

بررسی فقهی حقوقی قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران

بهاره حسنی* / محمدحسین بیاتی**

چکیده

طی چند دهه گذشته، با زیاد شدن بدهی های بخش عمومی، اهمیت استفاده از ظرفیت های بخش خصوصی بیش از پیش نمایان شده است؛ با این وجود، عملیاتی کردن مشارکت عمومی - خصوصی، بسته به موضوع مشارکت و قالب قراردادی آن، نیازمند بستر های مناسب قانونی است. در ایران، اگرچه در مواردی قانونگذار به صورت کلی و گذرا وظیفه دولت را به استفاده از مشارکت عمومی - خصوصی یادآوری کرده است، اما علی رغم وجود ریشه های فقهی این نوع از قراردادهای، همچنان انتخاب قالب مناسب قراردادی برای اینگونه مشارکت محلّ سوال است. به نظر می رسد هرچند کلیت قراردادهای مشارکت، عقد شرکت در فقه را تداعی می کند، اما در برخی از مصایق، از عقد شرکت فاصله گرفته و به نهاد هایی همچون اجاره اشخاص و جعاله نزدیک می شود. اگرچه در نظام حقوقی کنونی ایران، زمینه برای استفاده از انواع قراردادهای مشارکت مدنی و خدمت برای تحقق مشارکت عمومی - خصوصی وجود دارد، اما این پژوهش و یافته های آن نشان می دهد که قراردادهای ساخت، بهره برداری، و واگذاری (BOT) مناسب ترین قالب برای چنین مشارکت هایی هستند.

کلیدواژه: مشارکت عمومی - خصوصی، سرمایه گذاری، قراردادهای زیربنایی، جعاله، مشارکت

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی (نویسنده

bahareh.hasani2@gmail.com

مسئول)

** استادیار دانشگاه عدالت

تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۹/۱۸ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۰۸/۲۱

۱- مقدمه

مشارکت عمومی - خصوصی^۱، بخش عمومی و بخش خصوصی را در یک سرمایه گذاری مشترک بلند مدت برای دستیابی به منافع متقابل و با هدف ارائه خدمات عمومی با کیفیت بالا تر گرد هم می آورد. در دهه ۱۹۷۰ میلادی، که بسیاری از کشورها با مشکل بدهی های بالا در بخش عمومی روبرو بودند و از طرفی نیاز برای گسترش زیرساخت ها و تأسیسات زیربنایی به گونه ای روزافزون احساس می شد، دولت ها درصدد تشویق بخش خصوصی، که معمولاً در ایجاد زیرساخت ها دخالتی ندارد، افتادند (Grimsey & Lewis, 2004: 105). نخستین بارقه های چنین تلاشی را می توان در سال ۱۹۹۲، در دولت محافظه کار بریتانیا مشاهده کرد که با تمرکز بر کاهش نیاز بخش عمومی برای استقراض، برنامه هایی را با عنوان PFI^۲ برای تشویق مشارکت عمومی - خصوصی در دستور کار قرار داد. هرچند، از دهه های پیش نیز بسیاری از صاحب نظران بر این عقیده بودند که دولت به تنهایی نمی تواند و نباید تولیدکننده همه کالا های عمومی نظیر زیرساخت ها باشد، بلکه باید کوشید تا زمینه های مناسبی برای استفاده توأمان از ظرفیت های بخش عمومی و خصوصی در تولید این کالاها ایجاد گردد. همین تلاش ها در نهایت، منجر به معرفی و ابداع قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی، به عنوان شیوه ای برای افزایش کارایی اقتصادی گردید (Mitchell-Weaver & Manning, 1991:55). با پذیرش این واقعیت که دلیل اصلی هر نوع همکاری، علایق شخصی و اهداف مشترک است (McQuaid, 2000: 87)، بن مایه مشارکت عمومی - خصوصی را می توان ایجاد فضایی دانست که بر علایق و منافع مشترک شرکاء استوار است.

مشارکت عمومی - خصوصی آنچنان موضوع حائز اهمیت است که در مقدمه مدل نمونه آنستیرال راجع به تأمین مالی پروژه های زیربنایی توسعه بخش خصوصی، بر

1-Public-Private Partnership (also known as PPP, p3 andP3)

2-Private Finance Initiative

نقش مشارکت عمومی - خصوصی در کمک بر ایجاد و مدیریت زیرساخت‌های عمومی برای توسعه اقتصادی و اجتماعی باثبات و تشویق سرمایه‌گذاری‌های خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها و منافع عمومی تأکید شده است. (UNCITRAL Legislative Guide On Privately Financed Infrastructure Projects) اهمیت این موضوع زمانی دو چندان می‌شود که به آمارهای جهانی مبنی بر رتبه ۷۵ ایران در کیفیت زیرساخت‌ها و همچنین نیاز جدی ایران به توسعه زیرساخت‌ها، به ویژه در بخش‌های راه آهن، شبکه‌های آبیاری و زهکشی، فرودگاه و مواردی از این دست توجه شود. (روانشادنیا، ۱۳۹۳: ۲۳).

در تبیین ضرورت نیاز به مشارکت عمومی - خصوصی می‌توان چنین استدلال کرد که حمایت از طرح‌های مشارکت عمومی - خصوصی عمدتاً مبتنی بر منافع بهره‌وری اقتصاد و کاهش بیش از حد اندازه دولت می‌باشد (Star, 1988:16). تجلی این امر در پیدایش و پیشنهاد تأسیس یک قانون خاص برای مشارکت عمومی - خصوصی است تا این نهاد، بهتر و منسجم‌تر به اهداف خود برسد که این مهم به تجربه جهانیان نیز ثابت شده است. از جمله کشورهایی که قانون خاص مشارکت عمومی - خصوصی دارند باید به کشور کره جنوبی، افغانستان، مصر، اوگاندا،^۱ و فرانسه^۲ اشاره کرد.

در این مقاله جهت شناسایی قالب قراردادی مناسب پیرامون مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران، تلاش می‌شود ضمن معرفی این نهاد و بازتعریف حوزه‌های شمول آن، از نظر فقهی نیز ماهیت این نوع از قراردادها مورد بررسی قرار گیرد. علاوه بر این، کارکردها و مزایای استفاده از نهاد مشارکت عمومی - خصوصی

1- <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation/regulation/laws/ppp-and-concession-laws>

2-Order No. 2004-559 of 17 June 2004 on partnership contracts. Version consolidated on 30 July 2008

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۹۲

نیز بازخوانی خواهد شد و قالب های قراردادی مناسب برای این نهاد، بر اساس نظام حقوقی ایران و با توجه به فقه امامیه، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲- مفهوم، مزایا و قلمرو مشارکت عمومی - خصوصی

۲-۱- تعریف مشارکت عمومی - خصوصی

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در تعریف مشارکت عمومی - خصوصی بر جنبه انتقال ریسک از بخش عمومی به بخش خصوصی تأکید ورزیده، و آن را اینگونه تعریف کرده است: «مشارکت عمومی - خصوصی، توافقی است بین دولت و شریک یا شرکای خصوصی است به شیوه ای که ارائه خدمات عمومی منطبق با اهداف بخش عمومی باشد و از طرف دیگر، اهداف بخش خصوصی در دستیابی به سود تأمین گردد. تأثیرگذاری این ترتیبات بستگی به انتقال بخش قابل توجهی از ریسک به بخش خصوصی دارد» (روانشادنی، ۱۳۹۳: ۲۴) در این تعریف، هدف انتقال ریسک آن است که بخشی از ریسک ها به بخش خصوصی منتقل شود تا به بهبود بهره وری در ارائه خدمت عمومی بینجامد. در تعریف دیگری که توسط وزارت امور شهری کانادا ارائه گردید، مشارکت عمومی - خصوصی تمهیداتی در نظر گرفته شد که بین دولت و بخش خصوصی به منظور فراهم آوردن زیرساخت های عمومی، تسهیلات اجتماعی و خدمات مرتبط تعریف می شود (Canadian Public Private Partnership, 1995:5). چنین مشارکت هایی باعث به اشتراک گذاری سرمایه گذاری، ریسک، مسئولیت و پاداش بین شرکای مشخص می شوند. در نگاهی دیگر، دپارتمان محیط زیست و اداره داخلی ایرلند، مشارکت عمومی - خصوصی را مشارکت بین بخش دولتی و بخش خصوصی به منظور ارائه یک پروژه و یا یک سرویس معرفی می نماید که به طور سنتی توسط بخش دولتی ارائه می شود (Guidance Notes (Overview: 6).

از جمع میان این تعاریف می توان مشارکت عمومی - خصوصی را به معنای قرارداد های الزام آور حقوقی تعریف کرد که فی مابین دولت و بخش خصوصی تنظیم می شود و از یک سو، نیاز های پروژه ها (اعم از سرمایه، تخصص و مواردی از این دست) را فراهم می آورد و از سوی دیگر، به منظور فراهم آوردن زیرساخت های عمومی ای که به طور سنتی توسط بخش دولتی ارائه می شده است، بخشی از ریسک های پروژه ها را به طرف مقابل منتقل می نماید.

دو عبارت خصوصی سازی^۱ و مشارکت بخش خصوصی^۲ در محاورات مردم هم به صورت جایگزین و بعضاً هم معنای مشارکت عمومی - خصوصی مورد استفاده قرار می گیرند، لیکن در بیان تفاوت های این دو، باید توجه داشت که اولاً، قرارداد مشارکت بخش خصوصی، تمامی تعهدات را به بخش خصوصی منتقل می کند، حال این که مشارکت عمومی - خصوصی بر مشارکت، به معنای واقعی آن تأکید دارد (کابلی زاده، ۱۳۸۴: ۱۸) ثانیاً، خصوصی سازی معمولاً در بخش هایی امکان پذیر است که آن بخش ذاتاً در حیطه وظایف بخش عمومی قرار نداشته باشد. با این تفصیل، تفاوت عمده مشارکت عمومی - خصوصی و طرح های خصوصی سازی را می توان در این دانست که در اولی، بخش دولتی نقش کلیدی را به عنوان خریدار خدمات ایفا می کند، حال این که در خصوصی سازی به معنای خاص، مشتریان اپراتور خصوصی، کاربران خصوصی هستند. علاوه بر این، در مشارکت های عمومی - خصوصی، دولت عموماً هزینه خدماتی را که عرضه می شوند متقبل می شود و از آنجایی که انتقال مالکیت وجود ندارد، پاسخگویی نیز در مورد ارائه خدمات عمومی بر عهده بخش عمومی باقی می ماند.

۲-۲- اهداف مشارکت عمومی - خصوصی

1-Privatization

2-Private Sector Participation (PSP)

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۹۴

مشارکت عمومی - خصوصی از روش های نوینی است که در چند دهه اخیر، نظر دولت ها را برای اجرای پروژه های زیربنایی به خود جلب کرده است. این شیوه به خصوص در کشور های در حال توسعه، به جهت ضرورت توسعه بخش های مختلف زیربنایی از قبیل حمل و نقل، خطوط بنادر و فرودگاه ها، به گونه ای روز افزون بکار گرفته می شود. از جمله مهم ترین اهداف نهاد مشارکت عمومی - خصوصی می توان اصلاح و بازتعریف بخش عمومی از نظر نقش، انگیزه و نظارت بر عملکرد، بهبود کیفیت ارائه خدمات عمومی، افزایش کمیّت سرمایه گذاری و جذب سرمایه گذاری بیشتر، تعیین سهم منصفانه ای از منافع مشارکت عمومی - خصوصی برای سهامداران و ایجاد ارزش آفرینی با استفاده از مهارت ها و مزیت های بخش خصوصی، تعیین نقش شرکای عمومی و خصوصی در کارآمدترین وضعیت و ترکیب بهترین امکانات و ظرفیت های موجود در بخش عمومی و خصوصی برای نیل به منافع متقابل در فرایند توسعه زیرساخت ها را نام برد.

جلب سرمایه بخش خصوصی، چابکی بیشتر در انجام کارها (European Commission Directorate-General for Regional Policy, 2003:9) و برخورداری از حمایت سیاسی از جمله حمایت های دولت برای اجرای پروژه، بالا بردن ظرفیت نظارتی دولت، تضامین حقوق مالی از طرف دولت و بدست آوردن تخصص مدیریت عملیات و نوآوری بخش خصوصی از مهم ترین مزایای این شیوه است. (Fussell & Beresford, 2009: 64)

۳- الگوهای قراردادی متداول برای مشارکت عمومی - خصوصی

مشارکت بخش عمومی و خصوصی طیف گسترده ای از اشکال قراردادی را در بر می گیرد که در هر یک از آنها درجه دخالت نهاد خصوصی در زیرساخت های عمومی متفاوت است. در ادامه در خصوص مهم ترین الگوهای این قراردادها توضیحاتی ارائه خواهیم داد.

۳-۱- قرارداد های خدمت

در سال ۱۳۴۵ (۱۹۶۶م) اولین قرارداد خدمت در ایران به امضا رسید و این فتح باب دیگری بود که مانند قرارداد های مشارکت ادامه پیدا کرد (موحد، ۱۳۷۶: ۸۰). به موجب یک قرارداد خدمت، دولت (مقامات دولتی) برای انجام یک یا چند وظیفه یا خدمات مشخص و برای یک دوره معین - که به طور معمول بین یک تا سه سال می باشد- یک شرکت خصوصی را به خدمت می گیرد. در این وضعیت، مقام دولتی همچنان ارائه دهنده اصلی خدمات زیرساخت هاست و شریک خصوصی باید خدمات را مطابق با هزینه مندرج در قرارداد انجام داده و با استاندارد های عملکردی تعیین شده توسط بخش دولتی هماهنگ باشد. دولت ها معمولاً به قرارداد های خدماتی تمایل دارند، چراکه پیمانکار بخش خصوصی، کار خود را به خوبی با توجه به دوره محدود و طبیعتاً به دقت تعریف شده دنبال می کند.

قرارداد های پیمانکاری معمولاً گزینه مناسبی برای انجام پروژه ها تلقی می گردند، چراکه دامنه خدمات^۱ به وضوح در آن تعریف می شود و عملکرد پیمانکار در طول پروژه می تواند به راحتی تحت نظارت کارفرما قرار بگیرد. قرارداد پیمانکاری گزینه ای نسبتاً کم خطر برای گسترش نقش بخش خصوصی است و می تواند تأثیر سریع و قابل توجهی در توسعه و بهره برداری از زیرساخت ها داشته باشد. با این وجود، معمولاً قراردادهای حوزه زیرساخت ها به واسطه نبود سرمایه در بخش دولتی و جذب سرمایه گذاری منعقد می شوند. حال این که اگر هدف اصلی از قراردادهای پیمانکاری، جذب سرمایه گذاری باشد، این نوع قرارداد ها نامناسب هستند. قرارداد های مذکور ممکن است بهره برداری را بهبود بخشیده و در نتیجه، برخی از درآمدها را برای مقاصد دیگر حفظ نماید، اما پیمانکار موظف به تأمین مالی نیست و در واقع، اگر منبع دیگری برای تأمین مالی محقق نشود، موقعیت پیمانکار به خطر افتاده و ممکن

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۹۶

است نتواند در زمان مناسب حق الزحمه خود را دریافت کند. این موضوع می تواند موجب تأخیر پروژه گردیده و یا حتی پیمانکار بدون تکمیل وظایف مندرج در قرارداد، پروژه را ترک نماید (جهت مطالعه بیشتر در خصوص مزایا و معایب این قراردادها ر.ک: اعلائی فرد، ۱۳۸۴: ۶۹؛ بنی احمد، ۱۳۸۲: ۱۱۸؛ احمدی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱).

۳-۲- قرارداد های مدیریت^۱

قراردادهای مدیریت، به عنوان مدل توسعه یافته ای از قراردادهای خدمت، تمام یا بخش قابل توجهی از خدمات دولتی (نظیر احداث بزرگراه، بیمارستان، آب و فاضلاب و ...) را در بر می گیرند. در این مدل قراردادی، اگرچه تعهد نهایی برای ارائه خدمات در بخش دولتی باقی می ماند، اما کنترل مدیریت روزانه و اداره آن به شریک یا پیمانکار خصوصی اختصاص داده می شود. در اکثر موارد، شریک خصوصی، سرمایه در گردش را تأمین می کند، اما هیچ منابع مالی ای برای سرمایه گذاری جدید فراهم نمی آورد (Grimsey & Lewis, 2004: 31)

مزیت کلیدی این مدل قراردادی آن است که بدون این که دارایی به بخش خصوصی منتقل شود، به دلیل مدیریت این بخش بر پروژه ها، دستاورد های عملیاتی بسیار بالایی محقق می گردد (Hegstad & Newport, 1987: 87). این نوع قراردادها، نسبت به دیگر انواع قرارداد ها، پیچیدگی کمتری برای توسعه داشته و در نتیجه، کمتر بحث برانگیز می باشند. قرارداد های مذکور به عنوان ابزاری که برای اپراتور خصوصی، نسبتاً کم هزینه می باشند تلقی می شوند، چراکه بخش خصوصی وظیفه تأمین کالا و یا ساخت را به عهده ندارد و صرفاً توان مدیریتی خود را در پروژه بکار می گیرد که طبعاً خدماتی کم هزینه است (Grimsey & Lewis, 2004: 32)

با این حال، در قراردادهای مدیریت، همواره این احتمال وجود دارد که شکاف بین تعهد خدمات و مدیریت از یک سو، و تأمین مالی و برنامه ریزی توسعه ای از سوی دیگر، که از رویه های حيله و تزوير هستند منجر به باز شدن باب سوء استفاده شود. علاوه بر این، در شیوه مذکور، این خطر وجود دارد که پیمانکار از استقلال مدیریت یا اقتدار مورد نیاز برای رسیدن به تغییرات عمیق و پایدار برخوردار نبوده و بعضاً در تعیین دقیق وظایف بخش خصوصی و عمومی دچار اشتباه شود.

۳-۳- قراردادهای اجاره یا افرماژ^۱

به موجب قرارداد اجاره، شریک خصوصی، مسئول ارائه خدمات در تمامیت پروژه و تعهدات مربوط به استانداردهای کیفیتی و خدماتی است. صرفنظر از سرمایه گذاری های جدید و جایگزین، مسئولیت مقام دولتی کماکان باقی می ماند و اپراتور، خدمات را با هزینه و ریسک خود در طول مدت قرارداد اجاره ارائه می دهد. به طور مشخص، اپراتور خصوصی، مسئول خسارات و بدهی های پرداخت نشده مصرف کنندگان است. با این وجود، این قرارداد، فروش دارایی ها به بخش خصوصی را شامل نمی شود. (Grimsey & Lewis, 2004: 33) بر این اساس، استقرار اولیه سیستم توسط مقامات دولتی تأمین شده و متعاقباً قراردادی با یک شرکت خصوصی برای بهره برداری و نگهداری سیستم منعقد می شود.

به موجب قرارداد های اجاره یا افرماژ، سود شریک خصوصی به خرید و فروش خدمات و هزینه تمام شده آن بستگی دارد. مزیت کلیدی این نوع قرارداد ها آن است که مشوق هایی را برای اپراتور خصوصی فراهم می آورد تا برای رسیدن به سطوح بالاتری از کارایی و فروش تلاش کند. در مقایسه با قراردادهای پیمانکاری و یا مدیریتی که اپراتور خصوصی، دریافتی مشخصی دارد، اشکال اصلی این نوع قرارداد ها را می توان درآمد اپراتور دانست که تابعی از میزان تعرفه خدمات و چگونگی

1-Lease or Affermage contracts

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۹۸

تنظیم قرارداد است. علاوه بر این، اگرچه شریک خصوصی در ابتدا نقش و سهمی در فراهم آوری سرمایه ندارد، اما اقداماتی را برای پوشش هزینه استفاده از دارایی ها بر عهده می گیرد. لازم به ذکر است واحدی که این قراردادها را با دولت می بندد متعهد می شود تا سطح استاندارد مورد نظر دولت را در ارائه خدمات رعایت کند. (Noorzai et al, 2013:105)

۳-۴- قرارداد های امتیازی^۱

«امتیاز، عبارت است از حق مخصوصی که معمولاً - و نه ضرورتاً - به صورت انحصاری بوده و جهت انجام سرمایه گذاری در مدت زمان مشخص و منطقه معین اعطا می گردد». به موجب این نوع از قرارداد ها، یک نهاد عمومی یا دولتی اجازه و اختیار ساخت، تعمیر یا تدارک تأسیسات زیربنایی عمومی یا بهره برداری از منابع عمومی را در قبال تعهداتی به طرف دیگر (بخش خصوصی) واگذار می کند. در این شیوه، بخش خصوصی (صاحب امتیاز)، مسئول ارائه خدماتی از قبیل بهره برداری، تعمیر و نگهداری، جمع آوری، مدیریت، ساخت و ساز و بازسازی سیستم در یک منطقه مشخص است، و همزمان، سرمایه گذاری لازم برای ساخت، ارتقا یا گسترش سیستم و نیز تأمین سرمایه در گردش را نیز بر عهده دارد. قرارداد امتیازی معمولاً بازه زمانی ۲۵ تا ۳۰ ساله ای را در بر می گیرد تا اپراتور، زمان کافی برای بازیابی سرمایه گذاری را داشته باشد (Zhigho, 1994:12)

قرارداد های امتیازی راه مؤثری برای جذب سرمایه گذاری خصوصی مورد نیاز برای تأمین مالی ساخت و ساز جدید و یا بازسازی امکانات موجود هستند و مزیت کلیدی ترتیب امتیازی، مشوق هایی است که به اپراتور برای دستیابی به سطوح بهبود کارایی، اثر بخشی و افزایش در بهره وری و افزایش سود ارائه می شود. اشکال کلیدی این شکل از قرارداد ها عبارت از پیچیدگی قرارداد مورد نیاز برای تعریف

1-Concession Contracts

فعالیت اپراتور است. همچنین دولت نیاز به ارتقای ظرفیت نظارتی خود در رابطه با تعرفه ها و نظارت بر عملکرد دارد. قرارداد های امتیازی در مدل جدید امروزه در صنعت نفت اهمیت و کاربرد بسیاری دارد (عامری؛ شیرمردی دزکی، ۱۳۹۳: ۶۴).

۳-۵- قرارداد های ساخت، بهره برداری و انتقال و گونه های مشابه^۱

در این قرارداد ها، شریک خصوصی، سرمایه مورد نیاز برای ساخت و تأسیسات جدید را فراهم می آورد و مهم ترین آن که، به موجب قرارداد، اپراتور خصوصی برای یک دوره زمانی مشخص به عنوان صاحب دارایی شناسایی شده و به این ترتیب، به اپراتور اجازه داده می شود که در زمان قرارداد، علاوه بر بازگشت سرمایه، یک سود منطقی را نیز برای خود حاصل کند. در انعقاد قرارداد های ساخت، بهره برداری و انتقال، عنصر اساسی و اصلی تعیین این نکته است که طرح بعد از چه دوره زمانی و با چه ساز و کاری به دولت واگذار خواهد شد. در پایان پروژه، بخش دولتی که به عنوان مالک پروژه شناخته می شود، می تواند خود به عنوان مسئول، عملیات کار را بر عهده بگیرد. مزیت مهم قرارداد های ساخت، بهره برداری و انتقال این است که با ترکیب مراحل «احداث» و «تعمیر و نگهداری»، بهره بردار را قادر می سازد تا با طراحی درست، امکانات و تخصیص به هنگام منابع و تسهیلات، هزینه های ساخت و بهره برداری را کاهش داده و کارایی عملیاتی پروژه را افزایش دهد (Tsukada, 2006: 153).

بنابراین، این قرارداد ها را می توان ساز و کاری برای مشارکت بخش دولتی و بخش خصوصی دانست که در آن دولت، حق نظارت و حق مالکیت نهایی را برای خود محفوظ نگه می دارد (صادقی، ۱۳۸۵: ۱۳۵). با این حال، متعدد بودن طرفین متعاقد در قرارداد بی.اوتی و این که چه کسی ریسک را در این قرارداد ها تحمل

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی- خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۱۰۰

می کند، باعث شده است که معضل ریسک، از موضوعات مهم در این قرارداد ها تبدیل شود و نقش شروط قراردادی تعیین کننده باشند.

۳-۶- قرارداد های سرمایه گذاری مشترک^۱

سرمایه گذاری مشترک، به مثابه یک چارچوب حقوقی همکاری است که میان چند شخص حقیقی یا حقوقی، شکل گرفته و به موجب آن، مدیریت پروژه و خطر های احتمالی آن میان طرفین تقسیم می گردد (Gutterman,2003:1). امروزه در امریکا لغت (venture) معادل لغت مؤسسه^۲، ولی با تأکید بیشتری بر مفهوم ریسک بکار می رود (Hewitt, 2011:101). به موجب یک قرارداد سرمایه گذاری مشترک، شرکای بخش دولتی و خصوصی می توانند شرکت جدیدی تشکیل داده و یا با مالکیت مشترک شرکت های موجود (از طریق فروش سهام به یک یا چند سرمایه گذار) خصوصی ایجاد شوند. امتیاز کلیدی شرکتی که به این وضعیت تشکیل می شود، امکان حفظ استقلال از دولت است.

اهمیت این موضوع از آن روست که دولت، به عنوان صاحب بخشی از شرکت ممکن است به دخالت در کسب و کار شرکت برای رسیدن به اهداف سیاسی و سوسه شده و از موقعیت خود به عنوان سهامدار استفاده کند. اما از سوی دیگر، وجود دولت این حُسن را دارد که اگر دولت علاقه ای به سود آوری و پایداری شرکت داشته باشد، می تواند برای رفع موانع سیاسی پیش روی آن کمک کند. ساختار سرمایه گذاری مشترک اغلب با قرارداد های اضافی (نظیر امتیاز یا موافقتنامه های عملکرد) همراه است که در واقع، انتظارات شرکت را مشخص می کنند. جوینت ونچر، مشارکت واقعی بخش های دولتی و خصوصی با مزایای استفاده از بخش خصوصی است که با

1-Joint Venture Contracts

2-Enterprise

دغدغه های اجتماعی و دانش محلی بخش عمومی مطابقت دارند. علی رغم این مزیت مهم، نقش دو گانه دولت به عنوان مالک و تنظیم کننده می تواند منجر به تضاد منافع شود. در سرمایه گذاری مشترک کمتر تمایل مستقیم به مذاکره و یا دنبال کردن یک مسیر تدارکات رسمی وجود دارد، که می تواند منجر به نگرانی و فساد شود. (Buchel, 1998:43)

۴- تحلیل فقهی قرارداد های مشارکت عمومی-خصوصی

اگر چه در فقه، قراردادی تحت عنوان قرارداد مشارکت بخش عمومی و خصوصی وجود ندارد، اما به عنوان کلی عقود بیان شده است که با مکانیسم قراردادهای مشارکت بخش عمومی - خصوصی قرابت دارد؛ قرارداد هایی همچون مشارکت و جعاله را می توان در این زمره دانست.

همان گونه که در تعریف «مشارکت عمومی - خصوصی» نیز بیان شد، در این نوع از قرارداد ها، بخشی از ریسک سرمایه گذاری با هدف بهبود بهره وری در ارائه خدمت عمومی به بخش خصوصی منتقل می شود. با توجه به این خصیصه و هدف مشارکت بخش عمومی و خصوصی می توان بر این باور بود که این قرارداد به نوعی با قرارداد مشارکت مندرج در فقه نیز شباهت خواهد داشت. به عبارت دیگر، هر چند قرارداد های مشارکت بخش عمومی و خصوصی در عمل ممکن است در جزئیات و هدف با یکدیگر متفاوت باشند، اما در کلیت با یکدیگر مشابهت دارند. شرکت در فقه به اسباب متفاوتی همچون ارث، حیازت مباحات، ممزوج شدن و عقد ممکن است حاصل شود (شهید ثانی، ۱۳۹۲: ۱۷۱).

شرکتی که در عقد امامیه صحیح بوده به «شرکت عنان» مشهور می باشد (همان: ۱۷۱) بر اساس این عقد، طرفین به میزان مشارکت خود در منافع و ضرر حاصل از مشارکت خود به میزان حصه خود شریک هستند. این در

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۱۰۲

حالی است که در مشارکت بخش عمومی و بخش خصوصی نیز بخش خصوصی، در سود آوری کار شریک می گردد. برای مثال، در قرارداد «سرمایه گذاری مشترک» با توجه به این که در این قرارداد، مدیریت پروژه و خطر های احتمالی آن میان طرفین تقسیم می گردد، نوعی قرارداد شرکت می باشد.

همچنین قرارداد «قرارداد های ساخت، بهره برداری و انتقال» را می توان نوعی قرارداد شرکت دانست؛ چرا که در این نوع از قرارداد، اپراتور خصوصی با سرمایه گذاری در پروژه مورد نظر، برای یک دوره زمانی مشخص به عنوان صاحب دارایی شناسایی شده و در نتیجه، در منافع پروژه نیز سهم خواهد شد. با توجه به این که پروژه مورد نظر بعد از دوره زمانی خاص و با ساز و کاری از پیش تعیین شده به دولت واگذار می شود در نهایت، طرح مورد نظر به مالکیت دولت در خواهد آمد. این نوع از مشارکت را می توان نوعی از مشارکت کاهنده دانست که در رویه کنونی نیز مورد توجه قرار گرفته است (معصومی نیا؛ شهیدی نسب، ۱۳۸۸: ۱۰۲).

علی رغم این که ماهیت کلی مشارکت خصوصی و عمومی را می توان عقد شرکت دانست، اما برخی از مصادیق آن با مشارکت تفاوت داشته و حسب مورد ممکن است، بتوان آن را با عقد اجاره و جعاله مقایسه نمود. برای مثال، به نظر می رسد قرارداد های مدیریت را بتوان نوعی قرارداد جعاله دانست؛ زیرا بخش خصوصی هزینه های سرمایه گذاری را متقبل نگردیده، و صرفاً خدمت خود را در اختیار بخش عمومی قرار داده و در مقابل، اقدام به دریافت اجرت می نماید؛ زیرا جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در برابر عملی، اعم از این که طرف، معین یا غیر معین باشد.

۱۰۳ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷

در این عقد نه تنها تعیین عامل ضرورت ندارد بلکه عمل هم ممکن است مردّد باشد و یا کیفیّات آن نامعلوم باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۲: ۲۳۴). در قرارداد های خدمت نیز وضعیتی شبیه به قرارداد مدیریت بوده و در اینگونه از قراردادها نیز دولت، بخش خصوصی را بدون انجام هیچ گونه سرمایه گذاری جهت انجام برخی از امور به خدمت می گیرد. لازم به ذکر است که نسبت به ماهیّت جعاله میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ به طوری که عده ای (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۹/۳۵؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۱۱۶/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۱۶۵/۲) اعتقاد دارند جعاله ایقاع بوده و عده ای دیگر (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳۲/۳؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۱۸۹/۶) آن را عقد دانسته اند. هر یک از دو گروه، استدلال های خاصّ خود را دارند، لکن آن چه که در این زمینه بیان شده منطبق بر جعاله عامّ بوده و قدر متیقّن، جعاله خاصّ دارای ماهیّت عقدی می باشد، زیرا مبنای آن توافق طرفین است. در مورد قراردادهای مشارکت که بخش عمومی و بخش خصوصی معین اقدام به انعقاد قرارداد می نمایند، ضمن قرارداد دانستن اینگونه از عقود، با توجه به این که بخش خصوصی در مقابل انجام برخی از اقدامات معین و غیر معین، اقدام به دریافت اجرت می کند می توان این قرارداد را نوعی عقد جعاله دانست.

البته این امر را شاید بتوان به نوعی با اجاره اشخاص در فقه نیز مقایسه نمود؛ زیرا بر اساس قرارداد اجاره اشخاص در فقه نیز موجر، در مقابل ارائه خدمت به مستاجر، اقدام به دریافت اجرت می نماید. به نظر می رسد با توجه به کیفیّات انعقاد عقد، می توان جعاله بودن و یا اجاره اشخاص بودن قرارداد منعقد را تعیین نمود.

باید توجه نمود که بر خلاف عنوان قرارداد اجاره یا افرماژ، ماهیّت این قرارداد را نمی توان اجاره دانست؛ زیرا در قرارداد اجاره، مستاجر، مالک منافع عین مستاجر می شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۰/۲) و در مقابل، مستاجر باید مال الاجاره مشخص را در مواعد معین به موجر پرداخت نماید؛ در غیر این صورت، اجاره باطل خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۸۹/۲) به عبارت

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۱۰۴
دیگر، صحت معوض در عقد اجاره مستلزم این واقعیت است که هر یک از
عوضین به ملکیت دیگری در آید (شهید ثانی، ۱۳۹۲: ۲۰۲) در حالی که در
موجب قرارداد های اجاره یا افراژ، سود شریک خصوصی به خرید و فروش
خدمات و هزینه تمام شده آن بستگی دارد.

۵- جایگاه قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران

بکارگیری ساز و کار مشارکت عمومی - خصوصی در هر کشور، مستلزم وجود
زیرساخت های قانونی و ایجاد بستر های مناسب و مرتبط با آن است. حال آن که در
حال حاضر، در حوزه مشارکت بخش عمومی و خصوصی و توسعه زیرساخت ها در
ایران مقررات عموماً کلی و پراکنده ای وجود دارد که در بخش های خاص و با توجه
به نیاز های همان بخش تدوین شده و حتی گاهی محدود به مدت زمان بندی مقررات
(برنامه پنج ساله و سالیانه) می باشد.

۱-۵- قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در قوانین بودجه

در برنامه پنجم توسعه، قانونگذار به صراحت از مشارکت عمومی - خصوصی نام
برده و در ماده ۲۱۴ بند ب قانون مذکور، ضمن توجه به روش های اجرائی مناسب،
نظیر «تأمین منابع مالی، ساخت، بهره برداری و واگذاری، طراحی و ساخت کلید در
دست، مشارکت بخش عمومی خصوصی و یا ساخت، بهره برداری و مالکیت»، دولت
مکلف به پیش بینی تضمین های کافی گردیده است.

متعاقباً قانونگذار در اجرای بند ب ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه
جمهوری اسلامی ایران و به منظور استفاده از ظرفیت های بخش غیر دولتی در قانون
بودجه سال ۹۲ و نیز در بند ل ماده ۲۳ قانون بودجه سال ۹۳ مقرر نموده است که
معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور موظف است جمع اطلاعات،

۱۰۵ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷

تسهیل اخذ مجوزها و تضمینها، تدوین دستور العملها، تشخیص صلاحیت شرکتها، هماهنگی بین دستگاهها و پشتیبانی راهبردی از مشارکت عمومی - خصوصی را برای راه اندازی فرآیند سرمایه گذاری، ساخت و بهره برداری انجام داده و گزارش اقدامات مربوطه را به مجلس شورای اسلامی ارائه کند. دستگاههای اجرایی نیز موظفند هماهنگی لازم را با آن معاونت به عمل آورند.

نهایتاً در قانون بودجه سال ۹۴ در بنده تبصره ۱۹ مقرر گردیده است که در اجرای بند ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران و به منظور استفاده از ظرفیتهای بخش خصوصی، کلیه دستگاههای اجرایی مجازند برای شروع عملیات اجرایی پروژهها و طرحهای تملک داراییهای سرمایه ای خود و طرحهای مصوب مجامع عمومی شرکتهای دولتی، از طریق روشهای مشارکت با بخش خصوصی اقدام نمایند. شرکتهای آب و فاضلاب شهری مکلفند در مواردی که متقاضی بخش خصوصی وجود دارد، به منظور تکمیل و توسعه طرحهای جمع آوری، انتقال و تصفیه فاضلاب، نسبت به عقد قرارداد فروش و یا پیش فروش پساب خروجی تأسیسات موجود و یا طرحهای توسعه آتی در قالب انواع قراردادهای مشارکتی با بخش خصوصی اقدام کنند. با کمی تأمل در قوانین بودجه که به دنبال عملیاتی کردن مشارکت عمومی - خصوصی بوده اند به این مهم پی می بریم که گرچه در این قوانین، از قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی به طور صریح نام برده نشده است، لیکن تأکیدی که بر استفاده از انواع قراردادهای مشارکتی با بخش خصوصی شده است، می تواند طیف گسترده ای از قراردادها را شامل شود که با توجه به محیط حقوقی کشور باید الگوی مناسب شناسایی و ارائه گردد.

در حال حاضر، چنین به نظر می رسد که فقدان وجود ترتیبات قراردادی و نیز یک قانون جامع و مانع در خصوص مشارکت بخشهای عمومی - خصوصی می تواند بزرگترین ریسک و خلأ قانونی قلمداد شود (عزیزی، ۱۳۹۱: ۶۸۳). لیکن نباید فراموش کرد که ماده ۱۱۱ قانون برنامه پنجم مقرر داشته است که دولت متناسب با نیاز

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۱۰۶

های روز و ضرورت های تحقق اهداف برنامه و به منظور افزایش کارایی، حداکثر ظرف شش ماه پس از تصویب این قانون (برنامه پنجم)، نسبت به شناسایی و اصلاح قوانین و مقررات بر حسب ضرورت و تعیین و ایجاد مشوق ها به تناسب نیاز روز و رقابت های بین المللی برای جذب بیشتر سرمایه گذاری خارجی اقدام قانونی نماید (شیروی؛ خدادادپور، ۱۳۹۳: ۲۴۱).

۲-۵- الگوی قراردادی منطبق با نظام حقوقی ایران

گفته شد که مشارکت عمومی - خصوصی ترتیبات قراردادی طولانی مدت میان نهاد های بخش دولتی و بخش خصوصی است که اصولاً با هدف تأمین مالی، طراحی، عملیاتی کردن و بهره برداری از تأسیسات زیربنایی و خدماتی انجام گیرد. با توجه به بستر حقوقی موجود پیرامون استفاده از قرارداد ها برای جذب سرمایه گذاری و توسعه زیرساخت ها، چنین به نظر می رسد که «قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱» دستاویز مناسبی باشد؛ چراکه اولین قانون مصوب مجلس است که صریحاً به روش «ساخت، بهره برداری و واگذاری» به عنوان یک شیوه سرمایه گذاری خارجی (در ضمن ماده ۳) اشاره دارد.

اگرچه بند ب ماده ۳ این قانون، پذیرش سرمایه گذاری خارجی در چارچوب ترتیبات قراردادی «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل»، و «ساخت، بهره برداری و واگذاری» را مورد تأکید قرار داده است، لیکن با توجه به نگرش کلی به مقوله مشارکت بخش خصوصی داخلی و خارجی در فعالیت های کلان اقتصادی و محدودیت های قانون اساسی، چنین به نظر می رسد که در واقع، قالب «ساخت، بهره برداری و انتقال» مورد توجه خاص قرار گرفته است؛ چراکه دولت می تواند از این طریق، در عین بهره مندی از سرمایه، تکنولوژی و مدیریت بخش خصوصی داخلی و خارجی، حاکمیت و کنترل خود را بر پروژه های عمومی و زیربنایی حفظ نموده و با محدودیت های قانون اساسی مواجه نشود.

۵-۲-۱- مشارکت مدنی

۱۰۷ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷

در نظام حقوقی ایران در خصوص «مشارکت مدنی» می توان اینگونه استدلال کرد که در پیش نویس لایحه اصلاح قانون تجارت، واژه جدیدی تحت عنوان «گروه اقتصادی با منافع مشترک» پیش بینی گردیده و نیز در باب جدیدی به سرمایه گذاری مشترک و کنسرسیوم با ملاحظه حقوق اروپا و مقررات مربوطه در کشور های پیشرفته پرداخته شده است. بر اساس ماده ۱۰۱ لایحه مذکور، «گروه اقتصادی با منافع مشترک» عبارت است از «دو یا چند شخص که به منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجارتي و افزایش نتایج فعالیت های اعضای گروه، به موجب قرارداد برای دوره محدود تشکیل می شود». ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی نیز «تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک، با مشارکت دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی به منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجاری برای یک دوره محدود و بر اساس قرارداد کتبی پس از ثبت در مرجع ثبت شرکت ها در قالب شرکت مدنی و ضوابط و شرایط مربوط به آن و با رعایت موازین اسلامی و اصل منع اضرار به غیر و منع انحصار» مجاز شمرده شده است (باستانی، ۱۳۹۰: ۵۹).

با عنایت به مفاد قوانین فوق الذکر می توان گفت که گروه اقتصادی با منافع مشترک در حقوق ایران با واژه «جوینت ونچر» در ادبیات حقوقی بین المللی مترادف بوده و همچنین به نظر می رسد که منظور از چارچوب «مشارکت مدنی» در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و سایر قوانین و مقررات، همان سرمایه گذاری در قالب گروه اقتصادی با منافع مشترک است که در قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی و لایحه اصلاح قانون تجارت به آن اشاره شد (غمامی، ۱۳۹۱: ۷۶۸). بنابراین، چنین به نظر می رسد که ظرفیت استفاده از این نوع قرارداد برای جذب سرمایه گذاری و توسعه زیرساخت های کشور با ملاک قرار دادن شاخصه های اصلی پیرامون نهاد مشارکت عمومی - خصوصی وجود دارد.

۲-۵- بیع متقابل

بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۱۰۸

در قرارداد های بیع متقابل که نوعی از تجارت متقابل شناخته می شوند، کالا و خدمات صادر شده و کالا هایی که متقابل باز خرید می شوند در یک فرایند تولیدی به یکدیگر مرتبط هستند. در این قراردادها یک شرکت خارجی متعهد می شود تا از طریق ماشین آلات، مواد، تکنولوژی، دانش فنی و دیگر کمک های فنی، مالی و اقتصادی به کشور وارد کنند تا یک واحد اقتصادی و تولیدی راه اندازی نماید و در مقابل، موافقت می کند تا هزینه خود را از طریق باز خرید محصولات حاصل از پروژه مورد نظر مستهلک نماید (جهت مطالعه بیشتر در خصوص این قرارداد ر.ک: عزیزاللهی، ۱۳۸۴: ۹؛ علیدوستی، ۱۳۸۵: ۵۴۳؛ درویشی؛ فیاضی، ۱۳۹۱: ۹۰).

این در حالی است که وضعیت قراردادی بیع متقابل مصرح در ماده سه قانون تشویق سرمایه گذاری کاملاً متفاوت است، چراکه بیع متقابل تنظیم شده در صنعت نفت و گاز، یک نوع قرارداد پیمانکاری خطر پذیر به شمار می آید. در این نوع قرارداد ها، بخش خصوصی مکلف است به هزینه و ریسک خود نسبت به انجام عملیات اکتشافی اقدام کرده و چنان چه این عملیات، منجر به کشف میدان نفتی در حد تجاری و در طول مدت قرارداد گردید، پیشنهاد منطقی برای توسعه و استخراج نفت و گاز به دولت میزبان ارائه نماید. در صورت قبول این پیشنهاد از سوی دولت میزبان، قراردادی برای توسعه و استخراج منعقد می گردد و شرکت خصوصی، هزینه عملیات اکتشافی و توسعه و سود متعارف فعالیت های خود را از محل فروش نفت و گاز تحصیل می نماید (ایرانپور، ۱۳۸۷: ۲۶).

با توجه به انگار هایی که نسبت به مشارکت عمومی - خصوصی در مباحث پیشین مطرح کردیم، به نظر می رسد نمی توان قرارداد بیع متقابل را داخل در طیف گسترده قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی دانست،

چراکه در واقع، نوع عملیاتی شده این قالب قراردادی با نوع تعریف شده بین المللی آن متفاوت بوده و در واقع، در این قالب قراردادی نمی توان طرفین قرارداد را در حداکثر کارایی و جذب سرمایه گذاری دید.

۵-۲-۳- قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری

فلسفه وجودی قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری بر این مبنا استوار است که بخش دولتی قادر نیست و یا تمایل ندارد منابع مالی لازم جهت اجرای یک طرح اقتصادی و یا یک پروژه زیربنایی را تأمین نموده و خود آن را مورد اجرا و بهره برداری قرار دهد و ریسک اجرای به هنگام پروژه و کیفیت آن بر عهده بخش خصوصی قرار می گیرد (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱: ۹۴). به همین دلیل و با هدف آزادسازی اقتصادی، جلب سرمایه های خارجی، دسترسی به تکنولوژی پیشرفته و دانش فنی و بهره مندی از مدیریت کارآمد، قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری مورد توجه دولت ایران قرار گرفت و «قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی» نیز این قراردادها را مورد شناسایی و پوشش قرار داد و بستر حقوقی لازم را جهت بهره مندی از آن فراهم آورد.

سؤال این است که آیا سایر ترتیبات قراردادی مشابه، نظیر قراردادهای ساخت، اجاره، واگذاری (BLT)، ساخت، مالکیت، بهره برداری (BOO)، بازسازی، بهره برداری، واگذاری (ROT)، بازسازی، مالکیت، بهره برداری (ROO) و نمونه هایی از این دست نیز می تواند ملاک قرار بگیرد؟ در پاسخ، باید توجه داشت که به نظر نمی رسد قانونگذار فقط به قرارداد «ساخت، بهره برداری و واگذاری» نظر داشته باشد، چراکه با توجه به قسمت اخیر ماده ۳ قانون تشویق که اشعار می دارد «برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت یا بانک ها و یا شرکت های دولتی نباشد» می توان این وجه اشتراک را در سایر ترتیبات قراردادی مشابه قراردادهای «ساخت، بهره برداری و واگذاری» نیز استفاده کرد.

نتیجه گیری

مشارکت عمومی - خصوصی با جمع ویژگی هر دو بخش عمومی و خصوصی توانسته برای بخش عمومی سرمایه، تخصص، نوآوری و کارایی، و برای بخش خصوصی نیز کاهش هزینه ها، حداکثرسازی سود و دسترسی به عوامل تولید ارزان تر را به ارمغان آورد. در ایران، اگرچه استفاده از نهاد مشارکت عمومی - خصوصی به موجب قانون برنامه پنجم توسعه مورد توجه قرار گرفته و سایر قوانین موجود هم به طور ضمنی این مهم را مورد توجه قرار داده اند، اما همچنان این مقوله توجه بیشتری را می طلبد.

علی رغم این که از نظر فقهی، در مجموع، ماهیت این نوع از قرارداد ها را می توان نوعی عقد شرکت دانست، اما برخی از مصادیق آن با جعاله و اجاره اشخاص، شباهت بیشتری دارد.

از میان الگو های متفاوت قرارداد های مشارکت عمومی - خصوصی، قرارداد های ساخت، بهره برداری و واگذاری با اقبال بیشتری رو برو بوده و در چارچوب فعلی نظام حقوقی ایران نیز امکان منعقد شدن را دارند. با این وجود، هیچ یک از انواع قرارداد به خودی خود، برای مشارکت عمومی - خصوصی مناسب یا نامناسب نیست، بلکه نوع قرارداد تنها چارچوب و ظرفی برای تقسیم منافع ناشی از همکاری را فراهم می آورد. از این منظر، این که چه نوع قراردادی تحت چه شرایطی بتواند منافع طرفین قرارداد را تأمین کند و ظرف قرارداد با چه مظلوفی پر شود، به عوامل متعددی بستگی دارد. محتوای قراردادی هم چیزی جز شروط قراردادی نیست که شامل قانون قرارداد، قانون حاکم و سیستم حل و فصل اختلاف، بیمه، مالیات ها، مسئولیت عمومی، مسائل مربوط به قانون کار، انتقال تکنولوژی، تخصیص ریسک، تخصص و جذب سرمایه، نظارت و کنترل دولت است.

۱۱۱ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷
با توجه به این که در بند ب ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم توسعه به عنوان یکی از
روش های اجرای مناسب، از مشارکت عمومی - خصوصی یاد شده است، چنین به نظر
می رسد که نیاز به وضع یک قانون خاص و جدید، محسوس می باشد.

منابع

- احمدی، فیروز؛ عیسایی تفرشی، محمد؛ شهبازی نیا، مرتضی؛ اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴ش)، تأثیر
متقابل تاخیر مالک و پیمانکار در اجرای قرارداد های پیمانکاری بین المللی،
پژوهش های حقوق تطبیقی، ۲، ۱-۲۳.
- اعلایی فرد، محمد علی (۱۳۸۴ش)، اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی، عدالت
آراء، ۱، ۵۶-۶۹.
- ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۷ش)، انواع قرارداد های نفتی «تحول قرارداد های نفتی از
قرارداد های معاوضی به سوی قرارداد های مشارکتی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی،
۲، ۲۵-۳۸.
- باستانی، علیرضا (۱۳۹۰ش)، آثار اقتصادی و بستر های قانونی برای تشکیل گروه
اقتصادی با منافع مشترک (جوینت ونچر)، مجله اقتصادی - ماهنامه بررسی مسائل و سیاست
های اقتصادی، ۹ و ۱۰، ۵۳-۷۸.
- بنی احمد، مرتضی (۱۳۸۲ش)، شرایط نابرابری حقوقی در قرارداد های پیمانکاری و
تبعات زیانبار آن، مجلس و پژوهش، ۳۹، ۱۰۳-۱۱۸.
- توسلی جهرمی، منوچهر (۱۳۸۱ش)، قرارداد های بین المللی ساخت، بهره برداری و
انتقال، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۵۸، ۹۳-۱۰۷.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۳۹۲ش)، الروضه البهیة فی شرح اللعمه
الدمشقیة، به کوشش اسدالله لطفی، ج ۹، تهران: مجد.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، ج ۲، قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم:
مؤسسه اسماعیلیان.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، ج ۲، قم: مدینه العلم.

- بررسی فقهی حقوقی قرارداد های مشارکت عمومی- خصوصی در نظام حقوقی ایران - ۱۱۲
- درویشی، بابک؛ فیاضی، روح الله (۱۳۹۱ش)، تحلیل فقهی- حقوقی قرارداد بیع متقابل، آموزه های فقه مدنی، ۶، ۸۹-۱۱۴.
- روانشادنیبا، مهدی (۱۳۹۳ش)، اصول، مقررات و روش های مدیریت پیمان طرح های عمرانی، ج ۲، تهران: سیمای دانش.
- سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق)، منهاج الصالحین، ج ۲، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
- شیروی، عبدالحسین؛ خدادادپور، منیره (۱۳۹۳ش)، مشارکت عمومی خصوصی از منظر قوانین ایران، حقوق خصوصی، ۲، ۲۲۷-۲۶۱.
- صادقی، محسن (۱۳۸۵ش)، بررسی قرارداد های بین المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، پژوهش نامه بازرگانی، ۳۸، ۳۸-۱۲۱-۱۵۶.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- عامری، فیصل؛ شیرمردی دزکی، محمدرضا (۱۳۹۳ش)، قرارداد های امتیازی جدید و منافع کشور های تولیدکننده نفت، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۶، ۶۳-۱۰۸.
- عزیزاللهی، محمدرضا (۱۳۸۴ش)، قرارداد بیع متقابل، روش شناسی علوم انسانی، ۴۴، ۸-۳۱.
- عزیزی، فاطمه (۱۳۹۱ش)، آسیب شناسی قوانین و مقررات در قرارداد های مشارکت بخش عمومی و خصوصی از دیدگاه اقتصادی، مجموعه مقالات همایش مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت ها، تهران، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، ۶۶۳-۶۹۵.
- علیدوستی، ناصر (۱۳۸۵ش)، جنبه های حقوقی امنیتی قرارداد های بیع متقابل، مطالعات راهبردی، ۳۳، ۵۴۳-۵۸۲.
- غمامی، مجید، (۱۳۹۱ش)، مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت ها در ایران بر اساس مبانی مذکور در قانون اساسی و قوانین عادی، مجموعه مقالات همایش مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت ها، تهران، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، ۷۴۱-۷۷۷.
- کابلی زاده، احمد (۱۳۸۴ش)، خصوصی سازی مردم؛ کارایی همراه با عدالت، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.

۱۱۳ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷

- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۶، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

- معصومی نیا، غلامعلی؛ شهیدی نسب، مصطفی (۱۳۸۸ش)، **بررسی فقهی و اقتصادی ابزار تأمین مالی مشارکت کاهنده**، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۳۵، ۹۹-۱۲۸.

- موحد، محمد علی (۱۳۷۶ش)، **قرارداد های نفتی پس از درنگی بیست ساله**، اقتصاد انرژی، ۳ و ۲، ۷۹-۸۷.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- Mitchell-Weaver, Clyde & Manning, Brenda (1991) **Public-Private Partnerships in Third World Development: A Conceptual Overview**, *Studies in Comparative International Development Journal*, Vol 26. 45-67

-McQuaid, Ronald W (2000), **The Theory of Partnerships - Why Have Partnerships**, in: S.P. Osborne (ed.), **managing public-private partnerships for public services**, an International Perspective

-Noorzai, E., Gharouni Jafari, K., Farhang, B. and Va- hedi, B (2013) **Optimal selection of Iran rail projects private partnership financing method using AHP meth-od**, The 6th. Civil Engineering Conference in Asian Region.

-Starr, Paul (1998), **The Meaning of Privatization**: Yale Law and Policy Review 6, 6-41, Princeton University Press. 6-41

-Tsukada, Shunso (2006), **Global Experiences of Public Private Partnership for Highway Development**, Ritsumeikan Journal of Asia Pacific Studies, Vol 25 .149-170

-United Nation (2001), **UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects**, Prepared by The United Nation Commission on International Trade Law, United Nation Publication

-United Nation(2003), **UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects**, New York. Available at: <http://www.uncitral.org/pdf>.

-World Investment Report (2013), **Global Value Chains: Investment and Trade for Development**. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf.

