

ملزومات حقوقی و قانونی اجرای قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در ایران

افشین کاظمی و رنامخواستی^۱

دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

چکیده

بی‌گمان مدیریت صحیح اقتصادی و اداره بهینه منابع مالی موجود در هر کشوری از ارکان توسعه، ویژه در ممالک در حال پیشرفت است، در این راستا یکی از عوامل مورد تأکید، پرهیز دولت از پرداختن به اموری است که هر چند با انگیزه تأمین نیازهای همگانی صورت می‌پذیرد، لکن انگیزه مزبور ملازمه‌ای با این معنا ندارد که دولت تأمین‌کننده صرف نیازهای پیش‌گفته باشد چرا که چنین گزاره‌ای بر آیندی جز افزایش گستره دولت نخواهد داشت، از جمله مؤثرترین راه‌حلی که به منظور پاسخ‌گویی بایسته به ملاحظات فوق صورت می‌گیرد استفاده از روش مشارکت عمومی و خصوصی است، ما در این نوشتار برآنیم تا ضمن تبیین اجمالی کلیاتی از قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی به تشریح اصول کلی حقوقی حاکم بر نوع قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی پرداخته و به طور خاص به ارائه شرایط اساسی در مسیر تحقق قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در ایران پردازیم. پژوهش حاضر که به شیوه کتابخانه‌ای سامان یافته است نشان خواهد داد که ظرفیت‌سازی حقوقی و تبیین قوانین جامع‌مهمترین فاکتور در حول اجرایی شدن قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی است. رهیافت‌هایی دیگر همچون، اراده قاطع سیاست‌گذاران عمومی مبنی بر حمایت از پروژه‌های مشارکتی، بسترسازی اداری به عنوان عامل سخت‌افزاری انتاج پروژه، آموزش دست‌اندرکاران پروژه‌های مشارکت عمومی و خصوصی و نیز تفهیم مزایای پروژه‌هایی از این دست به بخش خصوصی، مطالعات تطبیقی حول کیفیت اجرای این گونه پروژه‌ها در سایر کشورهای جهان و حتی ایجاد نهادهای خاص اجرایی که فصل‌الخطاب صدر تا ذیل تمهید پروژه، اعم از تعریف، اجرا و اتمام آن باشد از بن‌مایه‌های ثبوت این چنین اسلوب مشارکتی خواهد بود.

کلمات کلیدی: مشارکت عمومی، خصوصی، اصول نظری، ضوابط اجرایی

۱- مقدمه

امروزه توسعه پروژه‌های زیربنایی با اتکا به سرمایه بخش خصوصی در غالب مشارکت عمومی و خصوصی به یکی از سیاست‌های مالی معمول دولت‌ها در کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه بدل گشته است، چنین مشارکتی البته مسبوق به سابقه است، یکی از اولین موارد تحقق مشارکت عمومی و خصوصی در سال ۱۷۴۲ بود، زمانی که بنجامین فرانکلین پس از آنکه انجمن فلسفه آمریکایی فیلادلفیا را بنیان نهاد با همراهی مجلس نمایندگان پنسیلوانیا و حمایت دانشگاه ایالتی پنسیلوانیا اولین دانشکده پزشکی را در مسعمرات بریتانیا با هدف ارائه خدمات همگانی و پیشرفت‌های علمی و پزشکی تشکیل داد این امر نشان داد که بخش عمومی و خصوصی می‌توانند در هماهنگی با یکدیگر در راه تحقق هدف تأمین نیازهای فراگیر تشریک مساعی داشته باشند از دیگر مواردی که می‌توان اراده جدی در مسیر استیفای مزایای روش مشارکت عمومی و خصوصی را ملاحظه نمود بعد از جنگ انقلابی آمریکا در سال ۱۷۸۷ بود در این زمان کنوانسیون قانون اساسی آمریکا امکان تأسیس دانشگاه‌های ملی آمریکا را با انگیزه ترویج علوم مورد بحث قرار داد تلقی کنوانسیون قانون اساسی این بود که دولت ملی نباید مستقیماً احاطه‌ای بر آموزش و پرورش داشته باشد بلکه دولت باید دانشگاه‌ها و نهادهای تحقیقاتی را به صورت غیر مستقیم تحت کنترل قرار دهد. یکی از طرق تحقق این امر البته از طریق مشارکت عمومی و خصوصی بود پروژه پیش گفته در سال ۱۸۰۳ و در غالب پروژه «خرید لویزیانا» باز هم پی گرفته شد در این سال توماس جفرسون ریس جمهور وقت ایالات متحده آمریکا ۸۲۸۸۰۰ مایل زمین از دولت فرانسه خریداری نمود که به عنوان خرید لویزیانا شناخته شد پس از آن تیمی از دو کارشناس به نام‌های مری ودر لی وایس و ویلیام کلارک را به منظور کشف زمین‌های جدید در طول رودخانه میسوری و می‌سی‌سی‌پی به منظور نقشه‌برداری و جمع‌آوری نمونه‌های معدنی و بیولوژیک استخدام نمود و مشارکت عمومی و خصوصی در شکل دیگری تحقق یافت [۸]. بعد از آن پروژه آبرسانی شهر نیویورک و صدها پروژه عمرانی دیگر تا عصر حاضر با استفاده از توان بخش خصوصی به ثمر نشست و این تجربه به تدریج در کشورهای دیگر جهان از جمله ایرلند، استرالیا، هند، ویتنام، و... به ویژه از دهه ۱۹۸۰ میلادی مورد استفاده قرار گرفت. با سابقه‌ای که بیان شد در گفتارهای آتی مفهوم مشارکت عمومی و خصوصی و لوازم اجرای یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی با استناد به ظرفیت‌های داخلی مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲- تبیین ماهوی مفهوم قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

در تعریف قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی تعابیر مختلفی بیان شده است از جمله مؤسسه بانک توسعه آسیایی مشارکت مزبور را اینگونه تعریف می‌نماید «فعالیت‌های مشترک میان گروه‌های ذی نفع مبتنی بر شناسایی نقاط قوت و ضعف متقابل، حرکت به سوی اهداف مورد توافق در زمینه توسعه، از طریق ارتباط به موقع و مؤثر» همچنین بانک جهانی در تعریف نزدیکی با تعریف فوق مشارکت مطروح را

این گونه معرفی می‌نماید «ابتکارات مشترک بخش عمومی در پیوستگی با طرف خصوصی در بخش‌های انتفاعی و غیر انتفاعی، مدنی، دولتی و بازرگانی» [۹] به طور مؤثر قرارداد مزبور را می‌توان یک پروژه یا خدمت عمومی تعریف کرد که توسط بخش خصوصی تأمین مالی شده و یا اجرا می‌شود، تعریف جامع‌تری که در این خصوص می‌توان به دست داد آن است که قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی قراردادی است که بر اساس آن، بخش خصوصی سرمایه‌ها و خدمات زیر بنایی را که به طور سنتی توسط دولت‌ها تدارک دیده می‌شود از قبیل بیمارستان‌ها، مدارس، زندان‌ها، جاده‌ها، پل‌ها، تونل‌ها، خطوط راه‌آهن، شبکه‌های آب و فاضلاب، تأمین می‌نماید. شناسایی پتانسیل‌های مشارکت عمومی و خصوصی مستلزم آن است که ویژگی‌ها و مشخصات منحصر به فرد آن کشف شود، اولین خصیصه را می‌توان توانایی مدل مذکور در تدارک چارچوبی انعطاف‌پذیر تعریف کرد که در آن نقش مکمل و ظرفیت‌های بخش عمومی و خصوصی می‌تواند تلفیق شود، ویژگی دیگر آنکه عملکرد مدل فوق بر محدوده مرز بخش عمومی و خصوصی موجب می‌شود که در نهایت این بخش عمومی باشد که مسؤلیت نهایی ارائه خدمت همگانی را بر عهده داشته باشد و در نهایت موقعیت خاص حقوقی مدل فوق که به عنوان یک تجارت با اتکا به سند مؤسس به نحو مؤثری ظابطه‌گذاری شده بدون مداخله احتمالی یک نهاد مقررات‌گذار بالقوه. مدل مشارکت عمومی و خصوصی بسیار شفاف و قابل انعطاف است، امروزه بیشتر پروژه‌های عمرانی و خدمت‌رسانی عمومی در کشورهای صنعتی با استفاده از روش مشارکت عمومی و خصوصی در غالب قراردادهای دراز مدت صورت می‌گیرد تنها در کشور انگلستان در حال حاضر بیش از ۴۰۰ پروژه با ارزش تقریبی ۱۹ میلیارد پوند در بخش‌های مختلف از قبیل سلامت و بهداشت، تعلیم و تربیت، حمل و نقل، دفاع و امنیت ملی، فناوری اطلاعات، حفاظت از محیط زیست، اسکان دولتی و... به امضا رسیده است. شاید یکی از ادله این میزان از اقبال به روش مشارکت عمومی و خصوصی این باشد که در مدل‌های مشارکت عمومی و خصوصی دولت در مقابل هزینه‌ای که انجام می‌دهد خدمات با ارزش‌تری به دست می‌آورد، علت آن است که به مجرد فعال شدن سرمایه بخش خصوصی، بخش خصوصی نهایت دقت را در لحاظ شاخصه‌های کیفی ملحوظ می‌دارد دلایل توجیهی دیگری را نیز در خصوص مزایای روش مشارکت عمومی و خصوصی می‌توان بر شمرده که، به طور مختصر در ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرد:

۱-۲- بهبود سیستم ارائه خدمات

هسته فعالیت‌های بازرگانی دولت مبتنی بر سیاست‌گذاری و خدمت عمومی است، در این رابطه مادامی که مسؤلیت‌های دولت در باب کارکردهای تبعی از قبیل بهره‌برداری و نگهداری از پروژه‌های عمومی به بخش خصوصی منتقل می‌شود زمینه برای تقویت موقعیت دولت در خصوص مسؤلیت‌هایی که بر عهده دارد تقویت می‌شود.

۲-۲- صرفه‌جویی در هزینه‌ها

با توسل به امتیاز استفاده از ابتکارها، انعطاف‌پذیری و تجربیات بخش خصوصی، بخش عمومی می‌تواند خدمات عمومی را در مقایسه با روش‌های سنتی ارائه خدمات با هزینه کمتری ارائه نماید، از آن پس هزینه‌ای که از این طریق ذخیره‌سازی شده است می‌تواند پاسخگوی سایر نیازهای عمومی باشد. نتیجه منطقی صرفه‌جویی در هزینه‌ها افزایش در آمد خواهد بود در واقع مدل مشارکت عمومی و خصوصی می‌تواند با استفاده از اخذ بهای استفاده از یک خدمت خاص از مصرف‌کنندگان خدمات مزبور، منعکس‌کننده فعلیت هزینه صحیح باشد، مشارکت عمومی و خصوصی همچنین می‌تواند معرف منابع درآمدی بیشتر باشد که قدر مسلم در آیین‌های کهن ارائه خدمت همگانی این امکان قابلیت ظهور نداشته، سالبه به انتفاع موضوع خواهد بود.

۲-۳- کاهش ضریب خطر در بخش عمومی

یکی از اصلی‌ترین شاخصه‌های الگوهای مشارکتی آن است که ریسک موجود در پروژه به نحو شایسته‌ای توسط بخش خصوصی مدیریت می‌شود، به عنوان مثال شرکتی که متخصص در زمینه بهره‌برداری از ساختمان‌ها می‌باشد مدیریت ریسک پروژه را در بر خورد با درخواست‌های در حال تغییر در مورد شیوه پیشبرد پروژه ساختمان‌های تجاری و بهره‌برداری از آن به نحو مؤثرتری در مقایسه با دولت در دست خواهد گرفت.

۲-۴- ارائه سریع‌تر خدمت همگانی

انعطاف‌پذیری بخش خصوصی در انجام پروژه و تزریق منابع مالی که شاید اصلی‌ترین دغدغه دولت‌ها در مسیر خدمت همگانی باشد، از سوی بخش خصوصی، نتیجه مستقیم و بلاواسطه تحویل به هنگام پروژه را در پی خواهد داشت.

۲-۵- ایفای نقش مکمل در خصوص بودجه عمومی

در صورتی که از روش‌های سنتی در ارائه خدمات همگانی استفاده شود همواره بیم روی دادن شرایط پیش‌بینی نشده و نقصان منابع مالی، که در بودجه عمومی دولت‌ها در بخش‌های مختلف عمرانی و خدماتی پیش‌بینی می‌شود، در مسیر ادامه خدمت مذکور، وجود خواهد داشت و این در حالی است که روش مشارکت عمومی و خصوصی این حسن را خواهد داشت که واهمه سرریز هزینه از اساس امحاء شده و خدمت عمومی بر اساس هزینه‌های قابل پیش‌بینی در چارچوب توافق قراردادی منعکس می‌شود.

۲-۶- استفاده بهتر از سرمایه‌ها

یکی از مزایایی که مدل مشارکتی دارد آن است که باعث می‌شود بخش خصوصی برخوردار از این انگیزه شود که از تمامی نیروها و امکانات سرمایه‌ای خویش به نحو احسن استفاده نماید نتایجی که بیش از آن به دنبال خواهد داشت، سطح بالای خدمت رسانی، و کاهش هزینه در بخش عمومی خواهد بود. [۱۰]

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که روش مشارکت عمومی و خصوصی به طور مشخص حاوی چه مزایایی برای بخش خصوصی است و اساساً بخش خصوصی با چه انگیزه‌ای قدم در راه همکاری با بخش عمومی می‌گذارد؟ واقعیت آن است که یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی این ضمانت را به بخش خصوصی می‌دهد تا در غالب یک قرارداد از موقعیت سرمایه‌گذاری دراز مدت بهره‌مند گردد همچنین می‌تواند در یک فضای قطعیت نسبی و تضمینی که قرارداد دولتی در فحوای خود دارد و نیز با استفاده از پتانسیل‌هایی که قرارداد در اختیار آن بخش می‌نهد تولید فعالیت بازرگانی نماید، در واقع چون نیک نگر بسته شود شریک خصوصی در پرتو قرارداد به بهره‌وری و راندمان مورد نظر خویش بر اساس ظرفیت‌های ابتکاری، فنی، مدیریتی، و مالی خود خواهد رسید. بخش خصوصی همچنین می‌تواند ظرفیت و خبرگی خویش را در یک بخش خاص که موضوع همکاری است افزایش دهد که این امر می‌تواند به نوبه خود سرفصلی جهت ایجاد موقعیت‌های تجاری افزون‌تر باشد، به عنوان مثال شریک خصوصی می‌تواند تجربه خود را به سایر حوزه‌ها نیز عرضه نماید.

با عطف توجه به آنچه که از شرح برتری تمسک به این آیین مشارکتی گذشت بی‌گفتگو آشکار است که روش‌های سنتی تأمین نیازهای فراگیر محملی از گفتگو و دفاع ندارد لکن این واقعیت نیز نباید از نظر دور شود که قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی ممکن است بهترین روش از جهت ارائه خدمات عمومی و یا اجرای پروژه‌های عمرانی نباشد بلکه بخش عمومی همواره باید جانب احتیاط را در تیررس مذاکره داشته و موضوعات و عوامل تأثیرگذار مرتبط را در انتخاب راه‌حل فوق در بوته آزمایش و نقد قرار دهد. [۱۱]، اقسام قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی سبک متمایزی از تخصیص ریسک و مسؤولیت را مورد نظر قرار می‌دهند، آنها همچنین پیچیدگی و نیز درجه زبده‌گی خاص خود را که در برخورد با بخش خصوصی حائز اهمیت است، در جهت نیل به موفقیت در مذاکره برای انتخاب یک روش مؤثر قراردادی، طلب می‌کنند. در حقیقت مقرون به صواب نخواهد بود که انگاره بخش عمومی بر این تعلق گرفته باشد که مشارکت عمومی و خصوصی راه‌حلی سهل در برآوردن هدف دشوار تأمین نیازهای عمومی را تدارک می‌بیند، بخش عمومی باید این انتظار را داشته باشد که افزایش انتقال ریسک به شریک خصوصی در عین حال باعث افزایش توقع مشروع ما به ازاء و، ورودی بیشتر و مؤثرتر از جانب شریک خصوصی خواهد بود.

پس از بیان مزایای روش مشارکت عمومی و خصوصی ذکر این نکته حائز اهمیت است که مشارکت مزبور را نباید با خصوصی‌سازی یکسان پنداشت، [۱۲] به واقع مشارکت عمومی و خصوصی بر روی مرز بخش عمومی و خصوصی گام می‌زند، در این روش ما مواجه با دارایی‌ها و خدماتی هستیم که نه از خصیصه ملی برخوردارند و نه تحت خصوصی‌سازی قرار گرفته‌اند بنابراین مشارکت عمومی و خصوصی روش سومی را معرفی می‌نماید که با تمسک به آن دولت‌ها می‌توانند محدوده قابل توجهی از خدمات را ارائه نمایند از دیگر سو در یک مفهوم عملی مشارکت عمومی و خصوصی بیانگر شکلی از همکاری و تلفیق است که بر آن اساس از مسیر یک رابطه تعاونی هر دو بخش به دستاوردهایی دست می‌یازند که در صورت

فعل منفرد وصول به آن نا ممکن می نمود علی هذا مشارکت عمومی و خصوصی عموماً خصوصی سازی در معنای مصطلح خود نیست، تجارت خصوصی شده تجارتي است که سابقاً متعلق به بخش عمومی بوده و هم اکنون مالکیت آن متعلق به بخش خصوصی است، تجارت مزبور می تواند در یک بازار کاملاً رقابتي فعالیت کند یا ممکن است از یک موقعیت انحصاری برخوردار باشد در شق دوم مقرراتی برای آن فعالیت در هنگام خصوصی سازی وضع می شود در هر دو شکل فوق بخش عمومی دیگر در آن زمینه فعالیتی ندارد لکن در مقام تبیین مشارکت عمومی و خصوصی می توان گفت که مشارکت مزبور سرمایه های بخش خصوصی و در مواردی بخش عمومی را به منظور بهبود خدمات عمومی ارائه شده و یا مدیریت دارایی های بخش عمومی ادغام می نماید در واقع در روش فوق با تمرکز بر روی خروجی خدمات عمومی روش کم هزینه تری در مقایسه با آنچه که معمولاً با تمرکز بر روی روش سنتی ورودی های بخش عمومی به دست می آید، در راستای مدیریت مخاطرات توسط بخش عمومی ارائه می شود، نظم فوق الذکر لازم است به موجب یک قرارداد مشارکت فی ما بین کارفرمای بخش عمومی و پیمانکار بخش خصوصی انعقاد یابد در این قرارداد از یک طرف بخش عمومی باید خدمات دراز مدت مورد نیاز را مشخص کند و از طرف دیگر بخش خصوصی باید این اطمینان را داشته باشد که به منظور ارائه خدمات عمومی سرمایه خود را در معرض خطر قرار نمی دهد.

۳- اجرای قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در ایران

قبل از ورود در بحث لازم است به صورت مختصر شاکله بخش عمومی و بخش خصوصی آن گونه که در حقوق داخلی تجلی یافته است مورد تبیین قرار گیرد، بخش خصوصی در نظام حقوقی ایران تعریف مشخصی ندارد، در اصل ۴۴ قانون اساسی نیز تنها دامنه فعالیت های بخش خصوصی قید شده است به این صورت که کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات حوزه های عمل بخش اخیر قلمداد شده است. فعالیت هایی که به تصریح قانون اساسی مکمل فعالیت های اقتصادی دولتی و تعاونی است. علی هذا مبرهن است که بخش خصوصی تعریف نشده لکن شاید بتوان تعریف بهینه ای به این کیفیت از بخش خصوصی ارائه داد که بخش خصوصی یکی از ارکان نظام اقتصادی کشور است که مالکیت و فعالیت های آن تحت سیطره دولت نبوده، با سرمایه شخصی و با دارا بودن شخصیت حقوقی در غالب یک ساختار سازمانی منسجم، قانونی و تعریف شده به صورت فردی و یا در غالب اجتماعی از شرکا به فعالیت های انتفاعی می پردازد و سود شخصی مطلوب اوست. نقطه مقابل بخش خصوصی بخش عمومی است، بخشی که در آن فعالیت های اقتصادی با محوریت دولت انجام می پذیرد، هسته فعالیت های اقتصادی دولت نیز در یک تحلیل نهایی خدمت عمومی است و آنچه که مبنای اقدامات دولت در این خصوص را تشکیل می دهد خیر عام است، بخش عمومی در برخورد با حوزه قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی باید به صورت مضیق تفسیر گردد از این رو مقرون به صواب است که مترادف با بخش دولتی گرفته شود، در نتیجه باید

ارکان بخش دولتی شناسایی شود؛ بخش دولتی متشکل از شعبه است، وزارتخانه، مؤسسه دولتی و شرکت دولتی. هر سه قسم فوق در قوانین موضوعی به روشنی تعریف گردیده است، در قانون مدیریت خدمات کشوری در تعریف وزارتخانه آمده است؛ «واحد سازمانی مشخصی است که تحقق یک یا چند هدف از اهداف دولت را برعهده دارد و به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و توسط وزیر اداره می‌گردد» همچنین در تعریف مؤسسه دولتی، مؤسسه مزبور «واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی می‌باشد انجام می‌دهد» و در نهایت شرکت دولتی نیز این‌گونه معرفی شده است «بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آنها منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد شرکت دولتی است.» [۱] با تامل در قوانین موضوعه به ویژه قوانین مرتبط با برنامه‌های پنج ساله توسعه و نیز رویه‌های اجرایی دانسته می‌شود که کارکرد شرکت‌های دولتی بیشتر در غالب واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های مزبور به بخش خصوصی یعنی خصوصی‌سازی است که تحقق می‌یابد، مؤسسات دولتی نیز هیچ نقشی در فرآیند مشارکت عمومی و خصوصی نظر به حاکمیتی بودن وظایف آن ایفا نخواهد کرد. توضیح اینکه وظایفی که دولت بر ضمه دارد به یک اعتبار به امور حاکمیتی و امور تصدی تقسیم می‌گردد، امور حاکمیتی در قانون مدیریت خدمات کشوری این‌گونه تعریف شده است. «آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود.» و در مقابل امور تصدی که در قانون مدیریت خدمات کشوری با عنوان امور اقتصادی تعبیر شده است، «آن دسته از اموری است که دولت، متصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند...»، بنا براین در حال حاضر وزارتخانه و ارکان آن تنها نهاد عمومی است که طرف قرارداد با بخش خصوصی به ویژه در طرح‌های عمرانی، توسعه صنعتی و حوزه‌های انرژی قرار می‌گیرد. تعاون با بخش خصوصی در ایران مقوله‌ای نو ظهور دست کم در ادبیات حقوقی است، پس از آغاز جنگ تحمیلی به سبب شرایط خاص ایجاد شده دولت ناگزیر از مباحث در پروژه‌های عمرانی بود از این رو تکیه بر صدر اصل ۴۴ قانون اساسی بود که مقرر می‌دارد «نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های آبرسانی، رادیو تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه‌آهن و مانند

این‌هاست که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است.» {۲} پس از پایان جنگ تحمیلی و نیاز کشور به بازسازی اقتصادی که در غالب برنامه‌های پنج ساله توسعه آغاز شده و تا زمان حاضر نیز ادامه دارد، استفاده از نیروی بالقوه بخش خصوصی بیش از هر زمان دیگری به منظور نیل به هدف فوق برجسته شد و طبعاً اولین قدم در این مسیر ایجاد ظرفیت‌های قانونی به ویژه در عالی‌ترین سند حقوقی - سیاسی کشور یعنی قانون اساسی بود بر این اساس با تأکید بر قسمت اخیر اصل ۴۴ قانون اساسی که مقرر می‌دارد «مالکیت در این سه بخش تا جایی که اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی ایران است...»، زمینه ورود بخش خصوصی در عرصه‌های ملحوظ نظر دولت فراهم گردید، برای نخستین بار بر اساس برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی - ایده‌ای با عنوان سامان‌دهی شرکت‌های دولتی و واگذاری سهام آنها تعریف شد، برنامه مذکور را می‌توان نخستین اقدام عملی در زمینه استفاده از توان بخش خصوصی قلمداد نمود در این راستا و به موجب ماده ۱۵ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران - مصوب ۱۳۷۹ مقرر شد «دولت موظف است با تغییر اساس‌نامه سازمان مالی گسترش مالکیت واحدهای تولیدی نسبت به تشکیل یک سازمان خصوصی‌سازی اقدام نماید...» [۳] هر چند در برنامه‌های پنج ساله توسعه تا قبل از آغاز برنامه چهارم اراده قانون‌گذار به زمینه‌سازی برای حضور مؤثر بخش خصوصی تعلق گرفته بود لکن به دلیل ممنوعیت بخش خصوصی از حضور در عرصه‌های وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی، قرائتی جدید از اصل ۴۴ مطرح شد که در غالب سند سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نمود پیدا کرد. من جمله در قسمت الف، بند ۱ سند مزبور در باب سیاست‌های کلی توسعه بخش‌های غیر دولتی و جلوگیری از بزرگ شدن بخش دولتی مقرر گردید «دولت حق فعالیت اقتصادی جدید خارج از موارد صدر اصل ۴۴ را ندارد و موظف است هرگونه فعالیت (شامل تداوم فعالیت‌های قبلی و بهره‌برداری از آن) را که مشمول عناوین صدر اصل ۴۴ نباشد، حداکثر تا پایان برنامه ۵ ساله چهارم (سالیانه حداقل ۲۰ درصد کاهش فعالیت) به بخش‌های تعاونی و خصوصی و عمومی غیردولتی واگذار کند. با توجه به مسؤلیت نظام در حسن اداره کشور، تداوم و شروع فعالیت ضروری، خارج از عناوین صدر اصل ۴۴ توسط دولت بنا به پیشنهاد هیأت وزیران و تصویب مجلس شورای اسلامی برای مدت معین مجاز است.» بنابراین ضمن ممنوعیتی که دولت در انجام فعالیت‌های اقتصادی خارج از محدوده صدر اصل ۴۴، جز در موارد استثنایی آن هم با صلاحدید مراجع مرتبط، با آن مواجه است این مسؤلیت را نیز بر عهده دارد که فعالیت‌های خارج از صدر اصل ۴۴ را در یک بازه زمانی مشخص در معرض واگذاری قرار دهد. تاریخچه مزبور ناظر بر شکل‌گیری اولین پایه‌های همکاری نهادهای با بخش خصوصی در غالب برنامه خصوصی‌سازی است لکن همچنان که در گفتارهای پیشین شرح داده شد خصوصی‌سازی را نمی‌توان به لحاظ معنایی مترادف با مشارکت عمومی و خصوصی دانست، حتی در اساس‌نامه سازمان خصوصی‌سازی نیز به طور مشخص از مشارکت عمومی و خصوصی به معنای اخص کلمه تعریف به عمل نیامده است و

هر چند در بند ۱ ماده ۴ اساس نامه یکی از اهداف سازمان «تهیه راهکارهای تسهیل دستیابی به توسعه مشارکت عمومی جهت افزایش بهره‌وری منابع مادی و انسانی و توسعه توانمندی‌های بخش خصوصی و تعاونی و ارائه آن به هیأت وزیران برای تصویب» [۴] تعریف شده است لکن این تعریف مشارکت عمومی و خصوصی را برجسته نمی‌کند چه اینکه مشارکت عمومی و خصوصی بیشتر از آنکه راهکاری جهت توسعه توانمندی‌های بخش خصوصی باشد وسیله‌ای جهت بهره‌مندی از توان بخش خصوصی است، وانگهی از فحوای اساس نامه معلوم می‌شود که واگذاری و یا تشریک در سهام یا شرکت‌های دولتی، یعنی همان خصوصی‌سازی، رسالت اصلی است و نه اجرای پروژه‌های عمومی و یا خدمت‌رسانی همگانی با استفاده از مشارکت بخش خصوصی.

می‌توان اذعان کرد که مشارکت عمومی و خصوصی در ایران به استثنای حوزه‌های خاصی مانند انرژی که استفاده از روش مزبور در آن حوزه‌ها مسبوق به سابقه است در سایر بخش‌ها یا مفهومی به صورت کلی ناشناخته است و یا حداقل تاکنون کاربرد چندانی نیافته است در حالی که در برخی از سازمان‌های عمومی مانند شهرداری‌ها گاه فقر شدید منابع مالی هویدا می‌باشد و در چنین شرایطی توسل به شیوه مشارکت عمومی و خصوصی خواهد توانست تا حدود زیادی معضل کمبود منابع مالی را حل نماید در حال حاضر شیوه تأمین مالی در کشور ما به صورت سنتی دنبال می‌شود و اقتصاد تک محصولی پشوانه مشخصه اصلی تأمین مالی است، لذا نوساناتی که می‌تواند چنین اقتصادی را تحت تأثیر قرار دهد، بی‌تأثیر بر کیفیت نظام تأمین مالی نخواهد بود از این روست که ضرورت باز تعریف شیوه‌های تأمین مالی احساس می‌شود. در خصوص مشارکت بخش عمومی و خصوصی، با فقر شدید ظرفیت‌های قانونی مواجه هستیم حتی در مواردی مشارکت عمومی و خصوصی به صراحت ممنوع اعلام شده است، از جمله می‌توان به بند الف ماده سوم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی - مصوب ۱۳۸۶ - اشاره نمود که مقرر نموده است:

«قلمرو فعالیت‌های اقتصادی دولت به شرح زیر تعیین می‌شود:

الف - مالکیت، سرمایه‌گذاری و مدیریت برای دولت در آن دسته از بنگاه‌های اقتصادی که موضوع فعالیت آنها مشمول گروه یک ماده‌ی (۲) این قانون است، اعم از طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، تأسیس مؤسسه و یا شرکت دولتی، مشارکت با بخش‌های خصوصی و تعاونی و بخش عمومی غیر دولتی، به هرنحو و به هر میزان ممنوع است» فعالیت‌های موضوع گروه یک ماده دوم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی نیز عبارتند از:

تمامی فعالیت‌های اقتصادی به جز موارد مذکور در گروه دو و سه این ماده. «گروه دو- فعالیت‌های اقتصادی مذکور در صدر اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی به جز موارد مذکور در گروه سه این ماده گروه سه- فعالیت‌ها، مؤسسات و شرکت‌های مشمول این گروه عبارتند از:

۱) شبکه‌های مادر مخابراتی و امور واگذاری بسامد (فرکانس)،

- ۲) شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و مدیریت توزیع خدمات پایه پستی،
- ۳) تولیدات محرمانه یا ضروری نظامی، انتظامی و امنیتی به تشخیص فرماندهی کل نیروهای مسلح،
- ۴) شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز،
- ۵) معادن نفت و گاز،
- ۶) بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک ملی ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک توسعه صادرات، بانک کشاورزی، بانک مسکن و بانک توسعه تعاون،
- ۷) بیمه مرکزی و شرکت بیمه ایران،
- ۸) شبکه‌های اصلی انتقال برق،
- ۹) سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران،
- ۱۰) سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی،
- ۱۱) رادیو و تلویزیون [۵]

مواردی از فعالیت‌های فوق اصلی‌ترین زمینه‌هایی است که بخش عمومی و خصوصی می‌توانند در به ثمر نشستن آن تشریک مساعی داشته باشند لکن به تصریح قانون‌گذار مشارکت عمومی و خصوصی در رابطه با آنها قابلیت طرح نخواهد داشت تا قبل از تصویب قانون بودجه سال ۱۳۹۰ قوانین صرفاً در مقام تأکید بر ضرورت انجام بهینه خصوصی‌سازی و نیز تلاش به منظور منطقی ساختن اندازه دولت از طریق خصوصی‌سازی تبیین شده بود لکن در ماده واحده قانون بودجه سال ۹۰ و در ذیل بند ۳۷ برای اولین بار مشارکت عمومی و خصوصی به معنای اخص کلمه مورد شناسایی قرار گرفته، مقرر شد:

«به‌منظور تسریع در اجرای طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای اجازه داده می‌شود با رعایت قوانین موجود و با استفاده از روش‌های مختلف از قبیل واگذاری و یا مشارکت با بخش غیردولتی، بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیردولتی برای تأمین منابع مالی این‌گونه طرح‌ها در چهارچوب قراردادهای و براساس موافقت‌نامه متبادله و با حفظ کاربری آنها اقدام نمایند.» [۶] در لایحه بودجه سال ۱۳۹۱ اما، به منظور مشارکت بخش خصوصی در طرح‌های عمرانی دولت و جلوگیری از اتکا صرف طرح‌های عمرانی به بودجه عمومی کشور و استفاده از دارایی‌های بخش خصوصی سه روش در نظر گرفته شده است، بر این اساس در اجرای بند «ب» ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم در جزء ۳ بند ۱۹ لایحه بودجه، ساز و کار نوینی در تعامل با پیمانکار بخش خصوصی در نظر گرفته شده، در نص قانونی مزبور تأمین منابع مالی پروژه با بخش خصوصی بوده و زمین مورد نیاز طرح از سوی بخش عمومی پس از انتخاب پیمانکار با ساز و کار مناقصه به مدت حداکثر ۵۰ سال حسب نوع بهره‌برداری از طرح در اختیار پیمانکار قرار می‌گیرد و از طرفی دولت پس از اجرای پروژه عمرانی در رابطه با پیمانکار سه‌گزینه خواهد داشت؛ یا اینکه تأسیسات طرح مثلاً جاده یا ساختمان را پیش‌خرید کند، یا اینکه به موجب یک توافق قراردادی طویل‌مدت با پیمانکار تأسیسات را به صورت دراز مدت اجاره کند. امکان دیگری که وجود دارد آن است که خدمات تولیدی آن را به صورت دراز

مدت خریداری نماید. [۷]

ساز و کار فوق برای نخستین بار در لایحه بودجه در نظر گرفته شده و تقریباً الگویی شبیه قراردادهایی است که به دولت امکان آن را خواهد داد تا کلیه پروژه‌های عمرانی جدید را براساس این روش اجرا نماید. تأسیس فوق را می‌توان سر آغاز تحولی در عرصه نظام‌های تأمین مالی در ایران قلمداد کرد، در واقع قانون‌گذار با تمرکز بر روی مقتضیات رشد و توسعه اقتصادی، مدیریت پویاتر پروژه، توضیح اصولی کار، ضرورت پیشبرد و اتمام به موقع پروژه و عوامل متعدد دیگر در صدد برقراری ارتباط سازنده با بخش خصوصی به منظور نیل به اهداف مذکور است با این همه نمی‌توان یک نص قانونی را کافی برای ورود شیوه‌ای تازه از تأمین مالی و از آن مهمتر نهادینه شدن آن دانست، چه اینکه اجرای سیستم مورد بحث ممکن است در عمل با موانع قابل توجهی همراه باشد، موانعی از جمله بخش خصوصی نا کار آمد و محدوده مضیق کار آمدی آن در مواجهه با حوزه اقتصاد ملی، فقدان و یا کمبود محسوس ابزارهای قانونی و مالی، هزینه بالای طرح‌های عمومی و محدودیت‌هایی که در این خصوص بخش خصوصی را از حیث تأمین منابع مالی تحت تاثیر قرار می‌دهد، عدم وجود رابطه متوازن بین بازار داخلی و بین‌المللی، فقدان وجود زیرساخت‌های تعریف شده و مساعد جهت حضور و مشارکت فعال بخش خصوصی خارجی در وضعیت عدم حضور مؤثر بخش خصوصی داخلی همه و همه در شمار ادله‌ای است که می‌تواند پیشروی پروژه را با اشکال مواجه سازد. لکن قدر متیقن آن است که با وجود همه محدودیت‌های محتمل اراده قانون‌گذار مبنی بر شناسایی این مدل مشارکتی حائز نقاط امیدوی خواهد بود که چشم اندازی روشن را در مسیر گسترش سیستم مورد اشاره قرار می‌دهد، هم اکنون در کشور ما پروژه‌های متعددی با استفاده از الگوی مشارکتی به ویژه در زمینه احداث و توسعه خطوط راه آهن و آزاد راه‌ها در حال انجام است که شاید عمده‌ترین آن مشارکت بخش خصوصی برای ساخت فاز ۲ و ۳ آزادراه تهران-شمال باشد که بر پایه انعقاد تفاهم‌نامه با کنسرسیومی ایرانی در حال انجام است، در واقع روند توسعه مدل مشارکتی نوید افزایش استفاده‌های آتی از روش مزبور در بعد کمی و کیفی را می‌دهد.

در گفتارهای پیشین مبانی محجوریت قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در ایران با تأکید بر تاریخچه نه چندان غنی مشارکت مزبور مورد تبیین قرار گرفت و از طرفی نیز گفته شد که آنچنان که قرائن قانونی و عینی حکایت می‌نماید عزمی جدی در مسیر توسعه قراردادهای مشارکتی مشاهده می‌شود لکن بدون شناخت اصول اساسی منعقدسازی قرارداد مشارکتی نباید انتظار دوام و تثبیت آن و یا در یک نگرش حداقلی التفات بخش خصوصی به این نوع از همکاری را داشت. آنچه که در ادامه خواهد آمد صرف نظر از هر گونه نظریه پردازی صرف و تشریح بایسته‌های تئوریک انعقاد یک مدل مشارکتی در صدد به دست دادن اصولی است که در عمل در کشورهایی که برخوردار از سابقه‌ای طولانی در زمینه پیاده‌سازی مدل مطرح هستند مورد استفاده قرار گرفته است و بی‌گفتگو در عرصه داخلی نیز سرفصل‌های بهبود و توسعه قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی محسوب می‌شوند.

۴- بنیادهای کارکردی انعقاد یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی

مشارکت عمومی و خصوصی محقق نخواهد شد مگر به موجب قرارداد، لذا نقش طراحی قرارداد بسیار حائز اهمیت می‌باشد، ابتدای قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی بر روش تعیین خروجی و ما حاصل کار است، بخش عمومی استانداردهای اساسی خدمت مورد نظر خود را تعریف می‌کند در حالی که بخش خصوصی انتخاب می‌کند که چگونه به این خدمات و استانداردها برسد و یا استانداردهای مزبور را توسعه و بهبود دهد. مزیتی که این روش دارد آن است که راه‌حل‌های ابتکاری را تشویق نموده و اجازه می‌دهد که مهارت‌ها و دانش بخش خصوصی در جهت تقویت بخش عمومی به کار گرفته شود لکن مخاطرات قابل توجهی در صورتی که طراحی قرارداد به نحو احسن صورت نگیرد آن را تهدید می‌نماید زیرا از یک سو ممکن است که تعهدات قراردادی به نحو واضح تبیین نگردد و از سوی دیگر ممکن است زیر ساخت‌های تعریف شده با زیر ساخت‌های مدل مشارکت عمومی و خصوصی در انطباق نباشد، به طور ویژه مخاطرات مورد بحث می‌تواند به دلیل نوع ویژگی‌هایی که برای خروجی قرارداد تعریف شده است حادث گردد. اهمیت مسأله آنجا واضح می‌گردد که دانسته شود ویژگی‌های محصول نهایی از پایه‌ها و مبانی تعهدات قراردادی در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی می‌باشند، در این رابطه اشتباهاتی که شاید محتمل‌تر باشد یکی آن است که خدمات نهایی یا محصول نهایی قرارداد با زیر ساخت‌هایی که به استناد آن، نیاز عمومی قرار است بر آورده شود در سازگاری نباشد، دو دیگر آنکه عدم تبیین صحیح قرارداد می‌تواند ناشی از اشتباهی باشد که منشأ آن عدم صلاحیت بخش عمومی است یا هر شخصی که از جانب بخش عمومی مسؤول تنظیم پیش‌نویس قرارداد است، فساد و پارتی‌بازی نیز دلیل دیگری است که می‌تواند منجر به عدم تبیین صحیح قرارداد شود از این منظر که بخش خصوصی ممکن است بدون داشتن پشتوانه‌های لازم قرارداد مطلوب خویش را به دست آورده باشد همچنین در مراحل اولیه مشارکت عمومی و خصوصی اشتباه ممکن است عمدتاً در عدم مهارت بخش عمومی در تنظیم پیش‌نویس قرارداد نیز باشد، چالش فوق در اروپا باعث شد که بخش عمومی به سرعت مهارت و دانش در طراحی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی را در خود ایجاد کرده و بتواند مدیریت نماید به ویژه در کشورهایی که به تازگی قدم در مسیر تعریف و گسترش قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی گذاشته‌اند بهره‌مندی از فاکتورهایی مانند نهادهای نظارتی و نیز بهره‌مندی از تجربیات مشاوران خارجی و یا ایجاد بنگاه‌های مشاوره‌ای می‌تواند راه‌گشا باشد هر چند ایرادی جدی بر راه‌حل اخیر وارد است و آن اینکه شرکت‌ها و بنگاه‌های بزرگ مشاوره‌ای که دارای تجربه و مهارت در ورود به قراردادهای پیچیده‌ای مانند مشارکت عمومی و خصوصی می‌باشند ممکن است در موقعیتی قرار گیرند که در یک قرارداد ایفاگر نقش مشاورت بخش عمومی باشند و در قرارداد دیگر در سمت مشاور بخش خصوصی قرار گرفته باشند و انجام مشورت برای هر دو طرف هر چند در زمان‌های متفاوت ممکن است زمینه‌ساز فساد باشد. از ابتکارهایی که به منظور تدارک گونه‌ای مشخص، الگو محور، و چارچوب‌بندی شده از قراردادهای

مشارکت عمومی و خصوصی اندیشیده شده است و می‌تواند احتمال خطا در تنظیم قرارداد را به صورت کلی از بین ببرد قراردادهای نمونه یا استاندارد است و آن در موقعی است که انباشت تجربه در مورد قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی در بخشی خاص زمینه‌ساز تعریف مدلی از قرارداد در آن بخش به منظور تقلید و کاهش احتمال خطا در تبیین مفاد قرارداد و خدمات نهایی مورد نظر باشد در واقع از پروژه‌های در دست اجرا در این بخش می‌توان فراگرفت که ریسک‌ها و مخاطرات کدامند و در ادامه از این اطلاعات به منظور ایجاد یک قرارداد نمونه استفاده کرد [۱۳] استفاده از قراردادهای نمونه و استاندارد هنگامی دارای جنبه ضمانت اجرا خواهد شد که در لباس قانون ظاهر شده و استفاده از آن اجباری گردد. هر چند که شاید این ایراد به اجباری شدن قرارداد نمونه وارد به نظر برسد که اجباری شدن قرارداد مزبور موجب افزایش خشکی و انعطاف‌ناپذیری قرارداد می‌شود لکن با پرداختن بیشتر به کلیات قرارداد می‌توان بر این نقطه ضعف غلبه نمود، وانگهی علی‌القاعده از آنجا که مطلوب تأمین نیاز عمومی است اختیارات تقنینی می‌تواند پاسخ‌گوی محدودیت‌ها در غالب جرح و تعدیل باشد. در هر صورت اشتباه در طراحی قرارداد هر دلیلی که داشته باشد بخش عمومی را نظر به طول‌المدت بودن قرارداد بسیار متضرر خواهد کرد. با این اوصاف در غالبی طبقه‌بندی شده و به صورت فهرست وار جریان ایجاد یک قرارداد مشارکتی بیان می‌گردد؛

۱- ۴- محیط قانونی و سیاسی

به منظور اجرای موفق یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی مقامات ارشد سیاسی می‌بایست فعالانه در راه تحقق هدف به ثمر نشستن قرارداد فعال بوده و پشتیبانی از قرار داد و در حقیقت رهبری قرارداد تا رهنمون شدن آن به سر منزل مقصود را تعهد اصلی خود بدانند رهبری سیاسی آگاه در این زمینه می‌تواند در به حداقل رساندن سوء تفاهات در مورد ارزش عمومی یک مشارکت توسعه یافته مؤثر، قابل توجه باشد، به همین اندازه تعریف دقیق یک بنیاد قانونی در مسیر اجرای هر قرارداد حائز اهمیت است.

۲- ۴- ساختارهای نظارتی سازماندهی شده از سوی بخش عمومی

همزمان با شکل‌گیری مشارکت عمومی و خصوصی، همان‌طور که در بند قبل بیان شد، بخش عمومی باید حدود دخالت خود را در پروژه یا برنامه خدمت‌رسانی عمومی حفظ نماید، در حقیقت نظارت بر اجرای صحیح پروژه از حیث تطابق با شروط قراردادی جهت حصول اطمینان از موفقیت آن حائز اهمیت می‌باشد، نظارت مورد بحث می‌تواند به صورت روزانه، هفتگی، ماهانه یا در فواصل زمانی معین بسته به تنوع هر قرارداد مشارکتی اعمال شود، در حقیقت کیفیت و تناوب تکرار بر اساس ماهیت هر قرارداد یا برنامه تعریف می‌شود.

۳- ۴- تعریف دقیق جزئیات هر برنامه یا قرارداد مشارکتی

یک برنامه یا قرارداد مشارکتی که به صورت دقیق تنظیم شده و توسعه یافته باشد به صورت قابل

ملاحظه‌ای احتمال موفقیت مدل مشارکتی را افزایش می‌دهد، چنین برنامه یا قراردادی با این اوصاف در غالب موارد منجر به تحقق یک برنامه بسیط مشارکتی با تأکید بر انعکاس جزئیات تام قراردادی و توصیف شفاف مسؤولیت‌های هر یک از دو شریک عمومی و خصوصی خواهد شد به علاوه یک طرح یا قراردادی مشارکتی مطلوب با وصفی که ذکر شد متضمن تعریف دقیق آیین‌های حل و فصل اختلاف پیش آمده فی ما بین بخش عمومی و خصوصی خواهد بود. در حقیقت نیاز به اطلاع‌رسانی در مورد شروط قراردادی ابزار بسیار مهمی در اداره کردن همه تعاملات اقتصادی است، زمانی که واقعیتهای به نام وجوه عمومی در میان است مسأله اداره قرارداد و مدیریت رابطه از حساسیت بیشتری برخوردار خواهد شد. وجود لایه‌ها و سطوح مختلف نظارتی که بر بخش عمومی اعمال می‌شود از یک سو و دو دیگر فقدان مکانیسم حکومت بازار و اداره قرارداد از رهگذر بازار ضرورت اطلاع‌رسانی مؤثر و قدرتمند در معاملات مرتبط با بخش عمومی را بیش از پیش نمایان می‌سازد به این امید که شفافیت بیشتر باعث پاسخ‌گویی بیشتر و تسهیل نظارت پرداخت کنندگان مالیات بر این قراردادها شود. با مقدمه‌ای که بیان شد، نظر به اهمیت تشریح جزئیات قراردادی، عوامل مرتبط ذیل چهار سرفصل به صورت دقیق‌تر مورد بحث قرار خواهد گرفت؛

سیاق حقوقی

اساساً قبل از اینکه یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی آغاز شده و پروژه کلید زده شود چارچوب حقوقی قرارداد می‌بایست روشن باشد در این اثنا نقش دولت تبیین یک قرارداد مشارکتی دراز مدت و شفاف به منظور استیفای روش مشارکت عمومی و خصوصی است، چنین تعهدی ممکن است در غالب شیوه‌های عملی متعددی ظاهر گردد، در عمل مشارکت عمومی و خصوصی موجب ورود ساختارهای پیچیده مالی و تجاری خواهد شد که با توجه به طویل‌المدت بودن مهلت قرارداد ضروری است که حدود و ثغور آن بر شرکای قرارداد معلوم باشد هم از منظر ماهیت دراز مدت بودن قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی است که به این منظور توافق قراردادی باید انعطاف‌پذیر بوده تا ظرفیت لازم به منظور اعمال تغییرات ضروری در طول مدت قرارداد را داشته باشد و از طرفی اصل محوری پاسخ‌گویی که در سطور بالا تشریح شد نیز رعایت گردد. [۱۴] به منظور رسیدن به هدف فوق و تأمین مقتضیات مربوطه طراحی یک چارچوب حقوقی قابل اتکا که به خوبی برخوردار از شاخصه‌های توسعه یافتگی باشد ضروری می‌نماید هر چند همان‌طور که اشاره شد در کنار اتکا به ظرفیت‌های قانونی تثبیت شده برخی از تغییرات قانونی ناگزیر است، زیرا در برخی از مواقع چندین سال گذر زمان لازم است تا نهادهای حاکمیتی به ویژه پارلمان به یک الگوی مطلوب حقوقی برسد تا ضمن حفظ جنبه‌های اصیل قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی قابلیت بومی‌سازی قرارداد مزبور با اتکا به ظرفیت‌های قانونی داخلی وجود داشته باشد.

سیاق مقرراتی

برخی مواقع هر دو بخش عمومی و خصوصی در رابطه با خدمات زیر ساختی از قبیل نیرو، حمل و

نقل، شبکه‌های آبرسانی و گازرسانی در پهنه وسیعی از فعالیت‌های اقتصادی قرار دارند که تحت ظابطه در آمده و مقررات‌گذاری شده‌اند، از این رو سرمایه‌گذاران نیازمند طراحی یک مدل توازنی مطلوب فی ما بین نهادهای تنظیم‌کننده اهداف که از قابلیت متأثرسازی جریان‌های مالی پروژه از قبیل قیمت‌گذاری و سطوح خدمات بهره‌مند باشد خواهند بود، از طرفی دولت متمایل به فعلیت دو تضمین می‌باشد اول یک سیستم مقررات‌گذاری مؤثر به منظور حمایت از سرمایه‌گذار از طریق دخالت سیاسی مستقیم و دوم حمایت از آن دسته که تحت تأثیر اثرات منفی انحصار قرار دارند.

سیاق قراردادی

در یک پروژه مشارکت عمومی و خصوصی توافقات قراردادی قابل توجهی داخل می‌گردد که بایستی به صورت دقیق مورد تبیین قرار گیرد. در این مرحله شبکه پیچیده‌ای از ارتباطات قراردادی زمینه‌ساز حضور طرف‌هایی خواهد شد که ناگزیر ارتباط بین آنها باید به موجب قرارداد تعریف شود. یک اصل مسلم که در رابطه با تمامی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی صادق است آن است که توافق‌نامه پروژه پایه‌ای است که بر اساس آن پروژه مسیر تکامل را می‌پیماید و مجموعه‌ای از روابط را در باب حقوق و تعهدات متقابل و عوامل دیگری همچون اختصاص ریسک که در بندهای آتی بدان پرداخته خواهد شد در هر دو بخش عمومی و خصوصی تعریف می‌کند. به واقع طیف وسیعی از روابط قراردادی ممکن از قبیل راهکارهای مختلف تأمین مالی، ساخت و ساز، مشاوره و... و در یک کلام کلیه اجزاء و ساز و کارهای قراردادی با هدف اجرای پروژه در توافق مورد بحث لحاظ می‌شود، بر این اساس تمامی توافقات تحت یک غالب قراردادی یعنی توافق‌نامه پروژه باید ادغام شود. در مرکز توافق‌نامه پروژه نطفه دو موجود حقوقی انعقاد می‌یابد از یک سو حاکمیت قرار دارد و از دیگر سو کنسرسیوم یا شرکتی که متولی انجام پروژه است شرکت اخیر موسوم به «شرکت پروژه» است توضیح اینکه در مقایسه با زمانی که تدارکات بخش عمومی بدون پشتوانه بخش خصوصی انجام می‌پذیرد و متولی آن بالطبع دولت می‌باشد در یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی متولی انجام کار یک کنسرسیوم یا شرکت، موسوم به شرکت پروژه است، شرکت پروژه به وسیله بخش خصوصی و یا با پشتوانه سهام عمومی اداره و تأمین مالی می‌شود و خدمات مورد نیاز را در چارچوب یک قرارداد امتیازی دراز مدت و در ازای پرداختی متناسب با سطح خدمات ارائه شده به بخش عمومی عرضه می‌نماید، خصیصه حاکمیتی در ید بخش عمومی به مثابه یک ابزار قانونی در جهت نیل به تنسيق تصمیمات و فعالیت‌های بخش خصوصی عمل خواهد کرد.

در حالی که این امر مسلم است که توافق‌نامه‌های پروژه بسته به اطراف مشارکت و نیز دسته‌بندی‌های خاصی که از قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی وجود دارد می‌تواند متفاوت باشد، لکن مسائل و موضوعات مختلفی وجود دارد که دائماً در همه توافق‌نامه‌های پروژه در حال تکرار است، شماری از این موضوعات مرتبط است با محتویات قراردادی راجع به تأمین مالی، طراحی، ساخت و ساز، بهره‌برداری،

نگهداری، مسائل مرتبط با امکانات سخت‌افزاری جهت اجرای پروژه من جمله زمین، توافقات مرتبط با حوزه ضمانت قراردادی، آیین دادرسی فصل اختلافات حادث شده، و روند ایجاد تغییر در قرارداد- عوامل مذکور در جریان توسعه کمی و کیفی توافق نامه‌های پروژه می‌تواند شکلی نسبتاً ثابت به خود گرفته و محدوده نسبی آن روشن گردد.

سیاق اداری

یک چارچوب حقوقی مطلوب برای بخش خصوصی که حقوقی را به این بخش اعطا کرده و یا از حقوق آن حراست می‌نماید زمانی با ارزش خواهد شد که با اتکا به پشتوانه یک سیستم اداره عمومی بیمه شود. در واقع در یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی به لحاظ چارچوب‌بندی و تحدید اداری رسالتی در باره دولت تعریف می‌شود و آن عبارت از نقشی است که دولت از جهت اعمال مواظبت کلی در طول مدت پروژه دارد جنبه‌هایی از این مواظبت را شاید بتوان بازرسی، نظارت، و ظابطه‌گذاری تعریف کرد از سوی دیگر یکی از مهمترین کارکردهای دولت در این خصوص منظور نمودن روند شکلی و اجرایی تحصیل خدمات همگانی است. در نهایت با طی این مسیر است که قرارداد به بار نشست، به اهداف از پیش تعیین شده خواهد رسید.

۴-۴- تناسب خدمت بخش خصوصی با پول دریافتی (اصل تناسب)

یکی از اصولی که قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی را از چارچوب‌های سنتی خدمت رسانی همگانی تمیز می‌دهد آن است که علی‌القاعده بخش عمومی باید ترجیح دهد تا در ازای هزینه‌ای که انجام می‌دهد بیشترین استفاده نصیب آن بخش شود. [۱۵] لکن این هدف همیشه سهل‌الوصول نیست و انتخاب بین روش‌های سنتی و الگوی مشارکت عمومی و خصوصی ممکن است تحت تأثیر عواملی صبای اصل تناسب باشد، عواملی همچون تأسیسات نهادینه‌ای و حقوقی، محدوده و پیچیدگی ترتیباتی که در باب لحاظ اصل تناسب، سابق بر این در مورد حصر موضوعیت هر یک از دو روش مشارکت عمومی و خصوصی و چارچوب‌های سنتی پیش‌بینی شده است، الویت‌های سیاسی که در دایره توجه به روش‌های مشارکت عمومی و خصوصی و یا در مقام تأکید بر عدم استفاده از آن شکل می‌گیرد، در دسترس بودن پرسنل کار آزموده جهت تعیین و تأیید اصول تناسب قراردادی، توانایی نهادهای بخش عمومی، ناتوانی در تعیین کمیت و کیفیت و نیز هزینه مخاطرات پروژه و نیز پیچیدگی‌های کلی که در مورد برخی از پروژه‌ها به طور خاص وجود دارد، همه و همه در عداد عواملی است که در مسیر گزینش عامل تناسب به عنوان یکی از فاکتورهای برگزیدن روش‌های قدیمی و یا نوین خدمت‌رسانی همگانی مفید فایده بوده و باید مد نظر قرار گیرد.

۴-۵- جریان در آمد تضمینی

در حالی که بخش خصوصی در تکاپوی تدارک اولین منابع مالی در جهت ارتقای کمی دارایی به منظور

اجرای برنامه می‌باشد، می‌بایست ابزاری جهت باز پرداخت سرمایه در طول مدت قرارداد وجود داشته باشد، جریان درآمد می‌تواند به واسطه آمیزش ترکیبی از منابع مختلف از قبیل پروژه هزینه‌ای، عوارض، افزایش مالیات و موارد دیگر تأمین گردد. لکن این امر باید در طول مدت قرارداد مسلم باشد.

۶-۴- مدیریت ریسک

به منظور دستیابی به هدف رعایت اصل تناسب در یک قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی، مدیریت ریسک از موضوعات محوری پروژه است، در این قراردادها مخاطرات عمدتاً ناشی از شرایط پیچیده قراردادی است در نتیجه به منظور جلوگیری از ایجاد تضاد بین بخش عمومی و خصوصی لازم است که اصل تناسب در روابط بین طرفین به طور دقیق مورد تعریف قرار گرفته و عناصر آن شناخته شود، در واقع همه اطراف قرارداد مشارکت عمومی و خصوصی باید از مخاطرات قرارداد آگاه بوده و نسبت به اینکه چگونه باید در این خصوص عنان آرایش قرارداد را به دست گیرند تمهیدات لازم را اندیشه نمایند، از منظر یک قرارداد مشارکتی تشخیص مخاطرات گوناگون در طول چرخه قراردادی می‌تواند طرح‌ها و نتایج مختلفی را نظر به متفاوت بودن منافع قراردادی و هزینه‌های پروژه ایجاد کند. [۱۶] شناسایی، مدیریت و ارزیابی مخاطرات اختصاص داده شده به پروژه از این منظر اهمیت می‌یابد که مخاطرات مزبور می‌تواند ظرفیت‌های پروژه را به منظور تأمین در آمد کافی جهت ایفای تعهدات قراردادی و بازگشت منطقی سرمایه در معرض تهدید قرار می‌دهد. مدیریت ریسک یک روند مداوم در طول حیات پروژه است، روند مدیریت ریسک می‌تواند در چارچوب فعالیت‌هایی از قبیل آنچه که ذیلاً می‌آید کاهش یابد، اول - شناسایی ریسک؛ که روند مربوط به تعیین کلیه مخاطراتی است که پروژه را تهدید می‌نماید، دوم - ارزیابی ریسک؛ که عبارت است از تعیین درجه احتمال وقوع ریسک و نیز اثرات ریسک محقق شده، سوم - تخصیص ریسک؛ که عبارت از تعیین مسؤولیت ریسک تحقق یافته و اختصاص آن به یک یا هر دو سوی قرارداد، چهارم - کاهش ریسک؛ که اشاره به روندی دارد که به موجب آن بر اساس یک برنامه کنترلی احتمال روی داد ریسک و اثرات ریسک تا سرحد امکان کاهش می‌یابد.

۷-۴- حمایت ذی نفعان

روش مشارکت عمومی و خصوصی در یک تحلیل نهایی با انگیزه انجام یک خدمت عمومی صورت می‌گیرد علی‌هذا نباید ذی نفعان رابطه را تنها بخش عمومی و خصوصی تلقی کرد سهل است که ذی نفع اصلی رابطه بخشی است که انجام پروژه یا ارائه خدمات عمومی جهت تأمین امنیت و رفاه آن صورت می‌گیرد چرا که از قبل یک پروژه عمومی یا خدمتی که صورت می‌گیرد اگر همه افراد جامعه به سبب مقتضیات قلمرو اجراء متمتع نگردند دست کم افراد بسیاری به طریق بی واسطه درگیر بهره از یک برنامه عمومی می‌باشند گروه‌هایی از قبیل کارمندان و کارگران، مطبوعات، اتحادیه‌های کارگری و بسیاری از گروه‌های ذی نفع مرتبط نظرات خود را در مورد مشارکت و مزیت و ارزش آن خواهند داشت، هم از این روست که ارتباط

علنی، آشکار و صادقانه جهت به حداقل رساندن مخالفت‌ها و دشواری‌هایی که پیشروی مشارکت قرار دارد ضروری است.

۸-۴- تعریف دقیق خروجی و نتایج انجام پروژه

بیش از آن که مراحل انجام پروژه حائز اهمیت باشد، نتایج انجام پروژه است که باید به صورت دقیق تعریف شود در واقع تمرکز بر نتایجی که در انتهای قرارداد از آن ناشی می‌شود اصل بوده و فرآیندهایی که به منظور اتمام پروژه صورت می‌گیرد در درجه دوم اهمیت قرار خواهد گرفت در این مورد تمرکز بر فاکتور انعقاد تفاهم‌نامه غیرالزام‌آور که جنبه فراسازشی نداشته باشد از راه‌حل‌هایی است که در معرض تجربه قرار گرفته است، یک تفاهم‌نامه غیرالزام‌آور بایستی متضمن یک بیانیه چشم‌انداز جامع باشد و رسالت‌های مختلف هر یک از دو بخش عمومی و خصوصی که ایفای آن ضروری است، تعریف شده و توسط این هر دو شریک بر ضمه گرفته شود. این راه‌حلی است که می‌تواند طرفین قرارداد را در اتخاذ مناسبترین تصمیم یاری نماید بدون آنکه چشم‌انداز کلی مشارکت به مخاطره افتد، لکن ذکر این نکته نیز حائز اهمیت است که روش سازش در انجام پروژه همیشه بهترین راه‌حل جهت رسیدن به موفقیت پروژه نخواهد بود زیرا خاصه در زمانی که زمینه‌های تفاهم در رابطه با اجزای مختلف برنامه عمومی فراهم نباشد زمینه طولانی شدن موعد ارائه آن را فراهم خواهد نمود لکن غالباً گزینه مناسبی به خصوص به منظور ارائه پروژه‌های خرد خواهد بود. [۱۷]

۵- نتیجه‌گیری

هدف از تأسیس دولت از ابتدا تنسيق امور جامعه بوده است، از طرفی یکی از بارزترین کارکردهای دولت‌ها تأمین رفاه اجتماعی است، ارائه خدمات عمومی به عنوان ابتدایی‌ترین نقش دولت یکی از پایه‌های اساسی رسیدن به چنین رفاه و امنیتی است از این‌رو است که دولت‌های مدرن از آنجا که در جایگاه نمایندگی عمومی قرار می‌گیرند و ارائه بهینه خدمات عمومی در ابعاد کمی و کیفی دل‌مشغولی اصلی آنهاست و از طرفی محدودیت‌های بودجه عمومی و درآمدهای دولتی دغدغه بسیاری از دولت‌ها، خاصه در کشورهای در حال توسعه است اهمیت تمسک به شیوه‌هایی که ضمن پاسخ‌گویی حداکثری به تأمین نیازهای عمومی ملاحظات مرتبط با محدودیت‌های عمومی را نیز مد نظر داشته باشد از اهمیت خاصی برخوردار می‌شود، این جاست که روش‌هایی مانند مشارکت بخش عمومی و خصوصی، یعنی استفاده از توان فعلیت نیافته‌ای که در چشم‌اندازهای آتی خدمت‌رسانی همگانی می‌تواند به مثابه اهرم حرکتی رو به جلو محسوب شود، در افق دید دولت‌ها جلوه‌گر شده، از اهمیت خاصی برخوردار می‌شود، رهاوردهای حاصل از پژوهش مبین آن است که صرف‌نظر از اهتمام ارگان‌های سیاست‌گذار به استفاده از آیین مشارکتی به عنوان نقطه آغاز و مبداء تولد پروژه، تنها از رهگذر یک بستر حقوقی نیرومند است که نه تنها بخش خصوصی در برآوردن نیازهای

عمومی و توسعه پروژه‌های عمرانی ترغیب به آزادسازی سرمایه‌های بالقوه خواهد شد، بلکه هر یک از طرفین رابطه با شناخت حقوق و تعهدات خود زمینه نهادین شدن گونه‌ای تعامل قراردادی را به منظور مشارکت‌های آتی در یک چشم‌انداز افزایش کمی و کیفی فراهم می‌آورند. در این مورد پیشنهاد نگارنده تعریف یک قانون جامع پیرامون قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی است که مشتمل بر تمامی کیفیات مقتضی جهت اجرای مؤثر قراردادهای مزبور باشد. ضرورت توجه روز افزون به ایجاد چنین بسترهایی از یک سو و نیز تعریف بایسته شاکله نظام اداری به عنوان اهرم تولید خروجی پروژه، آموزش مدیران بخش عمومی و تعلیم و توجیه بخش خصوصی با هدف اقبال بخش اخیر به همکاری با بخش عمومی، استفاده از تجربیاتی که در کشورهای دیگر به ویژه در کشورهای در حال توسعه، نظر به برابری نسبی شرایط و امکانات سخت‌افزاری این کشورها با کشور ما، با موفقیت اجرا شده است، و نیز مبالغت پیرامون تأسیس یک ساختار سازمانی منسجم نظیر ایجاد یک نهاد عالی شورایی که متولی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در تمام شئون آن باشد در عداد عواملی است که در پروسه تثبیت و نهادین‌سازی استفاده از الگوی مشارکت عمومی و خصوصی مؤثر است.

تشکر و قدر دانی

با سپاس بی‌پایان از استاد گرانقدر جناب آقای دکتر علومی یزدی، استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی که تقریرات ارزشمند ایشان چراغ راهی در مسیر انجام پژوهش حاضر بوده است.

مراجع

- ۱- قانون مدیریت خدمات کشوری
- ۲- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۳- قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران
- ۴- اساس‌نامه سازمان خصوصی‌سازی
- ۵- قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۶- قانون بودجه سال ۱۳۹۰
- ۷- لایحه بودجه سال ۱۳۹۱
- 8-Thomas,A.cellucci.(July 2010). Innovative Public Private Partnerships: A Pathway to Effectively Solving Problems,u.s. department of homeland security science and technology directorate,4-6
- 9-Nilufa Akhter Khanom,(January 2011), Improving the effects of Public Private Partnerships on ultra poor households in Bangladesh, International Review of Business Research,(7)1, 1
- 10-Kathryn M. Vanden Berk,(2010), Tread Carefully with Public-Private Partnerships, alliance for children & families magazine ,2, 36
- 11- joaquim Miranda Sarmento,(2010), Do Public-Private Partnerships Create, Value for Money for the Public Sector? The Portuguese Experience, OECD Journal on Budgeting ,1,13

- 12-Michael B.Gerard,(september 2001),PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP,INTERNATIONAL MONETARY FUND MAGAZINE,38(3),1-4
- 13- Michael B.Gerard,(september 2001),PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP,INTERNATIONAL MONETARY FUND MAGAZINE,38(3), 12-16
- 14-Hans Wilhelm Alfen, Satyanarayana N. Kalidindi, Stephen Ogunlana, ShouQ-ing Wang, Martinus P. Abednego, Andrea Frank-Jungbecker, Yu-Chien Amber Jan, Yongjian Ke, YuWen Liu, L. Boeing Singh, GuoFu Zhao,(2009), Public-Private Partnership in Infrastructure Development Case Studies from Asia and Europe, Weimar, Germany,Publisher of Bauhaus-Universität Weimar,19-21
- 15-Philippe Burger and Ian Hawkesworth,(2011), How To Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement, OECD Journal on Budgeting,1, 2
- 16-Hans Wilhelm Alfen, Satyanarayana N. Kalidindi, Stephen Ogunlana, ShouQ-ing Wang, Martinus P. Abednego, Andrea Frank-Jungbecker, Yu-Chien Amber Jan, Yongjian Ke, YuWen Liu, L. Boeing Singh, GuoFu Zhao,(2009), Public-Private Partnership in Infrastructure Development Case Studies from Asia and Europe, Weimar, Germany,Publisher of Bauhaus-Universität Weimar,34-35
- 17-Kathryn M. Vanden Berk,(2010), Tread Carefully with Public-Private Partnerships, alliance for children & families magazine ,2,35- 36