مال از شریک خصوصی و تملک توسط بخش دولتی بلکه ناشی از احکام قانونی و نتیجه عملی اجرای تعهدات شریک خصوصی است. لازم به ذکر است معلوم نبودن قطعی میزان سرمایه گذاری شریک خصوصی و نیز عواید حاصل از بهره برداری به هنگام انعقاد قرارداد موجب غرری شدن معامله یا بطلان آن نمی‌گردد زیرا از شرایط غرر آن است که مربوط به مورد معامله باشد و اگر مربوط به توابع و لوازم مورد معامله باشد خدشه ای به صحت معامله وارد نمی‌کند زیرا توابع و لوازم موضوع معامله نیستند و اصالتاً مورد قصد طرفین نمی‌باشند تا غرر در آنها موجب بطلان عقد شود (حسینی عاملی، ص ۴۹۳) ضمناً غرری که عرفاً و عقلاً قابل تسامح باشد موجب بطلان نیست. بر این اساس با توجه به اینکه موضوع قرارداد، تعهد شریک خصوصی به ایجاد تأسیسات با مشخصات فنی معین می‌باشد و میزان سرمایه گذاری موضوع قرارداد نیست لذا تلقی معامله غرری در آن بلامبناست.

ثانیاً ماهیت تعهدات موضوع قرارداد از سوی هر دو طرفین از جنس تعهد به نتیجه است زیرا حسب مفاد تعهد و دلالت‌های عرفی و قانونی آن طرفین اجرای تعهدات اصلی (یعنی ایجاد و مدیریت زیرساخت و اعطای امتیاز) را به عنوان نتیجه تضمین و تعهد می‌نمایند و لذا تنها انبات قوه‌ی قاهره متعهد را از مسئولیت ایفا تعهد معاف می‌کند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، ص ۴۶)

ثالثاً با توجه به اینکه تعهدات اصلی طرفین در قرارداد به صورت عوضین قرارداد مقابل یکدیگر هستند یعنی تعهد شریک خصوصی به ایجاد و مدیریت زیرساخت مقابل امتیاز اعطایی توسط شریک دولتی است لذا در صورت لغو امتیاز، تعهد به ایجاد زیرساخت نیز قابل انتفاء خواهد بود. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، ص ۸۶)

۳-۲- قرارداد امتیاز عقد نامعین است.

با توجه به مفاد قرارداد امتیاز، عنوان این قراردادها در هیچ کدام از احکام قانونی به عنوان یک عقد معین پیش-بینی نشده است و مصداق هیچ کدام از عقود معین نیز نمی‌باشد. در نتیجه آثار قرارداد را باید براساس احکام امره قانونی و قواعد عمومی قراردادها متناسب با مفاد و شرایط آن تحلیل نمود.

۴-۲- قرارداد امتیاز در زمره‌ی عقود لازم است.

با توجه به مبانی حقوقی مربوط به استمرار خدمات عمومی و نیز مفاد اراده‌ی طرفین، قرارداد مشمول اصل لزوم قرارداد و ماده ۱۸۵ و ۲۱۹ قانون مدنی می‌باشد و هیچ کدام از طرفین به جزء برحسب شرایط مقرر در قرارداد یا قانون حق فسخ قرارداد را ندارند. مهم‌ترین مسأله در خصوص اسباب فسخ، ملاحظات مربوط به تکمیل مطلوب تأسیسات و ارائه مستمر خدمات عمومی مربوطه است. صاحب امتیاز نباید مجاز به فسخ قرارداد باشد مگر در موارد خاص. در برخی نظام‌های حقوقی فسخ قرارداد توسط وی مستلزم اخذ رأی قطعی مرجع قضایی است. در مقابل در برخی کشورها اختیار دولت جهت فسخ قرارداد، با پرداخت خسارت پیش‌بینی شده است (United Nations, 2001, p154) سبب های اختیار شریک دولتی در فسخ قرارداد غالباً به سه دسته‌ی «نقض تعهدات اساسی امتیاز گیرنده» «ورشکستگی یا اعسار امتیاز گیرنده» و «فسخ بر مبنای منافع عمومی» تقسیم می‌شود. در حقوق بسیاری کشورها اختیار دولت جهت فسخ در صورت نقض تعهدات امتیاز گیرنده پیش‌بینی شده است (Ibid p.155). در حقوق ایران با توجه به این که به دلالت ماده ۲۳۷ قانون مدنی ضمانت اجرای عدم ایفای تعهد الزام متعهد به ایفاء است لذا اختیار شریک دولتی جهت فسخ قبل از الزام به ایفاء مستلزم تصریح در قرارداد است.

در برخی کشورها شریک دولتی بدون تحقق سبب قراردادی خاص و با صرف استناد به منافع عمومی حق فسخ قرارداد را دارد و در برخی کشورها تابع حقوق کامن‌لا این حق صرفاً در صورت تصریح قانون یا قرارداد ممکن خواهد بود. در قوانین برخی کشورهای تابع نظام حقوق نوشته نیز این حق وجود دارد. (Ibid, p.158). در حقوق ایران به سبب نبود حکم چنین اختیاری در قانون، اعمال حق فسخ به صرف اراده شریک دولتی مستلزم پیش‌بینی خیار شرط (ماده ۳۹۹ قانون مدنی) در قرارداد خواهد بود.

۵-۲- قرارداد امتیاز قرارداد مستمر است.

حسب اراده و ماهیت رابطه قراردادی و قانونی طرفین، قرارداد امتیاز عقد مستمر است یعنی تعهدات دو طرف در مقابل یکدیگر ادامه می‌یابد و به یکباره انجام نمی‌شود.

مدت قرارداد امتیاز و اجرای تعهدات و حقوق طرفین معمولاً ۲۰ تا ۳۰ سال است (United Nations Economic and social commission for Asia and the pacific p.43).

در قراردادهای مشارکت و احداث راهها این مدت شامل دوران احداث و دوره‌ی بهره‌برداری می‌گردد (ماده ۸ آئین‌نامه) که در هر مورد توسط دولت تعیین می‌شود. معمولاً تعیین این دوره تابع عواملی همچون طول مدت عمر تأسیسات، مدتی که ارائه‌ی خدمات مورد نظر لازم است، مدت عمر مفید مورد انتظار اموال مورد استفاده در پروژه، عوامل مربوط به تغییر دانش فنی تأسیسات، زمان مورد نیاز امتیاز گیرنده جهت استهلاک هزینه‌ها و سود مورد انتظار است. (United Nations, 2001, p151)

وصف مستمر بودن قرارداد موجب امکان استنتاج احکام قانونی مربوط در آثار بروز قوه قاهره و نقش تعیین مدت در قرارداد می‌گردد. بر اساس احکام حقوق مدنی، قوه قاهره در فرضی باعث انفساخ قرارداد می‌شود که موجب انتفاء کلی موضوع قرارداد گردد (وحدت ملاک ماده ۴۸۱، ۴۸۳ و ۵۲۷ قانون مدنی). لذا در مواردیکه بروز قوه قاهره بطور موقت منجر به عدم امکان اجرای تعهدات در قرارداد شود تعهدات طرف دچار قوه قاهره تعلیق خواهد شد و خسارتی بابت عدم انجام بموقع تعهد بر عهده نخواهد داشت (ماده ۲۲۹) با این حال معمولاً در چنین قرار دادهایی مقرر می‌گردد در صورت استمرار حالت قوه قاهره برای مدت معینی طرف دیگر حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

مستمر بودن قرارداد امتیاز بر خلاف عقد اجاره یا مزارعه (ماده ۵۱۸ قانون مدنی) ملازمه با لزوم تعیین مدت در قرارداد بعنوان شرط صحت عقد ندارد زیرا حکم ماده ۴۶۸ قانون مدنی در خصوص لزوم تعیین مدت در اجاره به این علت است که مقدار منفعت مورد تملیک بعنوان مورد معامله در اجاره بوسیله تعیین مدت معلوم شود (کاتوزیان، عقود معین ۲، ص ۳۵۳) در حالیکه در قرارداد امتیاز منافع تأسیسات مورد معامله نمی‌باشد تا لزوم تعیین مقدار آن از طریق تعیین مدت جهت رفع غرر لازم باشد. بلکه آنچه مورد معامله است حق برداشت مبلغ معینی از منافع و عواید هر طرح است و با توجه به مقطوع بودن این مبلغ در قرار داد زمان قرارداد اساساً تأثیری در آن ندارد با این حال حکم صدر قانون احداث پروژه‌های عمرانی بخش راه و ترابری از طریق مشارکت بانکها راجع به واگذاری منابع بهره‌برداری به شرکت برای مدت معینی که به تصویب هیأت وزیران و دولت خواهد رسید دلالت بر لزوم تعیین مدت بهره‌برداری دارد. در حالیکه در ماده ۶۴ آئین نامه قانون مزبور مقرر شده است که چنانچه در انقضای مدت واگذاری منافع بهره‌برداری هزینه‌های طرح مستهلک نشده باشد. به مدت واگذاری منافع بهره‌برداری تا استهلاک کامل طرح افزوده خواهد شد. حکم قانون مزبور مبنی بر لزوم تعیین مدت معین به منظور رعایت مصلحت دولت و لزوم تعیین مدت تصرف شریک خصوصی بر اموال دولتی است و دلیل منطقی و حقوقی که مربوط به شرط صحت قرارداد باشد ندارد و لذا این حکم محدود به مشارکت‌های موضوع قانون

مزبور است و قابل تسری بر سایر قراردادی مشارکت عمومی خصوصی و امتیاز نیست هر چند به منظور رعایت غبطه دولت و تعیین دقیقتر حدود حقوق و اختیارات طرفین لازم است در قرارداد مدت قید شود.

۶-۲- قرارداد امتیاز قائم به شخص است.

قائم به شخص بودن قرارداد بویژه با توجه به احکام قانونی مربوط به لزوم ارزیابی کیفی مناقصه گران (بند و ماده ۲ و ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات) و ارزیابی فنی بازرگانی پیشنهادها در مناقصه های دو مرحله ای (بند ۵ ماده ۲ و ماده ۴ قانون برگزاری مناقصات) در قراردادهای دولتی از اوصاف قرارداد امتیاز نیز می باشد. بر این اساس عدم اختیار امتیاز گیرنده در واگذاری قرارداد به شخص دیگری از لوازم قانونی قرارداد امتیاز است. با این حال با توجه به اینکه در اغلب موارد قرارداد امتیاز مستلزم انعقاد قراردادهای فرعی می باشد لازم است این موضوع و شرایط آن در قرارداد پیش بینی شود. حقوق برخی کشورها بطور اصولی انعقاد قرارداد فرعی توسط امتیاز گیرنده را مجاز تلقی نموده اند. در برخی کشورها نیز این اجازه مقید به طی تشریفات قانونی شبیه تشریفات انتخاب امتیاز گیرنده شده است. هدف از این قیود تضمین اقتصادی بودن، کارائی، یکپارچگی و شفافیت در استفاده از منابع و زیرساختهای عمومی است. (United Nations, 2001, P.133)

۷-۲- اصول تفسیر قراردادهای امتیاز

در قواعد عمومی قراردادهای در حقوق خصوصی ملاک اصلی تفسیر قرارداد، احراز اراده مشترک طرفین، رجوع به عرف و استفاده از اصولی همچون «تعادل اقتصادی قرارداد»، «عدالت»، «انصاف» و «احترام به حسن نیت» عنوان شده است. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، ص ۱۱). اعمال یکسره این ملاکها در تفسیر قرارداد امتیاز بعنوان یک قرارداد اداری و دولتی که متضمن زیرساختهای عمومی و حقوق عمومی مردم و جزئی از یک ساختار کلی تر یعنی مشارکت عمومی خصوصی میباشد برخلاف اوصاف و ویژگیهای قراردادهای امتیاز است. تفسیر قرارداد امتیاز بر اساس اراده طرفین باید معطوف به احکام قانونی رابطه ناشی از ساختار مشارکت عمومی خصوصی مربوطه و اهداف قرارداد امتیاز در تامین آسایش و نیازهای عمومی باشد و مراجعه به عرف و توجه به اصولی همچون تعادل اقتصادی قرارداد، عدالت، انصاف و احترام به حسن نیت در صورتی جایز است که با حقوق عمومی یاد شده منافات و مزاحم نباشد.

نتیجه گیری

با توجه به پیچیدگی، وجود ریسکهای متعدد، حضور طرفین و اشخاص ذینفع متعدد با منافع ویژه، مدت طولانی اجرای پروژه های مشارکت عمومی خصوصی و ارتباط آن با نیازهای عمومی جامعه، قاعده سازی جهت تفصیل و شفافیت قواعد حقوقی قرارداد بین شریک دولتی و شریک خصوصی به منظور تسهیل رابطه مستمر و

صلح آمیز طرفین و استمرار ارائه خدمات عمومی مربوط به قرارداد و تحقق اهداف روش مشارکت بخش عمومی و خصوصی ضروری است.

این قاعده سازی ممکن است مثل تجربه نظام حقوقی بسیاری از کشورها توسط قوه مقننه، از طریق وضع احکام حقوقی قراردادهای امتیاز به عنوان رایج ترین نوع قرارداد اجرای روش یادشده، انجام شود و یا توسط قوه مجریه صورت گیرد. با توجه به عدم وجود قواعد روشن راجع به این قرارداد در حقوق ایران و عدم انطباق هیچکدام از عقود معین بر این قرارداد، وضع این قواعد توسط قوه مجریه در قالب شرایط عمومی قرارداد امتیاز بر اساس ماده (۲۳) قانون برنامه و بودجه و نتیجتاً عدم دخالت مقنن موجب انعطاف و تغییر پذیری این قواعد بر حسب شرایط موجود بر اساس تصمیم قوه مجریه خواهد بود.

هر گونه قاعده سازی در تبیین شرایط حقوقی قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی اولاً باید منعکس کننده ویژگی های رابطه حقوقی شریک دولتی با شریک خصوصی از حیث ارتباط آن با حقوق عمومی و ضرورت های مربوط به استمرار خدمات عمومی تأسیسات زیرساخت باشد ثانیاً معطوف و در چارچوب مفاهیم بومی نظام حقوقی قراردادها و نیز توافقات طرفین باشد.

ارتباط قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی با حقوق عمومی اجازه اعمال برخی از قواعد عمومی حقوق خصوصی قراردادهای مثل اصل آزادی قراردادی، قلمرو گسترده اسباب فسخ قرارداد از جمله مواد (۳۹۶ و ۴۶۳) قانون مدنی راجع به اختیارات، اصالت اراده طرفین و عرف بعنوان ملاک اصلی تفسیر قرارداد و اصل رضایی بودن قرارداد را نمی دهد با این حال بسیاری از مفاهیم حقوق خصوصی قراردادهای مثل رعایت حقوق طرفین در قرارداد، وصف امانی تصرف شریک خصوصی بر اموال تأسیسات و توصیف قرارداد به عنوان قرارداد معوض، عهدی، قائم به شخص، دولتی و غیرتجاری، لازم و نامعین بر قرارداد امتیاز قابل انطباق است و تحلیل آن بر اساس نظام قواعد عمومی قراردادهای حقوق خصوصی را ممکن می کند.

با توجه به امکان تبیین قواعد و استاندارد های قرارداد مشارکت عمومی خصوصی در قالب شرایط عمومی قرارداد (ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه) انعکاس و درج کردن تمامی مبانی حقوق عمومی قرارداد در شرایط عمومی قرارداد امتیاز و نتیجتاً قرارداد منعقد با شریک خصوصی موجب یک رابطه قراردادی و توافقی متضمن مبانی قانونی شده و باعث نزدیک شدن و انطباق عملی احکام قانونی مشارکت عمومی خصوصی و قرارداد امتیاز با مبانی توافقی و خصوصی قرارداد خواهد شد و زمینه را جهت نزدیکی حقوق عمومی با حقوق خصوصی در رابطه حقوقی شریک دولتی و شریک خصوصی تسهیل خواهد کرد.

کتابنامه

۱- به زبان فارسی

- ۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۴)، مضاربه، تهران، گنج دانش.
- ۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، عقود معین، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
- ۳- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، عقود معین، جلد اول، چاپ ششم، تهران، شرکت انتشار.
- ۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار.
- ۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار.
- ۶- هداوند، مهدی، ۱۳۹۰، حقوق اداری تطبیقی، چاپ دوم، انتشارات سمت.

۲- کتب فقهی

- حسینی العاملی، سیدمحمدجواد، ۱۴۱۸هـ ق، متفاح الکراره فی شرح قواعد العلامه، جلد ۸، بیروت، دارالتراث.

۳- به زبان انگلیسی

- 1- Farquharson, Edward, 2011, How to engage with the private sector in public private partnership emerging markets, Washington, the world bank.
- 2- Freedland, Mark, 2006, the public law/ private law divide, Oregon, Hart publishing oxford and Portland.
- 3- Miranda, Nicolas, 2007, Concession agreements from private contract to public policy, the yale law journal.
- 4- OECD, Basic elements of a law on concession agreements.
- 5- United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific , a legal perpective public private partnership.
- 6- United Nations, 2004, Uncitral model legislative provisions on privately financed infrastructure projects, Newyork.

7-United Nations , 2001,Uncitral Legislative Provisions on Privately
Financed Infrastructure Projects, Newyork.

۱- بر اساس ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری به دستگاههای دولتی اجازه داده می شود از طریق مناقصه یا عقد قرارداد با شرکتها و موسسات غیر دولتی بر اساس فعالیت مشخص، حجم کار معین و قیمت هر واحد کار و قیمت کل بطور شفاف و مشخص بخشی از خدمات مورد نیاز را تأمین کنند. همچنین بر اساس ماده ۱۹ قانون نحوه اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ به دولت (هبات واگذاری) اجازه داده شده است حسب شرایط متناسب با مفاد ماده از کلیه روشهای ممکن برای واگذاری بنگاهها و مالکیت (اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، واگذاری اموال) و واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت) اقدام نماید. بر اساس ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت دستگاه های اجرایی اجازه یافته اند ارائه خدمات اجتماعی، فرهنگی و رفاهی توسط بخش غیر دولتی به سه روش خرید خدمات از بخش غیر دولتی، مشارکت یا بخش غیر دولتی و واگذاری مدیریت بخش غیر دولتی انجام دهد.

۲- بر اساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور برای تعیین معیارها و استانداردها همچنین اصول کلی و شرایط عمومی قراردادهای مربوط به طرحهای عمرانی آیین نامه تهیه و پس از تصویب هیأت وزیران بر اساس دستورالعمل لازم به دستگاه های اجرای ابلاغ نماید و دستگاه های اجرای موظف به رعایت آن می باشند. همچنین در ماده ۱۰ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳ مشروط بودن انجام معامله به پیش بینی منابع مالی معامله در مدت قرارداد و لزوم قید پیش بینی منابع مالی و ضمان تأخیر تعهدات برای انجام معامله در شرایط و اسناد معامله مقرر شده است.

۳- تصویب نامه شماره ۴۶۶۷۳/۱۵۱۹۰۰ مورخ ۹۰/۸/۱ در خصوص اجازه انعقاد قرارداد مشارکت برای اجرای طرح احداث آزاد راه شش خطه قائم شهر ساری به وزارت راه و شهر سازی و تصویب نامه شماره ۳۷۷۳۴/۱۴۵۴۵۳ مورخ ۰۸۶/۹/۱۰ در خصوص انعقاد قرارداد مشارکت برای احداث قسمت دوم آزادراه همدان-ساوه.