

نگرشی در باب تنوع سازمانی مدل‌های قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی از منظر حقوق و نظارت محلی، منطقه‌ای و ملی حاکم بر آنها

محمد علی شمس^۱، ذبیح‌الله شمس
کارشناس ارشد حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه
کارشناس ارشد حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه

چکیده

با گذر زمان بیش از پیش مشخص می‌گردد که دولت‌ها به تنهایی قادر به رویارویی با تقاضای مداوم خدمات نیستند و لازم است به دنبال جلب یاری سایر بخش‌های جامعه باشند. شراکت عمومی، خصوصی (public-private partnership) یکی از امیدبخش‌ترین شکل‌های چنین همکاری‌هایی است. واژه مشارکت عمومی - خصوصی به منظور توصیف طیف روابط ممکن بین دولت‌ها و دیگر سازمان‌های غیردولتی و به منظور اجرای پروژه‌ها یا تأمین خدمات به کار گرفته شده است. لذا تعیین شیوه‌ها، اهداف و فعالیت‌های گروهی نقش به‌سزایی در این حوزه ضروری است. از طرف دیگر لازم است بخش عمومی (دولت)، چارچوب قانونی مناسبی را برای تنظیم قرارداد سرمایه‌گذاری بخش خصوصی ایجاد کند. توجه به این نکته نیز بسیار مفید است که سازوکارها بایستی برای به حداقل رساندن احتمال بروز انحراف و دخل و تصرف نابه‌جا در همه فرآیندهای تدارک عقد یا قرارداد ملحوظ شود و لذا فرآیند قراردادهایی که ناعادلانه پیش‌بینی‌پذیر نباشند، هم مقبولیت سیاسی و هم تمایل بسیاری از سرمایه‌گذاران بخش خصوصی را تنزل می‌دهد. شایان ذکر است در فرآیند شراکت عمومی و خصوصی، بخش خصوصی عموماً ترجیح می‌دهد که قرارداد به مثابه سازوکار اصلی نظارتی عمل کند که بر این مبنا لازم است نظارت محلی، منطقه‌ای و ملی را در بستر ملازمات حقوقی مورد اهمیت قرارداد و مورد بررسی دقیق قرار دهیم. ما در این مقاله برآنیم ابتدا تنوع سازمانی مدل‌های قراردادی مشارکت عمومی - خصوصی از منظر حقوق قراردادی را بررسی، سپس نقش نظارت محلی، منطقه‌ای و ملی حاکم بر آنها را در تأمین مالی این گونه قراردادهای تحلیل نماییم.

واژگان کلیدی: مشارکت عمومی - خصوصی، قرارداد، نظارت، تأمین مالی

مقدمه

مشارکت عمومی - خصوصی اشاره به موافقت صورت گرفته طی قراردادی بین یک بنگاه عمومی و بخش خصوصی دارد که به بخش خصوصی اجازه مشارکت بیشتری در تحویل پروژه‌های زیربنایی می‌دهد. هرچند امروزه خصوصی‌سازی به یکی از مهم‌ترین مباحث رشد و توسعه تبدیل گردیده است، لیکن مشارکت عمومی - خصوصی با وجود تفاوت‌هایی که با خصوصی‌سازی دارد، می‌تواند کمک شایانی به برآورده کردن اهداف اصلی خصوصی‌سازی نماید. کسب‌وکار خصوصی‌سازی شده، فعالیت و کسب‌وکاری است که توسط دولت ایجاد شده و مالکیت آن به بخش خصوصی واگذار گردیده است. این فعالیت ممکن است در بازاری با رقابت بسیار بالا قرار گرفته و انجام شود. مانند یک خط هوایی و یا ممکن است یک موقعیت انحصاری به همراه داشته باشد مانند یک نیروگاه که در آن صورت نیاز مبرمی به یک تنظیم‌کننده فعال وجود خواهد داشت. در مقابل این دیدگاه یک مشارکت عمومی - خصوصی، کسب‌وکار و فعالیتی است بین بخش عمومی و خصوصی که در هیچ‌کدام از حالت‌های فوق نمی‌گنجد. هنگامی که یک پروژه از طریق تأمین مالی اولیه توسط بخش خصوصی صورت می‌پذیرد، پروژه در قالب یک قرارداد بلندمدت به صورتی که در آن وظایف و مسئولیت‌های طرفین در این مشارکت عمومی - خصوصی و همچنین خروجی و نتایج مورد انتظار ذکر گردیده باشد، اجرا خواهد شد. در حالت کلی به یک مشارکت عمومی - خصوصی می‌توان به عنوان یک سرمایه‌گذاری مشترک بین بخش عمومی و خصوصی با تعهدات و الزامات بخش عمومی (دولت) در قالب اسناد قانونی و قرارداد تنظیم شده اشاره کرد. در تمامی حالت‌ها، حدود فعالیت‌های مشارکت عمومی/خصوصی و همچنین منافع بالقوه این مشارکت به جای اینکه از طریق اجبار بازار و یا دخالت‌ها و نفوذ تنظیم‌کننده قانونی صورت بگیرد، به طور مشخص قراردادی شده و قابل استناد خواهد بود. به طور معمول انگیزه‌های بخش خصوصی برای مدیریت در مشارکت‌های عمومی/خصوصی مهم‌ترین عامل موفقیت این مشارکت‌ها می‌باشد. به عنوان مثال می‌توان به دقت، نظارت و پیگیری بخش خصوصی برای حصول سود و بازگشت سرمایه در زمان مشخص اشاره نمود. اما این امر مانع

دخالت غیرمستقیم تنظیم‌کننده نمی‌باشد و تنظیم‌کننده در مواردی که به طور شفاف در قراردادها دیده می‌شود، نقش خود را در پروژه ایفا خواهد نمود.

برخی از کارشناسان این حوزه معتقدند شاید شراکت عمومی و خصوصی در ابتدا راه حل دلخواهی به نظر نرسد چرا که اکثر سازمان‌ها ترجیح می‌دهند همواره از شیوه‌هایی که برایشان آشنا است استفاده کنند و در اهداف و فعالیت گروه‌های دیگری سهمی شوند که مانند آنها می‌اندیشند و عمل می‌کنند. از طرف دیگر دولت‌ها و بنگاه‌های خصوصی مدت‌ها است که تحت توافق‌های ساده‌ای با هم کار می‌کنند. با وجود این اغلب هر دو طرف به روابط پیچیده‌تر تردید دارند. دولت‌ها اغلب این نگرانی را دارند که بنگاه‌های اقتصادی بخش خصوصی به آنان برتری یابند و بنگاه‌های اقتصادی نیز معتقدند که رویکردهای دولتی طاقت فرسا و موجب اتلاف وقت می‌شوند. به عنوان نمونه می‌توان از بروز بحران، انگیزه‌های فردی و عامل واسطه به عنوان زمینه‌های شکل‌گیری مشارکت نام برد. به طور مثال فعالیت‌های عامل خارجی از جمله یک یا چند نهاد بین‌المللی مالی می‌تواند واسطه مورد اطمینان شرکاء قرار گیرد. همچنین از جمله انگیزه‌های مشارکت عمومی و خصوصی می‌توان به اهداف مشترک هر دو طرف در ارتقاء استانداردهای زندگی نام برد. در این راستا دولت‌ها و اجتماعات محلی نیز تمایل دارند سطح زندگی افراد ارتقاء یابد تا به دنبال آن فقر کاهش یابد. بنگاه‌های بخش خصوصی نیز همین را می‌خواهند زیرا که بدین ترتیب افراد بیشتری قادر به خرید محصولات آنان خواهد بود. همچنین هر دو بخش خواستار برقراری ارتباطات بیشتر در سطح محلی به ویژه در بازارهای در حال شکل‌گیری هستند. لذا در ادامه، ضمن بررسی شرایط حاکم بر مشارکت پایدار بخش خصوصی و ملزومات عرفی حاکم بر آن، برخی از ملزومات حقوقی و قانونی اجرای قرارداد مشارکت عمومی- خصوصی در کشور ایران از نگاه تکلیفی دولت بررسی، سپس موضوع تنوع سازمانی مدل‌های قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

۱- شرایط حاکم بر مشارکت پایدار بخش خصوصی

در مشارکت عمومی و خصوصی محیط توانمند نظارتی، قانونی و سیاسی اساس مشارکت پایدار در بخش خصوصی است. بنابراین ضرورت دارد بخش عمومی چهارچوب نظارتی مشخصی را ایجاد کند و نظام تعرفه‌ها (بهای کالا و خدمات) و سازوکارهای یارانه‌ای مناسبی را به

اجرا گذارد. ایجاد چهارچوب نظارت به تنهایی نظارت کارآمد را الزماً تضمین نمی‌کند. به طور دقیق می‌توان گفت که بخش عمومی به تعریف مشخصی از تقسیم مسئولیت‌ها میان حکومت‌های ملی و شهری از یک طرف و تعیین حکم روشنی در خصوص نقش خود به عنوان فراهم آورنده خدمات و ناظر نیاز دارد. در مجموع می‌توان گفت که شرکت‌های بخش خصوصی عموماً ترجیح می‌دهند که قرارداد به مثابه ساز و کار اصلی نظارتی عمل کند و ادارات دولتی اختیارات نظارتی محدودی پس از عقد قرارداد داشته باشند. مفاد ویژه قرارداد که وظایف، اهداف عملکردی، ضوابط تغییر قیمت و رویه‌های رفع اختلاف را مشخص می‌کند بخش خصوصی را قادر می‌سازد که سودمندی معامله را بهتری پیش‌بینی کند و تصمیم بگیرد که در صورت شرکت در قرارداد چه قیمتی را پیشنهاد دهد. با توجه به این ترجیحات، دولت‌ها می‌توانند تصمیمات مهمی را در خصوص درجه نظارتی که خواستار ترک آن هستند به‌ویژه برای قراردادهای بلندمدت بگیرند. از طرف دیگر لازم است بخش عمومی چهارچوب قانونی مناسبی را برای تنظیم قرارداد و سرمایه‌گذاری بخش خصوصی ایجاد کند. در همین زمینه توجه به این نکته بسیار مفید است که سازوکارها بایستی برای به حداقل رساندن احتمال بروز انحراف و دخل و تصرف نابجا در همه فرآیندهای تدارک عقد یا قرارداد ملحوظ شود. فرآیند قراردادهایی که ناعادلانه و پیش‌بینی‌پذیر نباشند هم مقبولیت سیاسی و هم تمایل بسیاری از سرمایه‌گذاران بخش خصوصی را تنزل می‌دهد. شایان ذکر است علاوه بر شرایط نظارتی و قانونی، فضای بد سیاسی ناشی از فشار دوره‌های انتخاباتی، دستور کار شخصی مسؤولان دولتی و موقعیت خاص برخی خدمات (برای نمونه در مورد دسترسی به آب) می‌تواند موانعی را برای شروع یا حفظ همکاری‌های عمومی و خصوصی ایجاد کند. دولت‌ها نیز بایستی در هر زمان ممکن تضمینی را مبنی بر این که عوامل سیاسی موجب فسخ قرارداد شراکت نخواهد شد را برای شرکای بخش خصوصی فراهم سازند.

۲- ملزومات عرفی حاکم بر مشارکت پایدار عمومی و خصوصی

در بسترسازی برقراری مشارکت عمومی و خصوصی در گذر زمان عناصر و ملزومات عرفی خاصی لازم است که می‌توان به "تعهد تأمین منابع"، "ایجاد ظرفیت"، "انعطاف‌پذیری"، "زمان"، "صبر" و "نقش‌ها و مسئولیت‌ها" اشاره نمود. در این راستا به‌منظور افزایش ایمنی ناشی از دل‌بستگی طرفین به موفقیت در چنین مشارکتی لازم است همه شرکاء، تأمین منابع مالی (انسانی و

سرمایه‌ای) را تعهد نموده تا به افزایش موفقیت ناشی از شراکت بیفزاید. شایان ذکر است تأمین منابع مختلف به معنای سهم شدن طرفین در ریسک‌ها و امتیازات است. از طرف دیگر پروژه‌هایی که مستلزم دگرگونی نهادهای قابل توجه و یا سرمایه‌گذاری‌های کلان است، ظرفیت‌سازی و ترسیم خطوط کلی نقش‌ها و مسؤولیت‌های متناسب، عامل ضروری دیگر در برپایی شراکت‌های ثمربخش به شمار می‌آید. اشخاص ذی‌نفع هم^۱ مانند مصرف‌کنندگان خدمات، تأمین‌کنندگان خدمات و حتی دولت به معنای نهاد عمومی نیازمند طراحی و ایجاد ظرفیت هستند. از طرف دیگر، به منظور استفاده هرچه بهتر و کارآمدتر از منابع تخصیص‌یافته در هر دو طرف ضروری است که شراکت‌ها در قالب شیوه هماهنگ سازماندهی شوند. مسؤولیت‌های هر یک از طرفین بایستی از ابتدا به روشنی مشخص گردد تا هیچ ابهامی در وظایفی که هر یک از آنها باید انجام دهند وجود نداشته باشد. افزون بر آن این مسؤولیت‌ها باید با واقع بینی و درک کامل نقاط قوت و ضعف هریک از شرکاء تعریف شود. همچنین بهتر است شراکت‌ها با بهره‌گیری از سایر تجارب تدوین شود ولی در عین حال می‌بایست فرصت‌طلبی لازم را برای بهره‌برداری از مزایای نسبی منابع محلی داشته باشند. در این مدت ایجاد تغییرات در طرح‌های سرمایه‌گذاری و انتخاب فناوری و فعالیت‌های در اولویت در پاسخ به شرایط پیش‌بینی نشده ضروری است. لازم به ذکر است در نظر گرفتن رویه‌های مشخص برای ایجاد چنین تغییراتی در طول حیات پروژه، احتمال اثر منفی آنها را در شراکت می‌کاهد.

۳- شناسایی، ارزیابی، تقسیم و مطرح نمودن ریسک‌های مشارکت

همه طرح‌های شراکت بخش‌های عمومی - خصوصی برای اشخاص ذی‌نفع با ریسک و خطرپذیری همراه است. برای آنکه شراکت ثمر بخش و پایدار باشد لازم است اشخاص ذی‌نفع خطرهایی را بپذیرند لیکن با برنامه‌ریزی دقیق، انجام مشاوره می‌توان ریسک‌ها را به پایین‌ترین حد ممکن کاهش داد تا مشارکت عمومی - خصوصی را تهدید نکند و در چارچوب تمهیدات فراهم شده برای همکاری مهار شوند. از جمله مراحل توجه به ریسک‌ها که می‌تواند به

۱. اشخاص ذی‌نفع شامل بخش عمومی، بخش خصوصی (شرکت‌های بین‌المللی - شرکت‌های داخلی - اتاق بازرگانی) و جامعه مدنی (مصرف‌کنندگان، اتحادیه‌ها) می‌باشند.

سازماندهی مشارکت عمومی- خصوصی کمک شایانی کند می‌توان به شناسایی، ارزیابی، جستجوی راه حل و تقسیم و مطرح نمودن ریسک‌ها اشاره نمود. شایان ذکر است این مراحل ممکن است به‌ویژه در شراکت‌های عمومی- خصوصی کوتاه‌مدت تلفیق شده و یا همپوشانی داشته باشد همچنین کنترل ریسک می‌تواند در شراکت‌های گسترده و بلندمدت بسیار مهم باشد. در این راستا توجه عمیق به ریسک‌های سیاسی، ریسک‌های مالی و ریسک‌هایی که با درآمد عملیاتی و اجرا مرتبطند می‌تواند نقش به‌سزایی در موفقیت مشارکت برعهده داشته باشند. تعیین سطح حمایت عمومی که برای استفاده بخش خصوصی در فراهم آوردن خدمات عمومی به کار می‌رود، حمایت از مقررات مستقل، بازنگری شراکت عمومی- خصوصی برای حفاظت از مصرف‌کنندگان و دست اندرکاران بخش خصوصی، توان بخش خصوصی در پذیرفتن یا سهمیم شدن در ریسک‌های تجاری شراکت عمومی- خصوصی به ویژه زمانی که تأمین مالی بین‌المللی باشد، تطبیق دوره‌های پرداخت وام با طول دوره مشارکت عمومی خصوصی، تأثیرانتشار شاخص تورم در افزایش هزینه‌های عملیاتی از جمله این عوامل می‌باشند.

۴- ملزومات حقوقی و قانونی اجرای قرارداد مشارکت عمومی- خصوصی در ایران از نگاه

تکلیفی دولت

هرچند بخش عمومی و در یک نگاه کلی دولت به بهترین نحو برای فراهم آوردن اطلاعات پروژه مشارکت عمومی خصوصی آمادگی کامل دارد لیکن لازم است به سایر عوامل و احتمالات ممکن نیز توجه کافی داشته و نظارت لازم صورت پذیرد. لذا از دیدگاه قانونی و قانون‌گذاری، بخش عمومی می‌بایست نسبت به بررسی و بازنگری قوانین ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی و مقایسه تطبیقی آنها اقدام نموده و مطالعات راهبردی لازم را صورت دهد. همچنین در بحث صدور مجوزهای دولتی که نهادهای گوناگون همانند سازمان محیط زیست و سازمان‌های حمایت از مصرف‌کننده و تولیدکننده فراهم کرده‌اند تجدیدنظر نماید. در این راستا برگزاری کارگاه‌های آموزشی با کارکنان سازمان‌های دولتی، کارشناسان حقوقی، مالی و فنی و متخصصان اجتماعی در باب منافع انسانی نیز مورد تاکید است. از طرف دیگر با توجه به ضرورت‌های ارزیابی فنی، تجزیه و تحلیل قانونی و مالی پروژه‌ها، ارزیابی اجتماعی و محلی و حتی مصرفی حاکم بر برخی پروژه‌ها لازم است به منظور ارزیابی دارایی‌ها و خدمات فنی، بازنگری چارچوب و اسناد قانونی و

قانون‌گذاری موجود و به منظور ارزیابی شرایط مالی و عملکرد سازمان دولتی و حتی خصوصی، دولت رویکرد تخصصی خاص به این بخش داشته و با به خدمت گرفتن مشاور برای هر موضوع خاص جهت تسهیل انتقال مهارت‌ها و ظرفیت سازی گام بر دارد. افزون بر این نهادهای پژوهشی، دانشگاهی می‌توانند به جمع آوری و یافتن اطلاعات مرتبط کمک کنند. لذا نظر به پرهزینه بودن استفاده از مشاور برای هر موضوعی به منظور تسهیل انتقال مهارت‌ها و ظرفیت سازی عرصه‌های اصلی کار که شامل ارزیابی فنی، تجربه و تحلیل قانونی و مالی و همچنین ارزیابی اجتماعی که شامل مصرف‌کننده نیز می‌شود مورد توجه قرار گیرد. اینک به برخی از محدودیت‌های مشارکتی بخش عمومی - خصوصی اشاره می‌گردد:

۱-۶- قانون‌گذاری و اعمال نظارت و محدودیت‌های ناشی از آن

در باب محیط قانون‌گذاری، جنبه‌های گسترده نظام قانونی و نظارتی موجود می‌تواند به مثابه موانع مهمی برای مشارکت بخش عمومی - خصوصی عمل کنند. برای مثال قوانین و روال مالی، قوانین حاکم بر انعقاد قرارداد ساخت و ساز، قوانین و قواعد فعالیت بخش عمومی و نظایر این‌ها ممکن است برای مشارکت بخش خصوصی مناسب نباشند. در این صورت قوانین مذکور و شیوه اجرای امور باید به دقت مجدداً بررسی شوند و در صورت لزوم برای سازگاری و ترغیب حضور بخش خصوصی اصلاح و تعدیل گردند. مخدوش شدن عوامل مشوق مانند نظام مالیاتی، محدودیت واردات و قوانین کار درکنار قوانین بانکداری، تبادل ارز و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی می‌توانند مانع شراکت بخش خصوصی شوند. بنابراین پیش از آنکه فرصتی برای شراکت در انجام یک طرح مورد تأیید قرار گیرد باید موضوع مورد نظر به دقت بررسی شود و اطمینان حاصل گردد که هیچ قانون یا مقرراتی برای شراکت بخش‌های عمومی - خصوصی در این مورد مانعی به وجود نمی‌آورد. اگر این مرحله انجام نشود ممکن است سرمایه‌گذاری مالی و زمانی فراوانی برای انجام یک کار مشارکتی صورت بگیرد و بعد مشخص شود که انجام این کار در فضای موجود امکان‌پذیر نیست. از طرف دیگر بزرگترین عامل ایجاد مشکل در تعیین سطح عمل برای مشارکت عمومی و خصوصی این است که هزینه‌های طرف بخش خصوصی قرارداد اغلب با هزینه‌هایی که بخش عمومی محاسبه کرده متفاوت است. افزون بر سیاست‌های مالی، مدیران باید به پیامدهای مشارکت مورد نظر بر سایر سیاست‌ها شامل سیاست‌های کاربری و آماده

سازی زمین، منابع انسانی و توسعه اقتصادی توجه کنند. همچنین جایگزینی مقامات مسئول ممکن است موجب شود که میزان توجه به فراگیری نهادینه شده در باره مسایل اصلی، فرصت‌ها و محدودیت‌های مشارکت اندک شود. در هر قراردادی وقتی افراد مسئول عملی ساختن توافق شراکت از کار برکنار می‌شوند، تفاوت فاحشی میان توانایی و نحوه نگرش‌ها به وجود می‌آید. لذا لازم است مقاماتی که مسئولیت تصمیم‌گیری درباره قراردادها به آنها واگذار می‌شود از طریق ظرفیت‌سازی‌های هدفمند مورد حمایت قرار گیرند.

۲-۴- اعمال محدودیت در امور مالی و نقش قانون

مقررات‌زدایی، اجرای اصلاحات ساختاری جدید و مدیریت ورود بخش خصوصی هم از لحاظ سیاسی و هم از نظر فنی مشکل است. لذا محدودیت‌های تأمین مالی و تمایل به سرمایه‌گذاری از طریق اوراق قرضه عمومی اغلب جزء اولین انگیزه‌های ایجاد مشارکت بخش عمومی - خصوصی به شمار می‌آیند. در هر حال امکان دارد موانعی سر راه سرمایه‌گذار موفق بخش خصوصی وجود داشته باشد. مانند عدم خودکفایی مالی طرح و یا عدم حمایت مالی، اعتباری که بخش خصوصی از دولت انتظار دارد. همچنین در مواقعی که می‌بایست بودجه را از بازارهای سرمایه قرض کرد محدودیت‌های بالقوه‌ای در بازارهای سرمایه داخلی و همچنین بین‌المللی ممکن است به وجود آید. برای مثال ممکن است بازار سرمایه داخلی ضعیف باشند و نتوانند برای طرح‌های زیر ساختی، تأمین مالی بلندمدتی را که سررسیدهای طولانی دارند فراهم کنند. به‌علاوه بازارهای بین‌المللی سرمایه نسبت به نوسان‌های نرخ مبادله و برابری ارزش حساس‌اند. لذا به نظر می‌رسد بایستی قانون‌گذار با اتخاذ تدابیر مناسب در راستای حمایت از قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی از طریق روش‌های نوین مانند انتشار اوراق قرضه فضای مناسبی را برای سرمایه‌گذاران فراهم نماید.

۳-۴ - قرارداد و محدودیت‌های ناشی از آن

اگر در حیطه خدمت مورد نظر نوعی عدم اطمینان به بازار یا امور فنی وجود داشته باشد، تعیین مشخصات قرارداد و وظیفه پیچیده‌ای خواهد بود. کاملاً ناممکن است که برای هر پیامدی که احتمال دارد در مدت قانونی قرارداد یا حتی میان مدت آن به وقوع بپیوندد، بتوان تدارک لازم را از

قبل فراهم کردو در نتیجه آنچه که برای پیش‌بینی باقی می‌ماند چگونگی ارتباط این واقع با سرمایه‌گذاری و هزینه‌ها است. در نتیجه برای انواع خدمات حتی ساده‌ترین آنها معمولاً بخش عمومی نقشی مداوم در اجرای قرارداد خواهد داشت که عبارت است از نظارت، سرپرستی و به اجرا گذاشتن قرارداد در طول مدت آن و چانه‌زنی در مورد پیشامدهای غیرمترقبه و نامعلوم. اضافه بر این گونه مشکلات مربوط به قرارداد، نیاز به در نظر گرفتن بندهایی دارد که به دو طرف اجازه دهد در صورت بروز تغییرات پیش‌بینی نشده به مذاکره مجدد بپردازد. چنین مشکلاتی اهمیت این نکته را مشخص می‌کند که طرفین مشارکت باید بتوانند بر وجود نظام قضایی توانمند و مستقل یا مکانیسم‌های دیگری تکیه کنند که در مورد اختلاف نظر بین مدیریت و بخش تسهیلات دآوری کنند. مشکلات مربوط به ویژگی‌های قراردادهای نشان می‌دهد که قراردادهای کوتاه‌مدت مزایایی دارند زیرا در آن صورت پیشامدهای غیرمترقبه آتی کمتری تدارک دیده خواهند شد. البته قراردادهای طولانی مدت هم فرصت به دست آوردن کارایی بیشتر را در اختیار خواهند گذاشت و دارای مزایای دیگری نیز هستند. برای مثال قراردادهای بلندمدت، فرصت بیشتری را برای بازگشت سرمایه در اختیار پیمانکاران خواهند گذاشت و این امر آنان را قادر می‌سازد حوزه خدمات را گسترده‌تر کنند و برای کارکنان بیکار بخش عمومی فرصت اشتغال به وجود آورند.

یکی از مشکلات مهم قراردادهای کوتاه‌مدت این است که در این قراردادها شاید انگیزه نگهداری تجهیزات کاهش یابد و مقامات مسؤول را از سرمایه‌گذاری در دارایی‌های نزول یافته باز دارد. از همین رو ممکن است قراردادهای کوتاه‌مدت با سرمایه‌گذاری کمتر از حد لازم مواجه شوند. از طرف دیگر گرچه جامعه جهانی با سرمایه‌گذاری در شراکت‌های عمومی - خصوصی منافع فراوانی کسب می‌کنند اما زمانی که بازده سرمایه به اندازه کافی سطح ریسک پیش‌بینی شده را جبران نکند سرمایه‌گذاران تمایلی به سرمایه‌گذاری ندارند. یکی از بزرگترین ریسک‌ها عدم اطمینان در مورد نحوه عملکرد مدیریت به عنوان طرف دیگر قرارداد است. در بازارهایی که سرمایه‌گذاری بخش خصوصی پیشینه چندانی ندارد، لازم است که دولت در ابتدا ریسک بیشتری را به عنوان ابزاری برای نشان دادن تعهد خود به اصلاحات تقبل کند. به هر حال در صورتی که یک مورد موفقیت‌آمیز مشارکت بخش عمومی - خصوصی وجود داشته باشد سایر پیمانکاران و سرمایه‌گذاران اغلب پذیرای ریسک بیشتری خواهند بود و این خود به انتقال ریسک بیشتر به آنان می‌انجامد. شایان ذکر است با وجود آنکه نقش‌ها و مسؤولیت‌های بخش عمومی - خصوصی بر

طبق نوع طرح می‌تواند متفاوت باشد، مسؤلیت کلی دولت در مشارکت بخش عمومی - خصوصی تغییر نمی‌کند. به علاوه شراکت عمومی - خصوصی یکی از راه‌های تأمین زیرساخت‌های عمومی و ارائه خدمات زیربنایی است. لذا ایجاد قوانینی روشن برای شراکت (به معنای نظارت هر یک از طرفین بر مشارکت) می‌تواند کارآمدی مشارکت را به طور کلی و نظارت بر آن را به طور مشخص بهبود بخشد. اگر قرار است از حداکثر ظرفیت نظارتی استفاده شود توافق‌نامه داخلی مشارکت باید به دقت تعریف و دربرگیرنده فعالیت‌های مربوط به شراکت، نقش و مسؤلیت‌های هر یک از طرفین و سازوکارهای داوری باشد به عنوان مثال در بحث داوری^۱ ممکن است در قرارداد فردی از افراد خاص و معینی به اسم و رسم به عنوان داور تعیین و تصریح شوند در این صورت نامبردگان با امضاء ذیل قرارداد قبولی خود را جهت داوری اعلام تا به محض حدوث اختلاف طرفین به آنان مراجعه نمایند. همچنین ممکن است در قرارداد فقط توافق در ارجاع به داوری^۲ شرط شود بدون تصریح نام یا تعیین افراد معین و مشخص، در این صورت به محض وصول حصول اختلاف، طرفین داور یا هیات داوری را مطابق قواعد کلی تعیین می‌کنند.

۱. ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی: متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند.

تبصره: در کلیه مورد رجوع به داور، طرفین می‌توانند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار کنند.

۲. در شهر لاهه در کشور هلند علاوه بر دیوان بین‌المللی دادگستری، مرجع مهم دیگری به نام "دیوان دائمی داوری" وجود دارد که اکنون ۸۵ کشور دنیا عضو آن می‌باشند. دیوان دائمی داوری بر خلاف نامش، یک مرجع دائمی و مستمر نیست بلکه سازمانی نسبتاً کم هزینه است که شامل یک دبیرخانه برای نگهداری فهرست داوران و کارشناسان واجد شرایط می‌باشد. این دیوان که در سال ۱۸۹۹ و بر اساس کنوانسیون لاهه تاسیس شد قدیمی‌ترین مرکز داوری بین‌المللی در زمینه حل و فصل اختلافات فراملی است و به تمامی اختلافات بین کشورهای، کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، یا شکورها و سازمان‌های غیر دولتی که نزد آن اقامه شود رسیدگی می‌نماید. دیوان به طرفین که حداقل یکی از آنها باید دولت باشد در تشکیل داوری و در صورت درخواست طرفین در اداره و رهبری آن در "کاخ صلح" یا هر کجای دیگر یاری می‌رساند. دیوان نه تنها اصول و قواعد بسیار مفید در ارتباط با داوری و مشاوره برای حل اختلاف در اختیار دارد بلکه دارای مزایایی خاص چون کمک مالی به دولت‌های در حال توسعه که با مشکلات مالی در حل و فصل اختلافات روبرو هستند می‌باشد.

سپس اختلافات به وجود آمده را جهت حل و فصل بدان ارجاع می‌دهند.^۱ وجود داوری اتاق بازرگانی ایران به عنوان نهاد داوری در جهت حل و فصل اختلافات نمونه‌ای از این موارد است. چنین شفافی در ایجاد اعتبار از طریق نهادهای نظارتی به مشارکت کمک می‌کند و ممکن است موجب افزایش کارآمدی آن شود. گفت‌و شنود طرفین شراکت، سیاستمداران و دیگر مقامات بخش عمومی و همچنین سازمان‌های غیردولتی حس بهتری در مورد شرکت در شراکت بخش‌های عمومی - خصوصی و محدودیت‌هایی که هم بخش عمومی و هم بخش خصوصی با آن مواجه‌اند ایجاد می‌کند. این امر می‌تواند هم داوری‌های عمومی و هم انتظارات اجتماع را تعدیل کند. وقتی پذیرش اجتماعی شراکت‌های عمومی - خصوصی را بتوان ایجاد کرد این احتمال وجود دارد که با چنین تمهیداتی به بازده بیشتری دست یابند به گونه‌ای که همه اعضای ذی‌نفع از آن سود ببرند. لذا در ادامه جهت تحلیل موضوع به بررسی پایه اصلی مشارکت در باب مشروعیت و قانونی بودن امور می‌پردازیم.

۴- مشروعیت و قانونی بودن مشارکت

شراکت به شالوده قانونی قاطع نیاز دارد. این امر محیطی ایمن را برای سرمایه‌گذاران شکل می‌دهد و در عین حال بنیان خردمندان‌های را به وجود می‌آورد که رایه خدمات براساس آن امکان تحقق می‌یابد. چنانچه بنیان قانونی مشارکت مبهم باشد پاسخگویی گروه‌ها ضعیف خواهد بود و همین امر در جای خود رایه موفقیت‌آمیز خدمات مورد نظر را به مخاطره می‌اندازد. در این صورت شراکت‌های خصوصی - عمومی با اعتراض‌های سیاسی مواجه می‌شود یا کل این فرآیند واگذاری قراردادها را با تردید مواجه می‌سازد. نکته قابل توجه در فرآیندهای قانونی توجه به صراحت در حقوق و تعهدات عوامل، وضوح و روشن بودن شالوده قانونی برای شراکت و آشکار بودن امور از طریق چارچوب‌های سیاستگذاری تدوین شده و دسترسی به اطلاعات از منظر مدیریت کارآمد این فرآیندهاست. لهذا پس از انجام امکان‌پذیری مالی و سیاسی شراکت بخش‌های عمومی -

۱. مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی قراردادهای داخلی و خارجی بدین نحو است: ۱- قراردادهای داخلی: صلح کلیه دعاوی داخلی دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد با تصویب هیأت دولت و اطلاع مجلس امکان پذیر است. ۲- دعاوی خارجی: صلح کلیه دعاوی خارجی دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد با تصویب هیأت دولت و مجلس است.

خصوصی، لازم است نسبت به یافتن و اجرای شکل‌های بهینه‌سازی و قراردادی واقع‌گرایانه برای شراکت عمومی - خصوصی که در برگیرنده همه ابعاد فنی، قانونی، مالی و سازمانی در حیطه منابع انسانی، توسعه سازمانی و چارچوب نظارتی باشد مقدمات مناسب سازمانی و قراردادی صورت پذیرد. که در این راستا می‌توان به تنوع سازمانی مدل‌های قراردادی مشارکت عمومی - خصوصی توجه خاصی داشت.

۵. تنوع سازمانی مدل‌های قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی

چارچوب سازمانی شراکت مرحله مهمی در فرآیند تصمیم‌سازی است به منظور ایجاد چارچوبی سازمانی، لازم است بخش عمومی (دولت) نوع چارچوبی را که در رسیدن به اهداف عینی کمک خواهد کرد و امکان واکنش در قبال فرصت‌ها و محدودیت‌های خاص آن را فراهم می‌آورد مدنظر قرار دهد. لذا بخش عمومی می‌بایست مقایسه تمهیدات گوناگون سازمانی را در جهت بسترسازی مناسب‌تر با اهداف پروژه‌ها بررسی و نسبت به ارایه مدل‌های عملیاتی متنوع اقدام نماید. در ذیل به برخی از این مدل‌های عملیاتی در باب قراردادها اشاره می‌گردد.

۱-۵- مدل عقد قرارداد مستقیم

در این مدل بخش خصوصی مستقیماً با بخش عمومی قرارداد منعقد می‌نماید. از آنجا که در چنین قراردادهایی قدرت بخش عمومی قابل‌مقایسه با بخش خصوصی نیست ممکن است علی‌رغم وجود ویژگی‌های خاص مورد استفاده‌های مختلف، مانند حاکم کردن شرایط و مقررات بخش عمومی بر بخش خصوصی قرار گیرد. قراردادهای خدماتی نمونه‌ای از این گونه قراردادهاست. این گونه قراردادها، قراردادهای ساده‌ای هستند که برای وظایف خاصی مانند نصب یا خواندن کنتورها، نظارت بر کاستی‌ها، تعمیر لوله‌ها یا جمع‌آوری حساب‌ها و نظایر آنها به شرکت‌های بخش خصوصی واگذار می‌شود.

۲-۵- مدل سرمایه‌گذاری مشترک

دست‌اندرکاران بخش عمومی و خصوصی مالکیت مشترک دارایی‌های مستقیم و مسئولیت مشترک در ارایه خدمات را تقبل می‌کنند. شرکای بخش عمومی و خصوصی می‌توانند شرکتی

جدید تأسیس کنند یا مالکیت شرکت موجود را با یکدیگر شریک شوند. سرمایه‌گذاری مشترک ماهیتی جدید برای اجرای انواع گوناگون ساختارهای پروژه ایجاد می‌کند. شرکت‌های اقماری ایجاد شده میان شرکت‌های دولتی در قالب حضور کارمندان شرکت تحت عنوان سهام‌داران از یک طرف و شرکت‌های خصوصی نمونه‌ای از این گونه شرکت‌هاست.

۳-۵- مدل شرکت، تولیدی و خدماتی

در این مدل، دولت شرکت مستقل خدماتی و یا تولیدی را ایجاد نموده تا تأمین خدمات مورد نظر را برعهده بگیرد. دولت با این شرکت تنظیم توافق‌نامه‌ای دارد و شرکت مذکور قرارداد مدیریتی با مقاطعه کار خصوصی منعقد می‌کند. این چارچوب سازمانی روابط قراردادی را در سطح بالاتر ایجاد می‌کند.

۴-۵- مدل عقد قرارداد با اجتماع منطقه‌ای

در این مدل موضوع قرارداد به اجتماع منطقه‌ای تفیض گردیده، لکن ممکن است در برخی موارد این نوع ارتباط در قالب قرارداد خاص نباشد. گاهی نیز با برنامه از پیش تعیین شده در جهت ایجاد دگرگونی اقدام به برقراری ارتباط قراردادی با بخش خصوص صورت می‌گیرد. به منظور پایداری این چارچوب سازمانی ممکن است به ظرفیت سازی عمده‌ای در اجتماع منطقه‌ای نیاز باشد. تنظیم ارتباط در قالب طرح‌ریزی دگرگونی شکلی منطقه‌ای میان شهرداری و بخش خصوصی از جمله این گونه ارتباطات است.

۶. نقش انصاف در تنظیم و تفسیر قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی از منظر حقوق در

باب تأمین مالی

از آنجایی که در تنظیم قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی، بخش خصوصی شامل همه افراد جامعه بشری از تابعیت‌های مختلف می‌شود و با توجه به کاربرد انصاف در تفسیر قراردادها در نظام‌های حقوقی و به منظور رفع ابهام و اختلاف در مواردی که قصد مشترک طرفین از متن قرارداد قابل احراز نباشد لازم است با توسل به قانون و عرف و عادت و قرائن و امارات موجود در قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر آن اقدام به تفسیر قرارداد نمود. در این بستر انصاف راهگشای

محکمه در تفسیر قرارداد و تشخیص حق و عدالت است. شایان توجه است در حقوق فرانسه قانون‌گذار فرانسوی در موارد نادری از جمله در تفسیر قرارداد حکم قضایا را به انصاف ارجاع داده است. در این خصوص مواد ۵۶۵، ۱۱۳۵ و ۱۸۵۴ قانون مدنی فرانسه از جمله مقرراتی هستند که ناظر به انصاف بوده و انصاف را مدنظر قرار داده است. همچنین در حقوق انگلستان، انصاف نقش بسیار مهمی در احکام دادگاه‌ها دارد. قاضی انگلیسی در صورتی که از طریق سابقه و رویه قضایی و نیز عرف نتواند راه‌حل قضایا را بدست آورد به انصاف متوسل می‌شود و از طریق انصاف تکلیف قضیه را روشن کرده و حکم مقتضی را صادر می‌نماید. هرچند قانون مدنی ایران بر خلاف ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه که انصاف را در کنار عرف و قانون به عنوان یکی از منابع تعیین‌کننده حدود التزامات قراردادی شناخته است، انصاف را به عنوان عاملی در تفسیر قراردادها در تعیین حدود التزامات ناشی از قرارداد به رسمیت نشناخته است و نامی از آن نبرده است. ولی موارد متعددی وجود دارد که مقررات قانون مدنی از انصاف الهام گرفته و مبتنی بر انصاف وضع گردید که به عنوان مثال می‌توان به ماده ۳۷۷ قانون مدنی در مورد حبس در قراردادهای معوض و ماده ۴۰۲ در مورد خیار تاخیر ثمن اشاره نمود.

۷. توجه به مصونیت قضایی کشورها و مؤسسات دولتی در قراردادها در عرصه بین الملل

دولت‌ها براساس حقوق بین‌الملل و یا معاهدات دو یا چندجانبه دارای مصونیت قضایی هستند یعنی دادگاه‌های یک کشور نمی‌توانند مؤسسات دولتی و یا وزارتخانه‌های کشور دیگری را در قلمرو خود تحت تعقیب قرار دهند یا اموال و دارایی‌های آنها را توقیف نمایند بلکه در موارد لزوم باید از طریق دادگاه‌های همان کشور بر علیه خود آن کشور اقامه دعوا نمود و اگر رسیدگی نگردد از طریق حمایت دیپلماتیک در مراجع بین‌المللی اقامه دعوا به عمل آورد. با این حال گاهی در قراردادهای بین‌المللی لازم می‌شود که وزارتخانه‌ها یا دستگاه‌های دولتی یک کشور در کشور دیگر پاسخگوی برخی تخلفات ناشی از عدم ایفای تعهدات خود گردند. در اینجا به لحاظ اهمیت مراودات بازرگانی در لزوم تسریع در حل و فصل اینگونه موارد معمولاً طرف یا طرفین دولتی در قراردادها با درج ماده‌ای متعهد می‌شوند از حق مصونیت قضایی خود صرف‌نظر کنند تا روند رسیدگی و حل اختلافات آسان‌تر شود و اعتماد متقابل جهت روابط اقتصادی بازرگانی بهتر و بیشتر فراهم گردد. به عنوان مثال دادگاه‌های فرانسه حق تعقیب قانونی وزارت مخابرات ایران را

در خاک خود ندارد فلذا چنانچه وزارتخانه مذکور در فرانسه قراردادی با یک شرکت خصوصی یا دستگاه دولتی منعقد نماید طی ماده‌ای متعهد می‌گردد که اگر به واسطه اختلاف ناشی از عدم ایفای تعهدات یا تخلفات قرارداد پرونده به درخواست طرف دیگر در دادگاه فرانسه مطرح شود از حق مصونیت قضایی خود استفاده نکرده و ضمن حضور در دادگاه رای صادره را خواهد پذیرفت. تأثیر مثبت این عمل بهبود روابط اقتصادی و بازرگانی دو طرف است

۸. دادگاه ملی اقتصادی در باب نظارت ملی و منطقه‌ای حاکم بر تنوع قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی

اکنون دادگاه‌های فراملی و منطقه‌ای متعددی در سطح جهان در کارکردهای متنوعی وجود دارد که می‌توان از دیوان دادگستری اروپایی، دادگاه اروپایی حقوق بشر و دیوان دائمی داوری و . . . به عنوان نمونه نام برد که هر یک دارای صلاحیت خاص و در مواردی دارای محدودیت منطقه جغرافیایی خاصی است. همچنین نهادهای داوری متعددی وجود دارند که در خصوص حل و فصل اختلافات ملی و فراملی فعالیت می‌نمایند بسیاری از این نهادها به اختلافات بین دولت‌ها، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، دولت‌ها و افراد خصوصی و همچنین بین افراد خصوصی با یکدیگر رسیدگی می‌کنند. هرچند از جاذبه‌های اصلی ارجاع دعاوی فراملی به داوری که آن را رقیبی قدرتمند در مقابل دیوان بین‌المللی دادگستری قرار می‌دهد این است که نه تنها افراد خصوصی می‌توانند مستقیماً دعاوی خود را در این مراجع مطرح کنند بلکه در انتخاب داور یا داوری هم نقش به‌سزایی دارند و داوران می‌توانند از میان حقوق‌دانان و یا غیرحقوق‌دانانی که دارای علم و تجربه خاصی درباره مسأله مورد اختلاف هستند یا از بین کارمندان سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی مانند دیوان دائمی داوری لاهه، اتاق بازرگانی بین‌المللی، انجمن داوری آمریکا در نیویورک، مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) در واشنگتن و مراکز داوری منطقه‌ای در کوالالمپور، قاهره یا تهران انتخاب شوند. لیکن با توجه به این که در قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی در سطح کلان و استفاده از سرمایه‌گذاری بخش خصوصی شرایطی فراتر از تابعیت داخلی حاکم است و این نهادها به طور روزافزون با اختلافاتی مواجه هستند که در چارچوب محیط بین‌الملل قرار می‌گیرند مانند رای مرکز ایکسید در سال ۱۹۹۲ در "قضیه شرکت سرمایه‌گذاری اقیانوس آرام جنوبی" به طرفیت کشور مصر (sands, ۱۹۹۶). در این پرونده

خواهان شرکتی بود که برای گسترش مجموع‌های توریستی در منطقه "اهرام" مصر یعنی نزدیک قاهره و حومه آن با دولت مصر قراردادی منعقد کرد. پس از آن مخالفت‌های سیاسی داخلی مصر نسبت به پروژه شکل گرفت و در ماه می ۱۹۷۸ دولت مصر طی بیانیه‌ای اعلام کرد به دلیل وجود آثار باستانی که نیاز به حفاظت دارند و نیز به خاطر تعهدات مصر نسبت به کنوانسیون میراث فرهنگی ۱۹۷۵، منطقه مربوطه در نزدیکی اهرام، سرمایه ملی محسوب و لذا اموال شرکت سرمایه‌گذار مصادره می‌گردد. مرکز ایکسید این ادعا را که مصر بر اساس میراث فرهنگی موظف به مصادره اموال شرکت مذکور است نپذیرفت. مرکز اظهار داشت که "کنوانسیون یونسکو" به خودی خود، اقدامات صورت گرفته توسط خوانده را موجه نمی‌داند و براساس این کنوانسیون انتخاب مکان‌هایی که باید مورد حمایت قرار گیرند از طریق مراجع خارجی معین نمی‌شود. بلکه اختیار تعیین آنها به خود دولت‌ها داده شده است.

به‌علاوه اینکه آیا اصول و قواعد ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی ناشی از کنوانسیون‌های بین‌المللی کارآمد هستند یا خیر بستگی به عملکرد آنها و رعایت این قواعد دارد. در عمل برای تشخیص این امر، نیاز به بررسی تأثیر معاهدات بر مذاکرات و ایجاد روش‌های حل و فصل اختلافات توسط مراجعی است که به عنوان مثال در بانک جهانی، بانک توسعه آسیایی (asian) و بانک توسعه آمریکایی (bank American development -inter) پدید آمده است.

از طرف دیگر حقوق بین‌الملل به ندرت به جنبه‌های داخلی مربوط به جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات رسیدگی می‌کند. به‌علاوه مشکلات متعددی در مورد دعاوی فراملی در مراجع داخلی وجود دارد مانند اینکه اگر دعاوی در دادگاه‌های ملی رسیدگی شود، اعمال صلاحیت قانونی نسبت به خوانده خارجی، خصوصاً اگر این خوانده خارجی باشد ممکن است با مشکلات قابل توجه مواجه شود همچنین متقاعد کردن دادگاه نسبت به اینکه در ارتباط با موضوع دعاوی صلاحیت قانونی دارد و باید قانون خاص را در این خصوص اعمال کند ممکن است با مشکلاتی روبرو شود. بنابراین مثلاً در ایران خواهان باید دادگاه را متقاعد کند که در مورد خوانده خارجی صلاحیت قانونی داشته و اعمال چنین صلاحیتی با توجه به محدودیت‌ها و موانع اقامه دعوا هیچ‌گونه تعارضی با مقررات داخلی و قانون اساسی ندارد. لذا با توجه به این که دادگاه‌ها در رسیدگی به پرونده‌ها عمل می‌کنند و نظر به این که ممکن است بر این اساس که دادگاه‌های داخلی به دلیل مشکلات مربوط به روند دادرسی و یا عدم رعایت بی‌طرفی نمی‌توانند به

مشکلات مشارکت عمومی و خصوصی رسیدگی کرده و ایراد وارد نمایند در این زمینه می‌توان از "دادگاه‌های ملی یا منطقه‌ای" به عنوان راهکار جدیدی نام برد که به موجب آن خواهان تبعه کشور "الف" بتواند علیه خواننده‌ای از کشور "ب" در کشور "ج" به عنوان کشوری بی‌طرف اقامه دعوا نماید. اخیراً موارد بسیار وجود داشته که در آنها شاکیان امریکایی و غیر امریکایی برای احقاق حق خود در دادگاه‌های امریکا بر اساس قواعد عرفی حقوق بین الملل علیه بانک‌ها و صنایع و کارخانه‌های اروپایی در خصوص دوران قتل عام یهودیان طرح دعوا کرده‌اند. (۴۴۰-۴۳۹، ۱۹۹۱، murphy). متوسل شدن به چنین دادگاه‌های بی‌طرفی می‌تواند در دعاوی خسارات مشارکت عمومی - خصوصی فراملی مثرثمر باشد. البته این به معنی بی‌نیازی نسبت به دادگاه مستقل قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی بین المللی نیست.

نتیجه‌گیری

آگاهی عمومی نسبت به مشکلات مشارکت عمومی - خصوصی در باب تنوع قراردادی و همچنین نظارت محلی، منطقه‌ای و ملی، و حتی بین‌المللی حاکم بر آنها به نوبه خود باعث شکل‌گیری این نوع نگرش مشترک گردیده که دولت‌ها و حتی افراد خصوصی برای جلوگیری از خطرات سنگین احتمالی ناشی از نقض تعهدات طرفین قرارداد که می‌تواند بر امنیت زندگی اجتماعی و فردی جامعه تأثیر داشته باشد، قواعد حقوقی جامع و یکسانی را بر روابط خود حاکم بدانند. نمی‌توان انکار کرد که رویه دولت‌ها زمینه و شرایط لازم برای پذیرش قواعد یکسان بین‌المللی را در این زمینه فراهم نموده است. عرف بین‌المللی نیز مقرر می‌نماید که حقوق داخلی باید با قواعد بین‌المللی مربوط به مسؤولیت مدنی یا کیفری ناشی از نقض یک قرارداد (مشارکت عمومی و خصوصی) هماهنگی لازم داشته باشد. در همین راستا در سال‌های اخیر عرف موجود بین دولت‌ها، موافقت‌نامه‌های دوجانبه، آراء و احکام محاکم بین‌المللی و عملکرد متحدالشکل دولت‌ها چه در زمینه حقوق بین‌الملل و چه در زمینه حقوق داخلی برای متعهد کردن دولت‌ها و اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی به رعایت اصول مورد توافق در متون قراردادها مؤثر بوده است. در حال حاضر نزدیک به ۶۰ کشور در قوانین اساسی خود انواع قواعد الزام‌آور را گنجانیده‌اند. نمونه بارز آن جمهوری اسلامی ایران است که این امر را در اصول ۴۰، ۴۴، خود پیش‌بینی کرده است. بنابراین به نظر می‌رسد نیاز به یک سیستم قضایی بین‌المللی کارآمد و متمرکز

که به وسیله آن بتوان از این حقوق اساسی و عرفی بین‌المللی به طور جدی حمایت کرد کاملاً احساس می‌شود. اصل ۱۰ اعلامیه ۱۹۹۲ ریو نیز دسترسی به سیستم اداری و قضایی کارآمد را که شامل مکانیسم‌های جبران خسارت می‌شود امری الزامی میدانند. (ن. ک، لواسانی، ۱۳۷۲).^۱ در رابطه با اقامه دعوا توسط نهادهای غیردولتی در باب قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی بین طرفین، اکنون در مراجعی چون دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا، مرکز ایکسید و دیوان دادگستری اروپایی و مؤسسات غیر دولتی هم می‌توانند اقامه دعوا نمایند. اگر حقوق بین‌الملل در جامعه جهانی به قدری توسعه یابد که به دنبال ایجاد دادگاه جهانی "اقتصادی" باشد به نحوی که ارگان‌های غیر دولتی نیز بتوانند در آن اقامه دعوا کنند باید اسناد تاسیس دادگاه‌ها و مراجع موجود نیز در چنین راستایی اصلاح شود. تغییر در قوانین حاکم بر دیوان بین‌المللی دادگستری به راحتی صورت نمی‌گیرد ولی در مقابل باید اذعان نمود که ایجاد یک دادگاه کاملاً جدید بین‌المللی اقتصادی هم کار آسانی نیست.

1. ... effective access to judicial and administrative proceedings including redress and remedy. shall be provided.

منابع و مأخذ

الف-فارسی

۱. م، سهیل خان، (۱۳۸۴) "شراکت عمومی - خصوصی در خدمات رسانی شهری"، ترجمه مهرداد جواهری پور، چاپ اول، تهران، انتشارات سازمان شهرداری‌ها و دهیاریهای کشور .
۲. حسینی، سید اسماعیل، (۱۳۸۳) "اصول حاکم بر قراردادهای دولتی"، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنامی
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، ج اول، چاپ سیزدهم، انتشارات اسلامیه
۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱)، قانون مدنی در نظم کنونی، چاپ ششم، نشر میزان .
۵. جهانگیر، منصور، (۱۳۸۰)، نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان درباره قانون اساسی، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
۶. کالین پدیلد (۱۳۷۹)، قواعد عمومی قراردادها، ترجمه احسان ا. . . پیرداده بیرانویید، چاپ اول، انتشارات آدنا .
۷. کشاورز، بهمن، (۱۳۷۸)، آیین تنظیم قراردادها، چاپ چهارم، نشر عصر حقوق
۸. سامان نژاد، امیر هوشنگ، (۱۳۷۶)، نمونه قراردادها، چاپ اول، انتشارات فردوسی
۹. ابادزی فومشی، منصور (۱۳۸۲)، نحوه عملی تنظیم قراردادها، چاپ چهارم، انتشارات بهنامی
۱۰. کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا، (۱۳۷۲)، قراردادهای نمونه در تجارت بین الملل، چاپ سوم
۱۱. حبیبی، محمد، (۱۳۷۶)، تنظیم قراردادهای داخلی و بین المللی، چاپ اول، انتشارات گنج دانش،
۱۲. قربانی، فرج ا. . . ، (۱۳۸۱)، مجموعه قوانین و مقررات مربوط به معاملات و اموال دولتی، چاپ اول. انتشارات دانش
۱۳. عیار رضایی، بهمن، (۱۳۷۶)، مجموعه قوانین و مقررات مالی، محاسباتی و حقوقی حاکم بر شرکت‌های دولتی، چاپ اول،
۱۴. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۱۵. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران

۱۶. قانون مسئولیت مدنی جمهوری اسلامی ایران

۱۷. ضیایی بیگدلی، محمد رضا، (۱۳۸۴)، حقوق بین الملل عمومی، چاپ بیستم، گنج دانش

۱۸. کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک و کنوانسیون ۱۹۲۷ ژنو

۱۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی-آثار قراردادها و تعهدات، چاپ اول، انتشارات مجد

ب- خارجی

1- asian contest us shrimp \turtle rule .call for complete lifting of important ban. (28 july 1999). 16 int. trade reports 1250.

2-murphy s. d. "the elsi case:an investment dispute at the international court of justice". (1991). 16 yale journal of int. law 439-440