

# آسیب شناسی قوانین و مقررات در قراردادهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی از دیدگاه اقتصادی (از جمله توزیع ریسک Risk allocation)

فاطمه عزیزی، مدیر امور حقوقی شرکت بورس کالای ایران، وکیل دادگستری و مشاور حقوقی،

## چکیده

مشارکت بخش خصوصی در توسعه زیربنای کشور با ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی اهمیت و ضرورت بیشتری یافته است یکی از پیش شرط های مشارکت بخش خصوصی در توسعه زیربنای کشور وجود قوانین شفاف، مناسب و مساعدی است که سرمایه گذاری های عظیم بخش خصوصی در پروژه های زیربنایی را حمایت می نماید. در این مقاله برآنیم تا با پرداختن مقررات موجود در خصوص مشارکت بخش های غیردولتی در پروژه های زیربنایی، ضرورت تدوین یک قانون جامع برای تحقق این نوع مشارکتها را بررسی نمائیم.

## واژگان کلیدی

مشارکت بخش عمومی و خصوصی، پروژه های زیربنایی، ریسک، قوانین و مقررات

## مقدمه

اجرای پروژه های زیربنایی یکی از اولویتهای کشورها جهت رسیدن به توسعه پایدار است لیکن از یکسو بدلیل بار مالی فراوانی که به دولتها تحمیل می نماید و از سوی دیگر ضعف عملکرد دولتها در مدیریت پروژه های زیربنایی از گذشته های دور مشارکت بخش خصوصی در این پروژه ها از اهمیت فراوانی برخوردار شده است. این مشارکت ضمن کاهش بار مالی پروژه برای دولت به همراه خود دانش و تکنولوژی اجرا و مدیریت پروژه را نیز به همراه دارد. از سوی دیگر دولت را نیز قادر به رسیدن به اهداف خود در توسعه زیرساختها بدون گسترش بخش دولتی می نماید و در نهایت نیز مالیاتها یا حق الامتیازهای ناشی از فرایند مشارکت بخش خصوصی در پروژه ها و نیز بهبود کارایی عملیاتی، به افزایش درآمد دولت از توسعه زیرساختها می انجامد.

انجام پروژه های زیربنایی توسط بخش خصوصی در هر کشور دارای الزامات و مقدماتی است. از مهم ترین این الزامات وجود چارچوبهای قانونی مناسب، شفاف و قابل پیش بینی است. در این مقاله برآنیم تا به بررسی قوانین و مقررات فعلی ایران در رابطه با مشارکت بخشهای غیردولتی در انجام پروژه های زیربنایی پرداخته و ضمن اعلام مزیتهای قانونی که در مقررات فعلی کشور وجود دارد، مشکلات و نارساییهای نظام قانون موجود را نیز بررسی کنیم.

مشارکت بخش های غیر دولتی در توسعه زیربناها مستلزم پشتیبانی دولت می باشد و این پشتیبانی در سطوح و ابعاد مختلف بایستی در قوانین و مقررات جاری کشور درج شود.

## الف- قوانین و مقررات لازم الاجرا در رابطه با مشارکت بخش عمومی و خصوصی در پروژه های

### زیربنایی

بدون شک قوانین و مقررات یکی از ارکان اصلی مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه زیرساختهای یک کشور است که بستری ایمن، پایدار و در عین حال شفاف برای شکل گیری این مشارکت و تداوم همکاری در قالب آن تا اختتام کار ایجاد می نماید. وجود قوانین و مقررات جامع در این حوزه بویژه در کشوری که بخش عمده ای از اقتصاد آن دولتی است و سالهای سال در بستر

قوانین دولتی و به پشتوانه آن فعالیت نموده است، رکن بنیادینی برای شکل گیری قراردادهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی است.

در حال حاضر در حوزه مشارکت عمومی و خصوصی مقررات عموماً بصورت پراکنده و در بخش های مختلف با توجه به نیازهای همان بخش تدوین گردیده است. بعضاً حتی دیده می شود که نگاه حاکم نوعی نگاه بخشی و مصداقی آن هم محدود به مدت زمان قوانین بودجه سالانه یا قوانین برنامه ۵ ساله بوده است. اکثر مقررات موجود مانند ابلاغیه بند ج اصل ۴۴ قانون اساسی و سند چشم انداز بیست ساله کشور بصورت کلی و در سطح کلان به مشارکت بخش های عمومی و خصوصی پرداخته اند. مقررات بسیار محدودی مانند قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و ماده ۶ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و آیین نامه های این دو، تنها مقرراتی هستند که به جزئیات مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه زیر ساختها ( البته از طریق سرمایه گذاری خارجی) پرداخته و احکامی را برای آن وضع نموده اند که این مقررات محدود نیز صرفاً در حوزه سرمایه گذاری خارجی تدوین گردیده است.

در اینجا ابتدا به قوانین لازم الاجرابی که به صورت کلی به مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه زیربنای کشور می پردازند، اشاره می کنیم و در ادامه به جزئیات قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و ماده ۶ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و آیین نامه های این دو می پردازیم.

#### الف- ۱ سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی :

سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در سه محور الف- سیاستهای کلی توسعه بخشهای غیردولتی و جلوگیری از بزرگ شدن بخش دولتی ب- سیاستهای کلی بخش تعاون ج- سیاستهای کلی توسعه بخشهای غیردولتی از طریق واگذاری فعالیتها و بنگاههای دولتی، ابلاغ گردیده است.

در این ابلاغیه و ذیل عنوان سیاستهای کلی توسعه بخش های غیر دولتی و جلوگیری از بزرگتر شدن بخش دولتی به طور صریح و آشکار ذکر شده است که دولت حق فعالیت اقتصادی در موارد ذکر شده در اصل ۴۴ (به جز تولید محصولات نظامی، انتظامی و امنیتی که جنبه محرمانه دارد) را ندارد و هرگونه فعالیت در آن موارد را باید تا پایان برنامه چهارم به بخش های عمومی غیر دولتی، تعاونی و خصوصی واگذار نماید. همچنین در این ابلاغیه آمده است :

"سرمایه گذاری، مالکیت و مدیریت در زمینه های مذکور در صدر اصل ۴۴ قانون اساسی به شرح ذیل توسط بنگاه ها و نهادهای عمومی غیردولتی و بخش های تعاونی و خصوصی مجاز است:

- ۱- صنایع بزرگ، صنایع مادر (از جمله صنایع پایین دستی نفت و گاز) و معادن بزرگ (به استثنای نفت و گاز)
- ۲- فعالیت بازرگانی خارجی در چارچوب سیاست های تجاری و ارزی کشور
- ۳- بانکداری توسط بنگاه ها و نهادهای عمومی غیردولتی و شرکت های تعاونی سهامی عام و شرکت های سهامی عام مشروط به تعیین سقف سهام هر یک از سهامداران با تصویب قانون
- ۴- بیمه

۵- تأمین نیرو، شامل تولید و واردات برق برای مصارف داخلی و صادرات.

۶- کلیه امور پست و مخابرات به استثنای شبکه های مادر مخابراتی، امور واگذاری فرکانس و شبکه های اصلی

۷- راه و راه آهن و هواپیمایی (حمل و نقل هوایی) و کشتیرانی (حمل و نقل دریایی)"

در بخش دیگر از این ابلاغیه بر لزوم کاهش تصدی گری دولت و تغییر نقش از مالکیت و مدیریت مستقیم به سیاستگذاری و هدایت و نظارت تأکید شده است و در این راستا به واگذاری ۸۰٪ از سهام بنگاه های دولتی مشمول اصل ۴۴ به بخش خصوصی، شرکت های تعاونی و بنگاه های عمومی غیر دولتی به شرح زیر، اشاره می دارد:

- ۱- بنگاه‌های دولتی که در زمینه‌های معادن بزرگ، صنایع بزرگ و صنایع مادر (از جمله صنایع پایین‌دستی نفت و گاز) فعال هستند به استثنای شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز
  - ۲- بانک‌های دولتی به استثنای بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک ملی ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک کشاورزی، بانک مسکن و بانک توسعه صادرات
  - ۳- شرکت‌های بیمه دولتی به استثنای بیمه مرکزی و بیمه ایران
  - ۴- شرکت‌های هواپیمایی و کشتیرانی به استثنای سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتیرانی
  - ۵- بنگاه‌های تامین نیرو به استثنای شبکه‌های اصلی انتقال برق
  - ۶- بنگاه‌های پستی و مخابراتی به استثنای شبکه‌های مادر مخابراتی، امور واگذاری فرکانس و شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و مدیریت توزیع خدمات پایه پستی
  - ۷- صنایع وابسته به نیروهای مسلح به استثنای تولیدات دفاعی و امنیتی ضروری به تشخیص فرمانده کل قوا
- در ابلاغیه بند (ج) اصل ۴۴ قانون اساسی ۳ نکته اصلی و پراهمیت وجود دارد اول، صدور مجوز سرمایه گذاری، مالکیت و مدیریت در زمینه های مذکور در اصل ۴۴ قانون اساسی (که تا قبل از ابلاغ این سیاستها در انحصار دولت بود) برای بخش های عمومی غیر دولتی، خصوصی و تعاونی، دوم: الزام دولت به واگذاری ۸۰ درصد از سهام بنگاههای دولتی مشمول اصل ۴۴ قانون اساسی که در واقع تکمیل اقدام اول است و سوم: تغییر جایگاه دولت از مجری سیاستهای اقتصادی به سیاستگذاری، هدایت و نظارت بر اقتصاد ملی. این سه نکته حاکی از اراده قطعی و یقینی قانونگذار جهت ایجاد بسترهای لازم قانونی برای مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه زیرساختهای کشور می باشد. صدور مجوز فعالیتهای بخش های عمومی غیر دولتی، خصوصی و تعاونی در بخش های فوق از یکسو، الزام دولت به واگذاری بنگاههایی که به فعالیتهای صدرالذکر می پردازند و منع آن از ادامه فعالیت در این زمینه ها از سوی دیگر بیانگر این مطلب است که قانونگذار به ضرورت حضور بخشهای غیردولتی در این زمینه ها به درستی پی برده است و برآن است تا فعالیت در این عرصه را صرفاً برای سرمایه گذاران غیردولتی مجاز نموده و مقدمات آنرا مهیا نماید.
- ضرورت تغییر قوانین موجود یا تدوین قوانین جدید و نیز وجود نهادی برای نظارت بر اجرای این سیاستها به درستی در صدر سیاستهای کلی اصل ۴۴ به شرح زیر ذکر گردیده است:
- ۱- اجرای این سیاستها مستلزم تصویب قوانین جدید و بعضاً تغییراتی در قوانین موجود است؛ لازم است دولت و مجلس محترم در این زمینه با یکدیگر همکاری نمایند.
  - ۲- نظارت مجمع تشخیص مصلحت نظام بر حسن اجرای این سیاستها با اتخاذ تدابیر لازم و همکاری دستگاههای مسئول و ارائه گزارشهای نظارتی هر سال در وقت معین مورد تاکید است.
  - ۳- در مورد «سیاستهای کلی توسعه بخش‌های غیردولتی از طریق واگذاری فعالیت‌ها و بنگاه‌های دولتی» پس از دریافت گزارش‌ها و مستندات و نظریات مشورتی تفصیلی مجمع راجع به رابطه خصوصی‌سازی با هریک از عوامل ذیل اصل ۴۴، نقش عوامل مختلف در ناکارآمدی بعضی از بنگاه‌های دولتی، آثار انتقال هر یک از فعالیت‌های صدر اصل ۴۴ و بنگاه‌های مربوط به بخش‌های غیردولتی، میزان آمادگی بخش‌های غیردولتی و ضمانت‌ها و راه‌های اعمال حاکمیت دولت، اتخاذ تصمیم خواهد شد.

## الف- ۲ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی

در قانون برنامه پنجم توسعه احکامی بصورت بخشی و پراکنده جهت مشارکت بخش های غیر دولتی در پروژه های زیربنایی مانند پروژه های تولید نیرو یا حمل و نقل درج شده است. در اینجا به این احکام اشاره می نمایم:

- در بند د ماده ۱۳۳ قانون برنامه پنجم توسعه آمده است: « وزارت نیرو مجاز است در طول برنامه نسبت به افزایش توان تولیدی برق تا بیست و پنج هزار (۲۵,۰۰۰) مگاوات از طریق سرمایه گذاری بخشهای عمومی، تعاونی و خصوصی اعم از داخلی و خارجی و یا منابع داخلی شرکتهای تابعه و یا به صورت روشهای متداول سرمایه گذاری از جمله ساخت، بهره برداری و تصرف (BOO) و ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT) اقدام نماید.
- در بند ۴ ماده ۱۶۴ قانون برنامه پنجم توسعه آمده است: « دولت می تواند به منظور تقویت حمل و نقل بار و مسافر ریلی، بخشی از پروژه های تجهیز، بهبود و افزایش ظرفیت زیرساخت از جمله دو خطه کردن، برقی نمودن، تراک بندی و تطویل ایستگاهها را در قالب روشهایی نظیر مشارکت، ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT) و طراحی، تدارک و تأمین (EPCF) با واگذاری امتیازاتی نظیر استفاده از زیربنای حمل و نقل ریلی و انتقال حق دسترسی آن تا استهلاك کامل سرمایه و سود مورد توافق به بخش خصوصی و تعاونی واگذار نماید.»
- می توان بند ب ماده ۱۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه را نیز به نوعی در همین راستا تفسیر نموده و آنرا بستری قانونی جهت مهیا نمودن امکان تدوین قوانین جدید و انجام اصلاحات هر چه بیشتر در مقررات موجود با هدف بهره گیری از تخصص ها و توانایی های بخش خصوصی خارجی در قالب مشارکت عمومی و خصوصی دانست، در این بند آمده است: ماده ۱۱۱- دولت متناسب با نیازهای روز و ضرورت های تحقق اهداف برنامه و به منظور افزایش کارایی، حداکثر ظرف شش ماه پس از تصویب این قانون نسبت به موارد ذیل اقدام قانونی نماید:  
الف - تقویت و تجهیز سازمان « سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران »  
ب - شناسایی و اصلاح قوانین و مقررات برحسب ضرورت و تعیین و اعمال مشوقها به تناسب نیاز روز و رقابتهای بین المللی برای جذب بیشتر سرمایه گذاری خارجی.

## الف- ۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰

اولین قانونی که روش «ساخت، بهره برداری و واگذاری» را به عنوان یک روش مشارکت بخش عمومی و خصوصی و نیز یک روش سرمایه گذاری خارجی در ایران پذیرفت و این شیوه را مورد حمایت خود قرار داد، قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب سال ۱۳۸۰ بود.

در ماده ۳ این قانون آمده است:  
«کلیه سرمایه گذاریهای خارجی که بر اساس مفاد این قانون پذیرفته می شوند از تسهیلات و حمایت های این قانون برخوردارند. این سرمایه گذاریها به دو طریق زیر قابل پذیرش هستند:

الف- ...

ب- سرمایه گذاریهای خارجی در کلیه بخش ها در چارچوب روش های «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل» و «ساخت، بهره برداری و واگذاری» که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفا از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت نباشد.

از بند ب فوق استنباط می شود که :

- سرمایه گذاری خارجی به روش «ساخت، بهره برداری و واگذاری» در کلیه بخش ها (حتی بخش دولتی) مورد پذیرش قانونگذار است.<sup>۱</sup>
- قانونگذار به این نکته مهم اشراف دارد که در چنین روشی برگشت اصل و سود سرمایه گذاری بایستی از محل سرمایه گذاری و عملکرد اقتصادی طرح مربوطه باشد. بنابراین صدور تضمین توسط دولت، جهت بازگشت اصل سرمایه و سود نفی می کند و به سرمایه گذار اعلام می کند که بایستی کلیه بررسیهای لازم را انجام دهد و از توجیه پذیری فنی و اقتصادی طرح اطمینان پیدا کند.

#### الف- ۴ ماده ۶ قانون «الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» مصوب ۱۳۸۴

ماده ۶ قانون «الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» و آئین نامه اجرایی آن با استناد به قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی به دولت اجازه دادند سرمایه گذاری خارجی به روش ساخت، بهره برداری و انتقال را در امور زیربنایی پذیرفته و نسبت به ارائه تضمین هایی فراتر از آنچه در قانون تشویق آمده است، اقدام نماید. می توان گفت تصویب این قوانین امتداد پذیرش این روش توسط قانونگذار و بویژه تکمیل نقصهای قانون سابق ( قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی) با توجه به الزامات این روش سرمایه گذاری بود. در بندهای بعد به موارد تحت تضمین این قوانین پرداخته می شود.<sup>۲</sup>

لازم به ذکر است که قبل از تصویب ماده ۶ قانون «الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» مصوب ۱۳۸۴ و بند ل تبصره ۲۱ قوانین بودجه سنواتی سالهای ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ و آئین نامه های اجرائی آنها مجوز ارائه تضامین دولتی را در خصوص سرمایه گذاریهای خارجی به روش ساخت، بهره برداری و انتقال داده بود که تصویب قانون الحاق در واقع اراده قانونگذار بر دائمی نمودن این مقررات و خروج آن از محدودیتهای زمانی قوانین بودجه و برنامه بود.

۲۴- ذکر این نکته ضروری است که قانونگذار به صراحت تنها این روش را پذیرفته است و نه سایر روش های تأمین مالی پروژه های مانند روش « ساخت، مالکیت و بهره برداری». برخی بر این باورند که روش «ساخت، بهره برداری، واگذاری» یک روش مادر است و سایر روش های تأمین مالی پروژه های مانند روش «ساخت، مالکیت، بهره برداری» از زیرمجموعه های آن می باشند بنابراین صرف ذکر این روش در متن قانون برای تسری قانون به سایر روش های تأمین مالی پروژه های کافی است. این برداشت مخالف نص صریح قانون و قواعد حاکم بر روش های تأمین مالی پروژه های است. چرا که از یکسو نمی توان چنین تفسیری از این قانون داشت و از سوی دیگر هر یک از این روشها مجزای از دیگری بوده و هیچ یک زیر مجموعه دیگری نیست. شاید بتوان دلیل این برداشت را کثرت استفاده از روش « ساخت، بهره برداری ، واگذاری» دانست.

۲۵- بخش عمده ای از ماده ۶ قانون الحاق و آئین نامه آن تکرار بند ل تبصره ۲۱ قوانین بودجه فوق الذکر می باشد به نظر میرسد بهتر بود قانونگذار این ماده را به قانون تشویق می افزود تا ضمن کمک به تجمیع قوانین از احتمال بروز تناقضات آتی نیز جلوگیری نماید.

## ب- ریسک های تحت پوشش در قوانین فعلی ایران

از میان قوانینی که در بخش قبلی ذکر گردید در حال حاضر دو قانون «تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی» و ماده ۶ قانون «الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» و آئین نامه های اجرایی این دو بخشی از ریسکهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی خارجی را در پروژه های زیربنایی مورد توجه قرار داده و با تفکیک میان سرمایه گذاریهای خارجی به این روش با سایر سرمایه گذاریها امتیازات خاصی را برای سرمایه گذاری به روش «ساخت، بهره برداری و واگذاری» قائل شده‌اند و تضمین های بیشتری را در مقایسه با دیگر انواع سرمایه گذاری برای این نوع سرمایه گذاری مقرر کرده‌اند. سایر قوانین همچنانکه قبل از این نیز عنوان گردید، مبحث مشارکت بخشهای غیردولتی در پروژه های زیربنایی را بصورت کلی عنوان کرده اند.

امتیازات مندرج در قانون تشویق را میتوان به دو گروه تقسیم نمود:

- ۱- امتیازاتی که به کلیه اشکال سرمایه گذاری های خارجی اعطا شده مانند رفتار برابر و عدم مصادره یا ملی نمودن سرمایه های خارجی مگر در شرایط خاصی.
  - ۲- امتیازات و تضمین‌هایی که تنها به سرمایه گذاری‌های مذکور در بند ب ماده ۳ قانون تشویق داده شده و تعدادی از این تضمین‌ها علاوه بر این قانون در ماده ۶ قانون الحاق آمده است.
- در ادامه این تضمین ها به تفکیک تضمین ریسک های تجاری و سیاسی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ب-۱ ریسک های تجاری تحت پوشش قوانین و مقررات ایران

۱. ریسک های مرتبط با خرید محصول پروژه

در پروژه هایی که به یکی از اشکال روش «تأمین مالی پروژه ای» تأمین اعتبار می شوند بازپرداخت اقساط وامها و اعتبارات دریافتی پروژه از محل درآمد آن صورت می گیرد. بنابراین وجود بازار برای کالا یا خدمت تولیدی و نیز پیش بینی قیمت آن ریسک بزرگی است که بایستی مورد بررسی دقیق قرار گیرد.

ریسک بازار محصول پروژه به دو شکل می باشد:

(۱) تغییر قیمت محصول. هر چند مطالعاتی بر بازار و قیمت‌های آن انجام میشود ولی بازار را نمی توان بطور کامل کنترل نمود و وقوع تغییراتی در آن ممکن است پیش بینی ها را به هم بزند از جمله این تغییرات می توان به ورود رقبای تازه، افزایش، کاهش یا عدم تغییر تعرفه‌ها اشاره کرد.

(۲) تغییر تقاضا. در بازارهایی که دولت برای محصول پروژه سوبسید می پردازد یا تنها عرضه کننده آن است، تقاضای مردم برای برخورداری از کالاهای سوبسیدی یا تقاضای افزایش سوبسیدها از موارد مهمی است که باید مد نظر قرار گیرد. به عنوان مثال در اغلب کشورهای در حال توسعه برق با سوبسید به مردم عرضه می شود. در نتیجه در وهله اول اطمینان از خرید محصول پروژه توسط دولت و سپس اطمینان از خرید آن به قیمت واقعی و تمام شده به معنای توجیه پذیری اقتصادی پروژه است. انعقاد قراردادهای بلند مدت فروش یکی از روش های کاهش این نوع ریسکهاست است.

با توجه به اینکه در کشور ما عرضه کننده انحصاری بسیاری از کالاها و خدمات اساسی دولت می باشد و حتی با اجرای قانون هدفمند سازی یارانه ها نیز بخشی از کالاها بصورت سوبسیدی از سوی دیگر این کالاها و خدمات به صورت سوبسیدی عرضه می شود و از همه مهمتر اینکه انرژی مصرفی برای تولید کلیه کالاها در ایران یارانه ای است. سرمایه گذار در اینجا با چند ریسک مواجه می شود:

۱- ریسک تأمین انرژی مورد نیاز پروژه به ویژه در پروژه‌هایی مانند پروژه های نیروگاه.

۲- ریسک خرید محصولاتی که خریدار انحصاری آن دولت می باشد.

۳- ریسک خرید محصول به قیمت تمام شده و واقعی آن به عبارت دیگر ضرورت پرداخت ما به التفاوت میان قیمت تمام شده محصول و قیمت عرضه شده به مصرف کننده نهایی (قیمت یارانه‌ای) با توجه به وجود این ریسک‌ها در کشورمان قانونگذار درصدد کاستن از آنها و مطمئن ساختن سرمایه‌گذار برآمده است. به گونه‌ای که:

الف- خرید کالاها و خدماتی را که عرضه آنها در انحصار دولت است، تضمین نموده است.

ب- پرداخت مابه‌التفاوت قیمت تمام شده کالا و قیمت یارانه‌ای آنرا تضمین نموده است.

جالب توجه است که تضمین موارد فوق در هر دو قانون تشویق و الحاق و توسط دو مرجع متفاوت پیش بینی شده است. در ماده ۱۱ آئین نامه قانون تشویق آمده است: «در مورد آن دسته از طرح‌های سرمایه‌گذاری که یک دستگاه دولتی خریدار انحصاری کالا و خدمات تولیدی است و همچنین در مواردی که کالا و خدمات تولیدی طرح مورد سرمایه‌گذاری به قیمت یارانه‌ای عرضه می‌شود، دستگاه دولتی می‌تواند خرید کالا و خدمات تولیدی را به میزان و قیمت تعیین شده در قرارداد مربوطه در چارچوب مقررات قانونی تضمین نماید.»

ماده ۶ قانون الحاق می‌گوید: «در اجرای قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، در اجرای طرح‌های زیربنایی و تولیدی از قبیل طرح‌های نیروگاهی، انتقال نیرو، پالایشگاه، تأمین و انتقال آب، فاضلاب، راه آهن، راه و آزاد راه، فرودگاه، بندر، ناوگان ریلی و طرح‌های مخابراتی با اولویت سرمایه‌گذار ایرانی به دولت اجازه داده می‌شود علاوه بر تضمین‌های قابل ارائه در چارچوب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹:

۱- نسبت به تضمین پرداخت تعهدات قراردادی شرکتهای دولتی ایرانی طرف قرارداد (که نهایتاً کالا و خدمات آنها الزاماً می‌بایست توسط دولت خریداری شود) اقدام نماید.

۲- در صورتی که بنابر تصمیم دولت یا قوانین رایج، بهای فروش محصول (کالا یا خدمت تولیدی) این طرح‌ها به مشتریان کمتر از قیمت خرید تضمینی آن توسط دولت و شرکت دولتی از سرمایه‌گذار باشد، مابه‌التفاوت آن توسط سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور در بودجه سنواتی پیش بینی و پرداخت آن توسط دولت (وزارت امور اقتصادی و دارایی) تضمین شود. آنچه در قیاس میان ماده ۱۱ آئین نامه قانون تشویق و بندهای ۱ و ۲ ماده ۶ قانون الحاق به چشم می‌خورد این است که: اول: بموجب ماده ۱۱ آئین نامه قانون تشویق، دستگاه دولتی خریدار انحصاری محصول طرح می‌تواند خرید آنرا تضمین نماید، حال آنکه طبق ماده ۶ قانون الحاق، دولت جمهوری اسلامی ایران خرید محصول را تضمین می‌کند.

دوم: ماده ۱۱ آئین نامه قانون تشویق، فقط از تضمین خرید کالا و خدمات تولیدی طرح سخن گفته است حال آنکه تضمین مذکور در ماده ۶ قانون الحاق کلی بوده و از تضمین تعهدات قراردادی شرکت دولتی ایرانی طرف قرارداد سخن گفته است. سوم: به نظر میرسد سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند هر یک از تضمین‌های فوق را انتخاب نماید.

بدین ترتیب بر طبق قوانین فعلی و در سرمایه‌گذاری در بخش‌های زیر بنایی به روش «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» سرمایه‌گذار خارجی از بازار محصول خود مطمئن خواهد بود چرا که پس از انعقاد قرارداد بلند مدت فروش محصول با شرکت دولتی ایرانی خریدار، وزارت اقتصاد نیز ایفای تعهدات این شرکت را به نیابت از دولت تضمین خواهد نمود.

## ب- ۲ ریسک های سیاسی تحت پوشش قوانین و مقررات ایران

### ۱. ریسک رفتار برابر و عدم تبعیض

رفتار برابر با پروژه‌های خارجی یکی دیگر از معیارهای تعیین کننده است. اطمینان سرمایه‌گذار خارجی از عدم وجود تبعیض و ذکر این موضوع در قوانین سرمایه‌گذاری هر کشور مشوقی برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. بویژه در پروژه‌هایی که اجرای آنها مدت زیادی طول می‌کشد امکان متأثر شدن از رفتار نابرابر بیشتر است. هر پروژه باید در جایگاهی برابر با سایر پروژه‌ها از جمله پروژه‌های داخلی قرار داشته باشد و در برخورد با آن از اصل عدم تبعیض پیروی شود. اصل عدم تبعیض بایستی صرفنظر از هر چیز اعم از مکان پروژه، محصول آن، قیمت محصول، مشارکت کنندگان در آن، وام دهندگان به آن و سایر شرایط خاص آن رعایت شود. اصل عدم تبعیض بویژه در مورد مالیات‌های مختلف و حقوق و عوارض گمرکی باید رعایت شود. یکی از شیوه‌های جلوگیری از بروز رفتارهای تبعیض‌آمیز انعقاد قراردادی میان شرکت پروژه و دولت میزبان و تعهد دولت میزبان بر خودداری از ارتکاب اقدامات تبعیض‌آمیز است.<sup>۳</sup>

قانون تشویق رفتار برابر با سرمایه‌گذاری‌های خارجی را بطور کلی تضمین نموده است و این تضمین شامل کلیه اشکال سرمایه‌گذاری می‌شود. طبق ماده ۸ این قانون «سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذاری‌های داخلی موجود است بطور یکسان برخوردار می‌باشند.»

### ۲. ریسک عدم سلب مالکیت و ملی کردن

ملی کردن اموال یا حقوق پروژه، مالکیت سهام آن توسط دولت میزبان به طور خودسرانه، به روشی تبعیض‌آمیز و بدون پرداخت خسارت عادلانه ریسک مصادره نامیده می‌شود. مصادره اموال به دو شکل انجام میشود:

۱) توقیف یک باره اموال پروژه توسط دولت (البته این کار بسیار کم اتفاق می‌افتد).

۲) انجام برخی اعمال خزنده توسط دولت که در مجموع منجر به مصادره می‌شود یعنی مصادره خزنده. روشی که در آن دولت تلاش می‌کند با استفاده از ابزارهایی چون وضع مالیات‌های سنگین، تعرفه‌های جدید، تغییر قوانین کار و اجبار به افزایش دستمزد کارکنان کار پروژه را متوقف نماید.<sup>۴</sup> این نوع مصادره نگران کننده ترین نوع مصادره است. چرا که هم در دوره زمانی طولانی صورت می‌گیرد و هم اثبات آن مشکل است.

پروژه‌های حساسی چون نیروگاهها، بنادر، خطوط انتقال نفت و گاز، جاده‌ها، خطوط راه آهن و فرودگاهها بیشتر در معرض خطر مصادره و ملی کردن قرار دارند.

یکی از روش‌های کاهش این ریسک اخذ بیمه سیاسی برای آن است. اعطای این نوع بیمه در هر پروژه‌ای با توجه به وضع دولت میزبان و سوابق آن دولت صورت می‌گیرد و مسلماً هزینه‌های زیادی را نیز در بر دارد. مطمئن‌ترین راه کاهش این ریسک اخذ ضمانت نامه حاکمیتی<sup>۵</sup> از دولت میزبان است.

این ریسک نیز تحت پوشش قانون تشویق قرار گرفته است. در ماده ۹ این قانون آمده است: «سرمایه‌گذاری‌های خارجی تحت پوشش این قانون مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت. مگر برای منافع عمومی، به موجب فرایند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله پس از سلب مالکیت.»

<sup>3</sup> - Scott L. Hoffman, p.72

<sup>4</sup> - Ibid, p 69,70.

<sup>5</sup> -Sovereign Guarantee.



### ۳. تضمین خروج سود سرمایه گذاری<sup>۶</sup>

ریسک خروج سود سرمایه‌گذاری به ریسکی اطلاق می‌شود که طبق آن نمی‌توان منافع حاصل از سرمایه‌گذاری را از کشور میزبان خارج نمود و این منافع باید در کشور میزبان پروژه هزینه شود، یا اینکه محدودیت‌هایی برای انتقال سود وجود دارد. این ریسک در کشورهایی که ترجیح می‌دهند سرمایه را درون خود نگه دارند بسیار حائز اهمیت است. در برخی کشورها محدودیت‌هایی بر میزان سرمایه قابل انتقال وجود دارد و سرمایه گذار فقط می‌تواند درصدی از سود را از کشور خارج کند. در حالیکه در تعداد دیگری از کشورها سود سرمایه‌گذاری بایستی تا مدت معینی در کشور میزبان نگهداری شود و پس از گذشت این مدت انتقال آن به خارج از کشور آزاد است.<sup>۷</sup>

در ایران هیچ محدودیتی برای خروج اصل و سود سرمایه‌گذاری‌های خارجی، به هر شکلی که باشد، وجود ندارد و فقط بایستی مراحل معین در قانون طی شود. به موجب مواد ۱۳ و ۱۴ قانون تشویق «اصل و سود سرمایه خارجی و منافع آن یا آنچه از اصل سرمایه در کشور باقی مانده باشد، با دادن پیش‌آگهی سه ماهه به هیات و بعد از انجام کلیه تعهدات و پرداخت کسورات قانونی (از جمله مالیات و عوارض و اندوخته‌های قانونی) و تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی قابل انتقال به خارج است.» می‌توان گفت در کنار سایر مشوق‌های قانونی این بند نیز تضمینی جهت تشویق و جذب سرمایه‌گذاری خارجی است.

### ۴. ریسک تأمین ارز مورد نیاز برای خروج اصل و سود سرمایه

در انجام معامله با ارزهای خارجی، همواره ریسک تأمین ارز وجود دارد. این ریسک در سرمایه‌گذاری خارجی به روش «ساخت، بهره‌برداری، واگذاری» بدلیل طولانی بودن مدت قرارداد و تعدد ارزهای مورد معامله اهمیت خاصی پیدا می‌کند. در این روش درآمدهای پروژه به پول کشور میزبان و پرداخت اقساط وامها یا اعتبارات دریافتی با یک یا چند ارز خارجی انجام می‌شود. در خصوص ارز سه نوع ریسک را باید از هم متمایز نمود: ریسک عدم وجود ارز خارجی، ریسک انتقال ارز خارجی و ریسک کاهش ارزش پول کشور میزبان.

وجود قراردادهای متعدد و پیچیده در روش تأمین مالی پروژه‌ای ریسک‌های مربوط به ارز را به مراتب مشکل‌تر و جدی‌تر می‌نماید. راه‌های متعددی برای کنترل و کاهش این نوع ریسک وجود دارد از جمله: کنترل درآمدهای پروژه، تبدیل مداوم ارز داخلی به ارزهای قوی (مانند دلار و یورو) افتتاح حسابهای برون مرزی که درآمدهای پروژه به آن واریز شود افتتاح حسابهای سود ده مذاکره و انعقاد قراردادهای تبدیل ارز با دولت میزبان، کسب تأییدیه هیات پولی یا بانک مرکزی کشور میزبان حفظ جریان نقدینگی پروژه بصورتی که قابل انعطاف با شرایط مختلف باشد، هماهنگ کردن ارز که درآمد پروژه با آن است با ارزی که بدهی‌ها و هزینه‌های پروژه با آن پرداخت می‌شود.

با توجه به اهمیت ریسک تأمین ارز در شیوه «ساخت، بهره‌برداری، واگذاری» و تأثیر آن بر ادامه حیات پروژه، قانونگذار در تبصره ۳ ماده ۱۷ قانون تشویق، تأمین ارز و جوجه قابل انتقال برای این نوع سرمایه‌گذاری را پذیرفته و بانک مرکزی را مکلف به تأمین آن نموده است. طبق این بند «بانک مرکزی مکلف است معادل ارزی و جوجه قابل انتقال در مورد سرمایه‌گذاری‌های موضوع بند ب ماده ۳ این قانون را با موافقت سازمان<sup>۸</sup> و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی در اختیار سرمایه‌گذار خارجی قرار دهد.» این تضمین به صراحت قانون فقط برای سرمایه‌گذاری‌های موضوع بند ب ماده ۳ قانون تشویق می‌باشد و نه تمام اشکال سرمایه‌گذاری‌های خارجی.

<sup>۶</sup> -Expatriation.

<sup>۷</sup> - Scott L. Hoffman, p.70

<sup>۸</sup> - سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های فنی، اقتصادی ایران، معاونت امور بین‌الملل وزارت امور اقتصادی و دارایی.

با تجميع مواد قانون تشويق ( تبصره ۳ ماده ۱۷ و مواد ۱۳ و ۱۴) می توان گفت ريسک انتقال ارز خارجی نيز تحت پوشش اين قانون قرار گرفته است و سرمايه‌گذار خارجی برای انتقال ارز و خروج آن از طرق قانونی و با طی مراحل قانونی مشکلی ندارد.

## ۵. ريسک تغيير قوانين و مقررات

ريسک تغيير قوانين و مقررات ريسکی است که به موجب آن نهادهای دولتی اعم از قانونگذاری، قضایی یا اجرائی چارچوب های قضایی، حقوقی یا قانونی را که پروژه در آنها توسعه یافته است، تغيير دهند و خطر اصلی این است که این اقدامات بر عملکرد پروژه تأثير گذارد به نحوی که پروژه توان بازپرداخت بدهی‌های خود را نداشته و ادامه کار آن توجیه اقتصادی نداشته باشد.<sup>۹</sup>

از جمله این اقدامات می توان به تغيير قوانين مالیاتی، تغيير استانداردهای زیست محیطی و تغييرات دیگری که مستلزم افزایش سرمايه پروژه است، اشاره کرد.

از آنجایی که اقدام دولت در موضع قوانين و مقررات یک اقدام قانونی است بیمه‌گران ريسک سیاسی عموماً چنین اقداماتی را بیمه نمی‌نماید بنابراین باید از دولت میزبان خواسته شود قراردادی با حامیان پروژه منعقد نموده و متعهد شود که انواع خاصی از اقدامات قانونگذاری صورت نخواهد گرفت در اینصورت شاید بیمه‌گران ريسک سیاسی بتوانند پروژه را در مقابل ريسک‌هایی که در قرارداد آمده است بیمه نمایند.

در قانون تشويق تضمین ريسک تغيير قوانين و مقررات از جمله تضمین هایی است که مختص سرمايه گذاری های موضوع بند ۳ ماده ۳ قانون تشويق می باشد نه تمام سرمايه گذاری های خارجی. تبصره ۲ ماده ۱۷ این قانون می گوید: « در مورد سرمايه گذاری های موضوع بند ۳ ماده ۳ چنانچه وضع قوانين و مصوبات دولت، موجب ممنوعیت یا توقف اجرای موافقت نامه های مالی پذیرفته شده در چارچوب این قانون شود، زیان حاصل حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده توسط دولت تأمین و پرداخت می گردد. حدود تعهدات قابل پذیرش، توسط هیأت<sup>۱۰</sup> در چارچوب این قانون به تصویب می رسد.»

از آنجاییکه کشور ایران یک کشور در حال توسعه است که بسیاری از صنایع آن تحت کنترل دولت می باشد و در حال حاضر با توجه به ابلاغ سیاست های اصل ۴۴ قانون اساسی از سوی رهبر معظم انقلاب، جریان خصوصی سازی کارخانجات و صنایع در حال انجام است امکان دارد این سوال برای سرمايه‌گذاران خارجی طرف قرارداد با شرکتهای دولتی پدید آید که در صورت خصوصی سازی این شرکت ها وضعیت تعهدات دولتی آنها و تضامین دولتی به چه شکل خواهد بود؟ پاسخ این سوال در بند ۳ ماده ۶ قانون الحاق آمده است. در این بند مقرر گردیده «در صورت اتخاذ تصمیم دولت به فروش شرکتهای دولتی عامل، شرایط فروش باید به نحوی پیش بینی شود که تعهدات شرکت به سهامداران جدید منتقل و تضمین‌های دولت تا آخرین مراحل اجرای قرارداد معتبر و نافذ بماند.»

<sup>۹</sup> - Scott L. Hoffman, p.70

<sup>۱۰</sup> - هیأت سرمايه‌گذاری خارجی مذکور در ماده ۶ قانون تشويق مرکب از معاون وزیر امور اقتصادی و دارایی به عنوان رئیس کل سازمان سرمايه‌گذاری، معاون وزیر امور خارجه، معاون رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، معاون رئیس کل بانک مرکزی و حسب مورد معاونین وزارت خانه‌های ذیربط.

## ج- ضرورت تدوین یک قانون جامع در رابطه با مشارکت بخشهای عمومی و خصوصی در اجرای پروژه های زیربنایی

قانونگذاری همواره نقش کلیدی را برای افزایش سرمایه گذاری بخش خصوصی در پروژه های زیربنایی داشته است. قانون معمولاً متضمن تعهد سیاسی دولت، در بردارنده حقوق قانونی خاص و ضامن ثبات وضعیت قراردادی می باشد. در اغلب کشورها اجرای پروژه های زیربنایی با مشارکت بخش خصوصی با اقدامات قانونگذاری آغاز شد، بدین صورت که ابتدا قوانینی برای واگذاری این پروژه ها و اجرای آنها وضع گردید.

در کشور ایران نیاز به تدوین مقررات خاصی برای مشارکت بخش خصوصی در توسعه زیربنایها می باشد، با تدوین قانون رویه واحدی برای مشارکت بخش خصوصی در پروژه های زیربنایی ایجاد میشود. ممکن است یک قانون عام معمولاً تمامی الزامات کلیه بخش ها را در بر نگیرد در این صورت می توان مقررات مکمل بخشی تدوین نمود، که به قانونگذار اجازه می دهد ویژگیهای خاص هر بخش را در نظر بگیرد. وجود مقررات تفکیکی در هر بخش این اطمینان را ایجاد می کند که اختیارات قانونگذاران نامحدود نمی باشد و آنها در هر بخش ملزم به مقررات آن بخش می باشند. در عین حال بهتر است که از وضع قوانین خشک و انعطاف ناپذیر و نیز قوانینی که بسیار به جزئیات می پردازند خودداری شود، چرا که در اغلب موارد چنین مقرراتی در بلند مدت مناسب نمی باشند. بسیاری از کشورها از قانون برای تاسیس یک سازمان یا نهاد تحت عنوان سازمان بهره گرفته اند که متولی و مسئول مشارکت بخش خصوصی در پروژه های زیربنایی کشور است.

قانون همواره بهترین ابزار برای بیان جزئیات مالی و فنی پروژه ها نمی باشد هرچند که بسیاری از کشورها ترجیح داده اند تا قوانینی را که جزئیات بسیاری را دربرمیگیرند تدوین نمایند. در مجموع مهم این است که قوانین براحتی قابلیت سازگاری با تغییرات محیطی را داشته باشند اعم از اینکه این تغییرات ناشی از قواعد بازار یا پیشرفت های جدید مانند پیدایش تکنولوژی های نوین یا تغییرات شرایط اقتصادی و بازار باشد، در هر حال شفافیت و قابلیت پیش بینی دو عنصر اساسی قانون هستند.

همچنانکه در بخش های قبل عنوان گردید فقدان وجود یک قانون جامع و مانع در خصوص مشارکت بخشهای عمومی و خصوصی است هرچند در سطح قانون اساسی ایران کشور موضوع با ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ به درستی تعیین شده است ولی در سطح قوانین و مقررات عمومی در ایران حتی یک قانون تحت عنوان قانون مشارکت بخش عمومی و خصوصی وجود ندارد و این خود بزرگترین ریسک و خلاء قانونی است. تدوین قوانین و مقررات یعنی ارائه تصویر روشنی از عناصر و افراد مرتبط با یک پروژه، نحوه شکل گیری و فعالیت پروژه و در نهایت چگونگی اختتام این فعالیت مشترک می باشد. اصولاً قوانین زائیده مقتضیات و نیازهای بشری هستند که در هر زمان قابل انطباق با شرایط و ویژه گیهای خاص یک جامعه بوده و بهترین راه را برای رسیدن به یک هدف را پی ریزی می نمایند.

تاسیس یک چارچوب قانونی موثر و مناسب پیش شرطی برای ارتقاء مشارکت بخش خصوصی در پروژه های زیربنایی است. این قانون بایستی از انعطاف کافی و پاسخگویی لازم به پیشرفتهای صورت گرفته در بخش های مختلف زیربنایی برخوردار می باشد. در این بخش به برخی از اصول کلی که قانونگذار بایستی در تدوین قوانین برای مشارکت بخش های غیردولتی و تامین مالی پروژه ها از طریق این بخش ها، مدنظر داشته باشد، می پردازیم. لازم به ذکر است برخی از این اصول با ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ حاصل شده لیکن بسیاری از آنها مستلزم تدوین یک قانون جامع جدید است.

هدف از رعایت این اصول در تدوین قوانین و مقررات، ارتقای شفافیت، انصاف، ثبات و پایداری و قابلیت پیش بینی در قوانین و انعطاف پذیری آن در رابطه با مشارکت کنندگان در پروژه ها، حمایت از سرمایه گذاران بخش خصوصی و دولت و در نهایت پیشگیری از رفتارهای غیرمنصفانه و سوء استفاده های آتی می باشد.

این اصول براساس استانداردهای بین المللی و بهترین رویه های موجود با بهره گیری از مطالعات و نظر سنجی های منطقه ایی تدوین گردیده است در تدوین این اصول از اسناد سازمانهای<sup>۱۱</sup> OECD و آنسیترال<sup>۱۲</sup> استفاده شده است. راهنمای آنسیترال در این زمینه منبع اصلی می باشد.<sup>۱۳</sup>

## **اصل اول : قانون بایستی سیاست شفافی در خصوص مشارکت بخش خصوصی در توسعه زیر بناهای کشور دارا باشد.**

مانند سایر چارچوب های صحیح قانونی استراتژی و سیاست شفاف دولت برای مشارکت بخش خصوصی عنصر مهمی است که نشانگر تعهد دولت به توسعه یک محیط سرمایه گذاری پایدار می باشد. این امر همچنین مبین تلاشهای دولت برای بهبود محیط قانونی و حقوقی کشور است، این استراتژی بایستی به عنوان یک سند دولتی ( قوانین و مقررات ) تدوین و تصویب گردد. راهنمای یونیدو درخصوص قرارداد های ساخت، بهره برداری و واگذاری بر اهمیت اتخاذ استراتژی مشارکت بخش خصوصی از سوی دولت تاکید می نماید و آن را تعهد یک دولت بر ارتقاء شرایط حقوقی، قانونی و سیاسی و در نهایت افزایش منافع بالقوه سرمایه گذاران می داند.

یک چارچوب قانونی شفاف دارای قواعد روشن و در دسترس و روشهای و رویه های کارآمد برای اجرای این قواعد می باشد. قوانین و روندهای شفاف این امکان را به سرمایه گذاران بالقوه می دهد که هزینه ها و ریسک های سرمایه گذارشان را پیش بینی نماید و شروطی را که حداکثر منافع آنها را تامین می نماید، اعلام کنند. علاوه بر قابلیت پیش بینی، قوانین و روندهای شفاف، مقامات را ملزم به انتشار تصمیمات اداری و در موارد نیاز دلایل این تصمیمات می نماید این قواعد شفاف اقدامات خودسرانه و نادرست یا تصمیماتی را که توسط طرفین قرارداد یا مقامات ذیربط گرفته می شود منع و محدود می نماید و باعث افزایش اعتماد به برنامه توسعه زیربنای یک کشور می شود. شفافیت قوانین و روندهای اجرایی در سرمایه گذاری خارجی بسیار پراهمیت است چرا که سرمایه گذاران خارجی معمولاً با قوانین کشور میزبان آشنایی ندارند.

---

<sup>11</sup> - EBRD Core Principles for a Modern Concession Law ,  
<http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/assess/index.htm>

<sup>۱۲</sup> - کمیسیون تجارت بین الملل سازمان ملل متحد

<sup>12</sup>- *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, prepared by the United Nations Commission on International Trade Law, 2001.*  
& UNCITRAL model legislative provisions on privately financed infrastructure projects.

## **اصل دوم: قانون بایستی بنیاد صحیحی را برای واگذاری امتیازات به بخش خصوصی پی ریزی نماید.**

مشارکت موثر بخش خصوصی در توسعه زیر بناها و عملکرد صحیح دولت در واگذاری امتیازات پروژه های زیربنایی مستلزم وجود یک چارچوب قانونی توانمند است. وجود چنین قانونی برای تعیین نقش ها و مسئولیتهای تمامی طرفین و برآورد ریسک کشور توسط سرمایه گذاران، بسیار مهم و تعیین کننده است. واگذاری امتیازات ممکن است از طریق تدوین یک قانون خاص یا مجموعه قوانینی که تمامی بخش ها را پوشش می دهد، صورت گیرد. تدوین چنین قوانینی محیط قانونی را برای واگذاری پروژه ها بصورتی با ثبات، شفاف و منصفانه مهیا می نماید. این موضوع در توصیه شماره یک راهنمای آنسیترال نیز مورد بررسی قرار گرفته است این توصیه بر اهمیت چنین قانونگذاری تاکید نموده و آنرا نه تنها دلیلی بر شفافیت و ثبات نظام سرمایه گذاری یک کشور بلکه علامتی از تعهد سیاسی یک دولت می داند.

## **اصل سوم: قانون بایستی دارای قواعد شفافی باشد.**

یک قانون جامع باید به خوبی بتواند حدود اعمال قواعد خود را تعریف نماید، بدین معنی که حدود روابط حقوقی را که قانون مزبور تحت پوشش دارد، تعیین نماید. چنین شفافیتی برای قابلیت پیش بینی وضعیت قراردادهای، ثبات و اعتبار آنها و همچنین ممانعت از اقدامات خودسرانه مقامات دولتی الزامی است. برای رسیدن به این هدف، قانون مزبور بایستی تعریف جامع و مانعی از امتیازات قابل ارائه به بخش خصوصی، بخشهای مرتبط با آن، مقامات مرتبط با قراردادهای و افرادی که صلاحیت اعطای امتیاز را دارند، ارائه نماید. این اصل در توصیه های شماره ۵۲ آنسیترال عنوان شده است. طبق این توصیه ها، تعریف مقامات و هیأت های ذیربطی که در سطوح مختلف دولتی صلاحیت انعقاد قراردادهای را دارند و همچنین بخش هایی که در آن بخش ها واگذاری امتیازات جهت توسعه امور زیربنایی میسر است، دارای اهمیت می باشد. همچنین طبق راهنمای آنسیترال موضوع امتیاز و نوع قرارداد بایستی در قانون به وضوح تعریف شود، به عنوان مثال مقرر گردد سرمایه گذاری بخش خصوصی و عمومی ها در قالب قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری - ساخت، مالکیت و بهره برداری خواهد بود.

## **اصل چهارم: قانون بایستی چارچوب قانونی باثبات و قابل پیش بینی را دارا باشد.**

علی الاصول پروژه هایی که از طریق بخش خصوصی تأمین مالی می شوند، پروژه های طولانی مدتی می باشند. یکی از عواملی که بر پروژه تأثیر می گذارد و ممکن است در جریان اجرای پروژه تغییر یابد، مقررات حاکم بر پروژه است. ریسک تغییر قوانین و مقررات ممکن است اعتبار قرارداد پروژه و در نتیجه ادامه کار پروژه را به مخاطره بیندازد. برای اجتناب از چنین خطری، کشورها بایستی از تغییر مداوم مقررات مربوط به مشارکت بخش خصوصی و عمومی خودداری نمایند و همچنین در قانون مربوط به این قراردادهای نیز بایستی مقرر ای گنجانده شود که طبق قراردادهایی که منعقد شده اند در صورت تغییر قوانین و مقررات کماکان طبق قانون سابق به حیات خود ادامه دهند و تغییر قوانین و مقررات در آینده به پروژه هایی که طبق قوانین قبلی اجرا شده اند، تسری نیابد. شرطی تحت عنوان شرط ثبات<sup>۱۴</sup> در این خصوص وجود دارد که معمولاً در قراردادها درج می شود و بخش خصوصی مجری پروژه (امتیاز گیرنده) را از هرگونه تغییرات بعدی در قوانین و مقررات مصون می دارد.

<sup>14</sup> Stability clause

## **اصل پنجم: قانون بایستی انصاف، شفافیت و دسترسی به قواعد و رویه های مربوط به قراردادهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی را ارتقا دهد.**

این اصل به شفافیت و انصاف در مقررات و دسترسی به قواعد و رویه هایی که در انتخاب طرفهای قراردادی و اعطای پروژه به آنها و اجرای پروژه، حاکم است، می پردازد. طبق این اصل یک قانون مدرن بایستی شیوه ای را برای تضمین انتخاب سرمایه گذاران بر مبنای رقابت و عدالت (همچنین شیوه ای را برای موارد مستثنی از رقابت)، رفتار برابر با سرمایه گذاران بالقوه، امکان به چالش کشیدن قواعد و تصمیمات مقامات طرف قرارداد و نیز قواعد رقابتی برای پیشنهادات غیر منتظره و درخواست نشده، پیش بینی نماید.

یک چارچوب قانونی مناسب دارای دو کارکرد است اول اینکه دولتها از طریق آن تامین و ارائه خدمات عمومی به شهروندان را تضمین می نمایند و از سوی دیگر ارائه دهندگان خدمات عمومی و مشتریان آنها به واسطه این قوانین از حقوقشان حمایت می نمایند. قانون خوب منافع گروههای مختلف از جمله دولت، ارائه کنندگان خدمات عمومی و مشتریان آنها (حتی برخی تعارضات احتمالی را) دربرمیگیرد و همواره به دنبال رسیدن به تعادل میان آنهاست. ملاحظات تجاری بخش خصوصی، حق استفاده کنندگان در برخورداری از خدمات هم از بعد کیفی و هم از بعد قیمت، مسئولیت دولت در ارائه خدمات اساسی و نقش و جایگاه آن در ارتقاء زیربناهای توسعه جامعه، همگی از جمله مواردی هستند که بایستی در قانون توجه کافی به آنها شده باشد.

در توصیه های شماره ۹ و ۱۰ آنسیترا در این خصوص آمده است که شیوه های قانونی و قواعد حاکم بر قراردادها بایستی معین، واضح و در دسترس باشند (منتشر شده باشند) همچنین بر این موضوع تاکید شده است که تصمیمات مقامات دولتی بایستی قابل اعتراض در یک نهاد مستقل باشد. منصفانه و شفاف بودن قواعد قراردادها و رویه های حاکم بر آن در توصیه شماره ۱۴ آنسیترا نیز عنوان شده است این توصیه بر تضمین رقابت منصفانه جهت انتخاب سرمایه گذاران تاکید می نماید و در توصیه شماره ۳۹ حق سرمایه گذاران به درخواست حق سرمایه گذاران جهت بازنگری در اقدامات طرفین قرارداد در طی مراحل مربوط به انتخاب سرمایه گذاران اشاره شده است. قواعد آنسیترا همچنین تدوین روندی را برای بررسی پیشنهادات غیر رقابتی و پیشنهادات ناخواسته ضروری میدانند.

## **اصل ششم: قانون بایستی هماهنگ با نظام قانونی کشور و سایر مقررات مرتبط با آن باشد.**

این قانون بایستی با سایر قوانین کشور هماهنگ باشد تا از هرگونه تعارضات آتی میان قوانین و عدم هماهنگی آنها در عمل ممانعت شود. در سایر قوانین و مقررات مرتبط نیز بایستی اصلاحات متناسب با نیازهای این قانون صورت گیرد تا یک نظام قانونی جامع و هماهنگ در این زمینه پدید آید. توصیه شماره یک آنسیترا بر اهمیت انطباق این قانون با اصول قانون اساسی کشور به ویژه در رابطه با تضامین دولتی و محدودیتهای موجود جهت واگذاری امتیازات به بخش خصوصی تاکید شده است.

## **اصل هفتم: قانون بایستی مذاکره در خصوص شروط قراردادی را به رسمیت بشناسد.**

آزادی مذاکره در خصوص قراردادهای مشارکت خصوصی و عمومی بسیار مهم است زیرا امکان برخورداری از شرایط متنوع و متعدد را برای طرفین قرارداد فراهم می نماید و در نهایت منجر به نگرشی مفصل و مشروح در رابطه با تخصیص ریسکها به صورت کارآمد و خلاقانه می شود. به کارگیری موفق این اصل مستلزم تعیین دقیق مقامات ذیصلاح برای انجام مذاکرات قراردادی، انعقاد قراردادها و نظارت بر اجرای قراردادها و تقسیم اختیارات میان مقامات محلی و مرکزی کشور می باشد.

طبق توصیه شماره دو آنسیترال برای اطمینان از انجام مذاکرات کارا و در نتیجه اجرای پروژه تعیین اشخاص یا مقاماتی که در سطوح مختلف مجاز به انجام مذاکرات می باشند و حدود اختیارات مقامات دولتی و محلی در طول انجام مذاکرات و اجرای پروژه، حائز اهمیت است.

توصیه شماره دوازده آنسیترال برای بررسی معیارهای مختلف و در نتیجه تخصیص ریسک ها بصورت کارآمد کشورها را از تدوین مقرراتی که بصورت غیر ضروری اختیارات مقامات مذاکره کننده را محدود می نماید، منع میکند.

## **اصل هشتم: قانون بایستی روش مناسبی را برای حل و فصل اختلافات از طریق دادگاهها یا هیأت های داوری پیش بینی نماید.**

برطبق این اصل قانون مورد بحث بایستی حمایت از حقوق و منافع طرفین قرارداد را در چارچوب یک نظام کارآمد حل و فصل اختلافات ( که حتی الامکان داوری بین المللی و اجرای آرای داوری مزبور را به رسمیت شناخته است)، تضمین نماید. این اصل عنصری اساسی برای ایجاد فضای مساعد، جذاب، مطمئن و قابل پیش بینی برای سرمایه گذاران است. طبق توصیه شماره ۶۹ آنسیترال قانون بایستی آزادی طرفین قرارداد را در انتخاب مکانیزم حل و فصل اختلافات به رسمیت بشناسد، این مکانیزم توسط طرفین و با توجه به ماهیت پروژه انتخاب می شود.

## **اصل نهم: قانون بایستی قبول تضامین و تعهدات توسط دولت را مجاز بشمارد.**

برطبق این اصل دولت بایستی امکان حمایت مالی از پروژه را دارا باشد یا اینکه بتواند رفتار صحیح مقامات دولتی را بر طبق تعهدات آنها تضمین نماید. حمایت دولت در اغلب موارد برای افزایش رضایت سرمایه گذاران بالقوه، ارتقاء جذابیت سرمایه گذاری و حمایت از انجام پروژه ها، عنصری اساسی است. توصیه شماره ۱۳ آنسیترال پیشنهاد می نماید که در قانون مربوط درخصوص مقاماتی که می توانند بصورت قانونی از پروژه حمایت بنمایند و نیز انواع حمایت های محتمل، قواعد روشنی ترسیم گردد.

## **اصل دهم: قانون بایستی حق وثیقه موسسات مالی و بانکها را در خصوص داراییهای پروژه به رسمیت بشناسد.**

تنها در حدود ۳۰٪ یک پروژه زیربنایی که با مشارکت بخش عمومی و خصوصی انجام می شود، توسط بخش خصوصی تامین اعتبار می شود. باقیمانده اعتبار مورد نیاز در قالب ترتیبات وثیقه ای خاصی از بانکها یا موسسات مالی تامین می شود. برای اخذ اعتبار بخش خصوصی ذیربط حقوق خود را در قرارداد منعقد شده جهت اجرای پروژه به عنوان وثیقه نزد بانک به گرو میگذارد. برای اجرایی شدن این وثیقه بایستی پیش بینی های لازم در مقررات مربوط صورت گیرد. بدین صورت که در صورت قصور وام گیرنده، بانک یا موسسات اعتباری وام دهنده امکان ورود و مداخله در قرارداد را داشته باشند. چنین مکانیزمی تداوم و ثبات پروژه و کارآمدی آن را تامین می نماید. در توصیه شماره ۴۹ آنسیترال آمده است: بایستی شرطی در قانون درج شود که حق بخش خصوصی برای وثیقه نهادن دارایی های پروژه یا سهام شرکت پروژه، عواید حاصل از سرمایه گذاری و سایر وجوه دریافتی یا وثایق مناسب مرتبط با پروژه را به رسمیت بشناسد. همچنین حق بخش خصوصی برای به وثیقه نهادن کلیه وجوه پرداختی در آینده طبق قرارداد فی مابین بایستی به رسمیت شناخته شود.

## **اصل یازدهم: ثبات بلندمدت پروژه ها در قانون پیش بینی شود.**

هدف اصلی قانونگذار در تدوین قوانین جهت توسعه زیربنایها، اطمینان از ارائه خدمات عمومی بصورت بلند مدت است. ترتیبات ناکافی برای بهره برداری و حفظ زیربنایهای عمومی به شدت کارآمدی این زیربنایها را در تمام بخش ها کاهش داده و منجر به کاهش کیفیت خدمات و افزایش هزینه برای استفاده کنندگان خواهد شد. از منظر قانونگذاری این موضوع مهم است که یک کشور ظرفیت نهادی لازم را برای برعهده گرفتن وظایف مختلفی که بر دوش نهادهای عمومی در توسعه پروژه های زیربنایی نهاده شده، دارا باشد. اقدام دیگری که برای ثبات در سیاست مشارکت بخش خصوصی در توسعه زیربنایها ضروری است، برقراری توازن و تعادل میان رقابت و انحصارگرایی در ارائه خدمات عمومی است. رقابت میتواند هزینه ها را کاهش دهد و نیز در بخش های خاصی به مولد بودن سرمایه گذاری ها کمک کرده و به پاسخگوئی در مقابل نیازهای مشتریان و ارائه خدمات عمومی با کیفیت بالاتر بیانجامد و در نتیجه محیط کسب و کار را در تمام بخش های اقتصادی بهبود ببخشد.



## **اصل دوازدهم: قانون بایستی حدود اختیارات مقامات دولتی موسسات مجاز و حوزه های فعالیت آنها را تبیین نماید.**

اجرای پروژه های زیربنایی توسط بخش خصوصی ممکن است مستلزم تصویب قوانین خاص جهت ارائه این پروژه ها به بخش خصوصی باشد. تعیین دقیق مقام مسئول و حدود اختیارات وی در این زمینه برای اعتمادسازی میان سرمایه گذاران داخلی و خارجی ضروری است.

در صورتیکه دولت نمی تواند مسئولیت خود را در خصوص ارائه خدمات عمومی بدون وجود قانون به بخش خصوصی تفویض نماید، ضرورت دارد تا مشارکت بخش خصوصی در پروژه های زیربنایی و اختیار دولت در واگذاری این پروژه ها به بخش خصوصی صریحاً در قانون درج شود. این امر در مواردی که خدمات عمومی بصورت رایگان در انحصار دولت می باشند، بسیار پراهمیت است. در مقرراتی که وضع می شود بایستی مقامات یا سطوحی از دولت که صلاحیت واگذاری پروژه های زیربنایی و امضای قراردادها را دارند، تعیین شوند. برای جلوگیری از تاخیرهای احتمالی می توان در مقررات انتصاب افرادی از سوی مقامهای دولتی جهت پذیرش تعهدات، مذاکره و امضای قراردادها را پیش بینی نمود. همچنین بایستی حدود اختیارات مقامات محلی را در خصوص پروژه هایی که در حوزه اختیارات آنهاست مانند مقامات شهرها و استانها، تعیین نمود. علاوه بر آن تعیین حوزه ها و بخش هایی که واگذاری پروژه ها در آن بخش ها امکان پذیر است و نیز استثناء نمودن بخش هایی که فعالیت در آنها قابل واگذاری به بخش خصوصی نمی باشد مانند امور دفاعی و نظامی نیز ضروری است. این امر با ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ در ایران محقق شده است.

## **اصل سیزدهم: قانون بایستی هدف از واگذاری پروژه به بخش خصوصی و حدود واگذاری را اعلام نماید.**

تعریف ماهیت پروژه و هدف از واگذاری آن به بخش خصوصی نیز می تواند در قانون مطرح شود در تعریف ماهیت پروژه می توان روشهای اجرای پروژه را طبق اختیارات و تعهداتی که برای بخش خصوصی پیش بینی شده، تعریف نمود مثلاً پروژه ها را به گروههایی که به روشهای ساخت- بهره برداری- انتقال، ساخت- مالکیت - بهره برداری، ساخت- انتقال، بهره برداری، ساخت- انتقال، انجام می شوند تقسیم نمود. باتوجه به انواع روشهایی که در خصوص مشارکت بخش خصوصی در امور زیربنایی وجود دارد ارائه انحصار در اجرای پروژه تعریف جامعی از این روشها و احصاء تمامی آنها امکانپذیر نمی باشد. موضوع مهم دیگری که با ماهیت پروژه و حقوق مربوط به آن مرتبط است انحصار در انجام پروژه است، انحصار ممکن است محدود به منطقه جغرافیایی خاصی باشد یا اینکه تمامی کشور را در برگیرد ( مثل احداث خط راه آهن سراسری) یا اینکه در تامین نوع خاصی از کالاها و خدمات برای گروه خاصی از مشتریان باشد. ( مانند تولید برق توسط تولیدکنندگان انحصاری یک منطقه جهت شبکه توزیع برق همان منطقه ) انحصار در انجام پروژه بایستی در قوانین اعلام شود. تصمیم در مورد اینکه حق انحصاری به یک پروژه و یا به گروه خاصی از پروژه ها اعطا شود به سیاست یک کشور بستگی دارد. مطلوب ترین حالت آن است که مسئله انحصار به صورت قابل انعطافی در قوانین پیش بینی شود، علاوه بر استثناء نمودن یا تجویز حقوق انحصاری ممکن است در یک قانون این اولویت باشد که مقامات کشور در مواردی که به مصلحت عموم است نسبت به اعطای حق انحصاری، اقدام نمایند. دلیل اعطای حق انحصاری را نیز می توان قبل از واگذاری پروژه به تمامی شرکت کنندگان در مناقصه اعلام نمود. اعطای حقوق انحصاری در بخش های مختلف زیربنایی را نیز میتوان به تفکیک در قوانین پیش بینی نمود.

## سایر موارد: انجام هماهنگی های اداری

با توجه به ساختار اداری کشور پروژه هایی که به صورت خصوصی تامین مالی می شوند ممکن است مستلزم دخالت مقامات عمومی در سطوح مختلف باشند برای تسریع در انجام امور بهترین شیوه استقرار نمایندگان نهادهای اجرایی در یک واحد متمرکز است. در مورد پروژه هایی که از طرف سرمایه گذاران خارجی انجام می شود معمولاً مرکزی با حضور افراد ذیصلاح از نهادهای مختلف دولتی تاسیس می شود که صلاحیت لازم را برای بررسی و تصویب پروژه ها دارا می باشند. تجربه های بین المللی کارآمد بودن چنین مرکزی را تأیید می نماید، این مرکز همچنین می تواند محلی برای انجام هماهنگی میان مقامات مختلف دولتی مرتبط با پروژه باشد. در صورت عدم امکان تاسیس چنین مرکز واحدی در سطح کشور بایستی از روشهای دیگری برای هماهنگی میان مقامات دولتی و عمومی بهره برد.

## نتیجه گیری

با ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴، اراده دولت در بالاترین سطح در رابطه با جواز و ضرورت مشارکت بخش عمومی و خصوصی در پروژه های زیربنایی اعلام گردید. لیکن همچنانکه در ابلاغیه سیاستهای فوق نیز آمده است اجرایی شدن سیاستهای کلی اصل ۴۴ مستلزم تدوین قوانین و مقررات مرتبط و مناسب می باشد. از جمله مهم ترین این مقررات تدوین قانونی تحت عنوان قانون مشارکت بخشهای غیردولتی در پروژه های زیربنایی است. تدوین این قانون با استفاده از تجربه های جهانی موجود در این زمینه بویژه با مطالعه تطبیقی قوانین سایر کشورها و نیز اشراف و تسلط به قوانین کشورمان می تواند خلاء های قانونی را پوشش داده و مسیری روشن برای فعالیت بخش های غیردولتی در پروژه های زیربنایی ترسیم نماید. با وجود قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری و ماده ۶ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخش از مقررات مالی دولت، تدوین یک قانون جامع حتی در بخش سرمایه گذاریهای خارجی نیز ضروری است چرا که مشارکت بخش خصوصی داخلی به تنهایی برای اجرای این پروژه ها کفایت نمی نماید بلکه به عکس در عرصه جهانی استفاده از روشهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی در توسعه پروژه های زیربنایی در اصل با هدف بهره بردن از سرمایه، منابع مالی، دانش، مدیریت و تخصص بخش خصوصی خارجی بویژه کشورهای توسعه یافته طراحی شده است.

## فهرست منابع

۱- افشار، عباس. خزائنی، گرشاسب « شناسایی ریسک‌های خاص پروژه‌های BOT»، ماهنامه بین‌المللی راه و ساختمان، شماره ۲۴،

شهریور ۱۳۸۴

۲- صادقی، محسن «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»

پژوهشنامه بازرگانی، بهار ۱۳۸۵

۳- قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آئین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹.

۴- قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۴.

5- *Scott L. Hoffman, "The Law and Business of International Project Finance", Transnational Publisher Inc & Kluwer Law International, Second Edition, 2001.*

6- *Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, " Project Financing", Seventh Edition, Euro money Books, 2000.*

7- *Lessons of Experience, N.7 "Project Finance In Developing Countries" ,IFC, 1999.*

8- [www.Investopedia.com](http://www.Investopedia.com)

9- [www.Wikipedia.com](http://www.Wikipedia.com)

10- [www.answers.com](http://www.answers.com)

11- *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, pre pared by the United Nations Commission on International Trade Law, 2001.*

12- *UNCITRAL model legislative provisions on privately financed infrastructure projects.*

13- *EBRD Core Principles for a Modern Concession Law*

14- <http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/assess/index.htm>