

بررسی حقوقی اعمال خیار شرط، فسخ و شرط فاسخ در قرارداد B.O.T

محمدعلی سعیدی*

استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد

متین رازقیان

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۱۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۱/۲۵)

چکیده

در قرارداد B.O.T بخش عمومی ساخت پروژه‌ای را به بخش خصوصی محول می‌کند تا پس از بهره‌برداری از پروژه مذکور در مدت زمان معین، آن را به بخش عمومی واگذار کند. بی‌گمان اجرای مفاد قرارداد B.O.T هدف اصلی طرفین آن است. با این حال، ممکن است توافق طرفین، منافع عمومی، نقض تعهدات و تعدر موقت قرارداد B.O.T زمینه‌ساز قطع روابط قراردادی باشد. در این زمینه، در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران مقررات روشن و صریحی وجود ندارد. شایان ذکر است برای خاتمه دادن به قرارداد راهکارهای مختلفی وجود دارد که مهم‌ترین آنها، خیار شرط، فسخ و شرط فاسخ است. در جستار حاضر، نویسندگان بر آن‌اند، با واکاوی متون فقهی و نصوص قانونی، راهکارهای مزبور را در زمینه خاتمه دادن به قرارداد B.O.T تحلیل و تبیین کنند.

واژگان کلیدی

انحلال قرارداد B.O.T، بهره‌برداری و واگذاری، فسخ قرارداد ساخت، قرارداد B.O.T

۱. مقدمه

برای ساخت پروژه‌های زیربنایی که به تأمین مالی بالایی احتیاج دارند، به‌کارگیری سیستم اجرایی کارآمد، برای پیشبرد پروژه‌های مذکور، تضمین مناسبی را ارائه می‌دهد. قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (B.O.T)، می‌تواند روش مساعدی در راستای تأمین مالی و مدیریت ساخت در پروژه‌های زیربنایی کشورهای مختلف به‌خصوص کشورهای در حال توسعه، به‌حساب آید که موجب مشارکت بخش عمومی و خصوصی (P.P.P) در ساخت پروژه‌های زیربنایی می‌شود. در یک تعریف کلی می‌توان گفت، در یک قرارداد متعارف B.O.T پروژه زیربنایی با مجوز بخش عمومی (سرمایه‌پذیر یا به‌عبارتی همان دستگاه‌های اجرایی) توسط یک بخش خصوصی (سرمایه‌گذار در قالب شرکت پروژه) ساخته می‌شود^۳ و سپس برای مدت زمان مشخصی (بین ۱۵ تا ۳۰ سال) مورد بهره‌برداری بخش خصوصی مذکور قرار می‌گیرد و پس از انقضای مدت، پروژه به بخش عمومی طرف قرارداد واگذار می‌شود (شیری، ۱۳۸۰: ۳۳).

با توجه به اصالت لزوم و استثنایی بودن عقد جایز باید گفت که قرارداد B.O.T عقدی لازم است و استثناهای ذکر شده در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ (از جمله ماده ۹)، همان موارد معینه‌ای است که در ماده ۱۸۵ قانون مدنی آمده است (فلاحی، ۱۳۹۳: ۱۲۶).

همان‌طور که می‌دانیم، هدف سرمایه‌پذیر و شرکت پروژه از انعقاد قرارداد B.O.T، تحقق موضوع قرارداد است و تمام تلاش‌هایی که در تنظیم روابط دو طرف به‌عمل می‌آید، همه به‌منظور تصویب اسباب تحقق موضوع قرارداد است، ولی با وجود تلاش و خواست طرف‌های قرارداد، شرایطی در جریان اجرای قرارداد پیش می‌آید که اجرای موضوع قرارداد امکان‌پذیر یا مطلوب نیست و مستلزم قطع روابط قراردادی است.

در مقررات جمهوری اسلامی ایران به‌خصوص در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آیین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۸۱، «که مناسب بود مقرراتی در این زمینه وضع شود»، حکم صریحی در زمینه خاتمه دادن به قرارداد B.O.T پیش‌بینی نشده است. بنابراین، دستگاه‌های اجرایی باید برحسب توافق صورت‌گرفته با طرف قرارداد در حدودی که مقررات درون‌سازمانی آنها اجازه می‌دهد و با بهره‌گیری از منابع فقهی و حقوقی، حکم قضیه را استخراج کنند. همچنین در صورت تمایل می‌توانند در این خصوص، از بخشنامه پیشنهادی

1. Build, Operate & Transfer 2. Public- Private Partnership

۳. در خصوص تعریف دستگاه‌های اجرایی و شرکت پروژه ر.ک: بخشنامه چهارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی- خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، پیوست ۲۱.

چارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی-خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، بهره‌گیرند.^۱

برای خاتمه دادن به قرارداد راه‌حل‌های مختلفی وجود دارد که مهم‌ترین آنها، خیار شرط، فسخ و شرط فاسخ است. حال سؤال این است که آیا سرمایه‌پذیر می‌تواند از خیار شرط برای خاتمه دادن یکجانبه قرارداد B.O.T بهره‌گیرد؟ دلایل فسخ قرارداد B.O.T چیست؟ آیا سرمایه‌پذیر می‌تواند شرط فاسخ را سببی برای خاتمه دادن به قرارداد B.O.T قرار دهد؟ در صورت خاتمه دادن به قرارداد B.O.T سرمایه‌پذیر در چه صورتی ملزم به پرداخت غرامت است، به عبارتی میزان و روش پرداخت غرامت چگونه است؟

۲. اعمال خیار شرط در قرارداد B.O.T

از مهم‌ترین مقرراتی که سرمایه‌پذیر هنگام طرح‌ریزی قرارداد B.O.T باید در نظر بگیرد، توانایی آن برای خاتمه دادن یکطرفه قرارداد در شرایطی است که حتی شرکت پروژه عملکرد رضایت‌بخشی داشته باشد. از آنجا که قانونگذار برای سرمایه‌پذیر اختیار تام در فسخ قرارداد B.O.T را در نظر نگرفته، یک راه‌حل مناسب که می‌تواند مستند قرار گیرد، خیار شرط است. براساس ماده ۳۹۹ قانون مدنی، طرفین قرارداد می‌توانند شرط کنند که هر دو طرف یا شخص ثالثی، حق فسخ قرارداد را برای مدت معین داشته باشد، چنین شرطی را «خیار شرط» می‌گویند.

دلیل صحت خیار و نفوذ آن اجماع محقق و عموم ادله شرط از قبیل خبر «المؤمنون عند شروطهم» است. معلوم است که شرط فسخ برخلاف قصد متعاقدین و مخالف مقتضی عقد نیست. در نتیجه، هر عقده که قابل فسخ و اقاله باشد، شرعاً قابل شرط خیار است. از شرایط صحت خیار تعیین مدت خیار است، زیرا در صورت جهالت غرر لازم می‌آید و خود عقد نیز غرری و باطل است. با این حال تعیین مدت عرفاً کافی است و وقت و ساعات و دقائق آن لازم نیست، زیرا عرفاً این‌گونه دقائق را مسامحه می‌کنند. مبدأ خیار را نیز می‌توان منفک از زمان قرارداد یا از زمان تشکیل قرارداد ضبط کرد (اعتضاد، ۱۳۲۷: ۲۸). برای مثال کاربرد قرارداد B.O.T را در ساخت بزرگراه‌های کشور در نظر بگیرید. وزارت راه و شهرسازی به‌عنوان سرمایه‌پذیر در این قرارداد می‌تواند به استناد منابع فقهی و حقوقی از خیار شرط به‌عنوان ابزاری برای فسخ یکجانبه قرارداد بهره‌گیرد. بدین‌نحو که در قرارداد پروژه مذکور چنین

۱. شایان توضیح است که، این بخشنامه فقط جنبه راهنمایی و ارشاد دارد، چراکه از نوع گروه سوم ابلاغ شده است. در این خصوص به ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی موضوع ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه، مصوب ۱۳۵۲، رجوع کنید.

شرطی بگنجانند که به‌عنوان سرمایه‌پذیر بتوانند در هر شرایطی قرارداد را ظرف پنج سال از زمان انعقاد قرارداد به‌طور یکجانبه فسخ کنند.

شایان ذکر است پرداخت غرامت در این‌گونه موارد یکی از الزامات است، در غیر این صورت فسخ، ناعادلانه است و سرمایه‌پذیر از دارایی‌های پروژه بهره می‌برد، درحالی‌که بار مسئولیت و هزینه‌های توافق‌شده را متحمل نمی‌شود. همچنین بدون پرداخت غرامت، شرکت پروژه بدون وجود هیچ‌گونه نقصی از سوی خود، از سرمایه‌گذاری خویش محروم شده و قادر نخواهد بود هزینه‌ها و وام‌های خویش را پرداخت بپردازد و آن‌گونه که پیش‌بینی شده است، مبالغ را دریافت کند. حال این سؤال پیش می‌آید که سرمایه‌پذیر چگونه و در چه زمانی می‌تواند به شرکت پروژه غرامت بپردازد. برای پاسخ به این پرسش می‌توان تحلیل ذیل را ارائه کرد:

از مواردی که خیار شرط صحیح است، معاملات متعارف خیار است که بایع برای خود با رد ثمن، خیار شرط در نظر گیرد. آنچه مورد اختلاف است، آن است که رد ثمن ایجاب حق فسخ برای بایع می‌نماید، با اینکه رد ثمن خودبه‌خود را موجب فسخ فعلی می‌دانند و ادله و اختیار وارد در مورد فسخ را به رد ثمن کافی دانسته‌اند، و بعضی گفته‌اند که عبارتی را که متعاملین در جعل خیار منظور کرده و مفاد آنها را اشعار داشته‌اند، باید منظور داشت، و ملاک فهم عرف قرار داد و حق هم همین است (برای مثال اگر بایع شرط کند که در صورت رد ثمن در مدت معینی حق فسخ داشته باشد)، البته مجرد رد ثمن کافی نیست و هر گاه مقرر دارد که با رد ثمن در مدت معین قرارداد فسخ گردد، محتاج به فسخ لفظی نخواهد بود (همان: ۲۹).

بر این اساس سرمایه‌پذیر می‌تواند اعمال خیار شرط در قرارداد B.O.T را معلق بر پرداخت غرامت در مدت معینی قرار دهد. از این‌رو در پروژه ساخت بزرگراه مورد مثال، وزارت راه و شهرسازی می‌تواند در قرارداد B.O.T شرط کند که در صورتی که ظرف مدت پنج سال به شرکت پروژه غرامت «شامل کلیه هزینه‌های سرمایه‌گذار و مبلغی به‌عنوان بالاسری» پرداخت کند، بتواند قرارداد B.O.T را فسخ کند.

شایان ذکر است که در برخی از کشورهای اروپایی سرمایه‌پذیر در صورت پرداخت غرامت، آزادی تام در فسخ قرارداد B.O.T را دارد. کشورهای جمهوری چک، اسلواکی، انگلستان، یونان (در برخی موارد)، هلند و پرتغال، از جمله کشورهایی هستند که آزادی تام برای فسخ قرارداد B.O.T دارند (Allen, Overy, 2013: 19). قوانین استرالیا نیز به سرمایه‌پذیر اجازه می‌دهد تا قرارداد B.O.T را به‌صورت اختیاری و یکجانبه فسخ کند. اما سرمایه‌پذیر را ملزم می‌کند تا به‌طور کامل غرامت شرکت پروژه را جبران کند تا علاقه‌مندی خود را در انعقاد دوباره چنین قراردادهایی با سرمایه‌پذیر از دست ندهد. در مقابل، قوانین B.O.T آفریقای

جنوبی توجه بیشتری را معطوف اطمینان و اعتمادسازی کرده و فسخ یکجانبه را منع کرده است. از این رو سرمایه‌پذیر نباید خود را برای فسخ قرارداد B.O.T به‌طور اختیاری محق بداند، حتی اگر از این دیدگاه باشد که خودش برای ارائه خدمات مجهزتر و سزاوارتر است (Foster Infrastructur, 2012: 25).

۳. دلایل فسخ قرارداد B.O.T

فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به‌وسیله یکی از دو طرف. بنابراین فسخ را می‌توان از اسباب سقوط تعهدات و قراردادها به‌شمار آورد. فسخ، انشای یکطرفه انحلال قرارداد و تعهد و در حقیقت مانند ابراء و اعراض، نوعی ایقاع محسوب می‌شود.

فسخ قرارداد مبتنی بر حقی است که به‌وسیله توافق طرفین یا مستقیماً به حکم قانون (برای جلوگیری از ضرری که به‌طور ناخواسته از ناحیه قرارداد متوجه یکی از دو طرف است) برای یک یا دو طرف قرارداد شناخته می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۰۴ - ۲۰۲).

به صرف اعلام اراده از طرف شخص ذی‌حق، فسخ حاصل می‌گردد، زیرا به موجب ماده ۴۴۹ قانون مدنی: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود». ماده ۴۵۱ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است». کلمه نوعاً حاکی از این است که هر عملی که در عرف به‌عنوان فسخ، معمول بین مردم است، موجب بر هم زدن آن می‌گردد (فتحی‌پور، ۱۳۳۳: ۲۶).

شایان ذکر است که آثار فسخ عطف به ماسبق نمی‌شود و از همان زمان اعلام فسخ، قرارداد از بین می‌رود. بنابراین قرارداد تا زمان فسخ تمام آثار خود را تمام و کمال ایجاد می‌کند (طباطبایی، ۱۳۳۱: ۴۸).

سرمایه‌پذیر طی توافقی که با شرکت پروژه به‌عمل می‌آورد ممکن است قرارداد B.O.T را به‌دلیل اقدامات منجر به نقض قرارداد از جانب شرکت پروژه یا به موجب تعذر موقت قرارداد، فسخ کند یا مجاب شود که قرارداد B.O.T را به لحاظ منافع عمومی فسخ کند. شرکت پروژه نیز براساس برخی اختیارات قانونی می‌تواند قرارداد B.O.T را به‌دلیل نقض قرارداد از جانب سرمایه‌پذیر، فسخ کند.

۳.۱. فسخ به‌دلیل منافع عمومی

قانونگذار ایران در عرصه سرمایه‌گذاری خارجی به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده است در صورتی که منافع عمومی ایجاب می‌کند، به موجب فرایند قانونی، به روش غیرتبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت غرامت به مأخذ ارزش واقعی، قرارداد B.O.T را یکجانبه فسخ کند. در این

خصوص، ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱، مقرر می‌دارد: «سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت، مگر برای منافع عمومی، به موجب فرایند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت». از آنجا که ماده مزبور به قراردادهای خارجی اختصاص دارد، در قراردادهای B.O.T داخلی با عنایت به بخشنامه پیشنهادی چارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی-خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، حق فسخ ناشی از منافع عمومی مسکوت مانده است.

باید گفت که در اروپا، کشورهایی که فسخ یکجانبه در آنها با رجوع به منافع عمومی تعریف می‌شود، عبارت‌ند از: بلژیک، بلغارستان، فرانسه، ایتالیا و اسپانیا (Allen, Overy, 2013: 19).

۳.۲. فسخ به دلیل نقض قرارداد B.O.T

در صورت نقض قرارداد از سوی یکی از طرفین قرارداد، در حقوق ایران نظر مشهور با وحدت ملاک از احکام شرط فعل (مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹ قانون مدنی)، به تئوری اجبار گرایش دارد و فسخ را جز در فرضی که اجبار ممکن نبوده و تعهد هم با هزینه متعهد به وسیله دیگری قابل انجام نیست، نمی‌پذیرد. در این مبنا تلاش می‌شود تا تعهدات ناشی از عقود به‌عنوان تعهدات ناشی از شروط ضمن عقد، تفسیر و تعبیر شود. بنابراین، قرارداد براساس یک شرط ضمنی شکل می‌گیرد، که مقرر می‌دارد هر متعهد باید تعهد خود را اجرا کند. حال، اگر یکی از طرفین از انجام تعهد خود امتناع کرد، طرف دیگر می‌تواند اجبار متعهد را درخواست کند؛ و اگر اجبار ممکن نباشد، به استناد «خيار تخلف شرط ضمنی»، معامله را فسخ کند. این مبنا، مطابق است با ضمانت اجرایی که قانونگذار، در ماده ۲۳۹ قانون مدنی، برای تخلف از شروط ضمن عقد مقرر کرده است (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۴).

حال به استناد خيار تخلف شرط ضمنی در صورت نقض قرارداد B.O.T از جانب طرفین، می‌توان برای سرمایه‌پذیر و شرکت پروژه حق فسخ و همچنین پرداخت غرامت قائل شد. از این رو طرفین قرارداد باید مشخص کنند چه اقداماتی نقض قرارداد B.O.T محسوب می‌شود. کشورهای اروپایی برای این مهم اغلب دو شیوه را اتخاذ می‌کنند: ۱. فهرست کردن اقدامات موجب نقض قرارداد B.O.T؛ ۲. تکیه بر تعاریف گسترده‌تر.

به‌طور معمول اقداماتی که از جانب سرمایه‌پذیر موجب نقض قرارداد می‌شود، عبارت‌اند از: ۱. انجام ندادن تعهدات مربوط به پرداخت به شرکت پروژه؛ ۲. جایگزینی یا انتقال حقوق و تعهدات سرمایه‌پذیر بدون موافقت کتبی شرکت پروژه در قرارداد B.O.T؛ ۳. تخطی و تجاوز از

الزامات قراردادی توسط سرمایه‌پذیر به‌نحو یا به اندازه‌ای که قابلیت عملکرد شرکت پروژه را از بین ببرد؛ و ۴. ناتوانی سرمایه‌پذیر از استجابت حقوق مرتبط با پروژه. مطابق بررسی پانزده کشور اروپایی، نه کشور زیر، تمایل بر اتکا به فهرست کردن اقدامات داشتند: آلمان، انگلستان، ایتالیا، اسلواکی، یونان، جمهوری چک، رومانی، مجارستان و ترکیه. سه کشور از مفهوم گسترده بهره گرفته‌اند: بلژیک، بلغارستان و هلند. لهستان و اسپانیا نیز از ترکیب این دو شیوه بهره‌مند شده‌اند. قراردادهای B.O.T فرانسوی نیز اغلب حق فسخ قرارداد توسط شرکت پروژه در پی نقض قرارداد از جانب سرمایه‌پذیر را به رسمیت نمی‌شناسند. از این رو در این کشور اقدامات موجب نقض قرارداد B.O.T از جانب سرمایه‌پذیر به‌صورت قراردادی تعیین نمی‌شود و انتظار می‌رود تا در صورت نقض تعهدات توسط سرمایه‌پذیر، طرفین قرارداد در جست‌وجوی نوعی سازش و مصالحه باشند. در صورت شکست این راه‌حل، آنها می‌توانند برای رسیدگی به دادگاه صالح مراجعه کنند (Allen, Overy, 2013: 17-18). به‌طور معمول اقداماتی که از جانب شرکت پروژه موجب نقض قرارداد می‌شود، عبارت‌اند از: ۱. ناتوانی در پرداخت دیون/ ورشکستگی شرکت پروژه؛ ۲. عدم موفقیت شرکت پروژه برای ارائه خدمات براساس خصوصیات توافق‌شده؛ ۳. تغییر مالکیت شرکت پروژه (جایگزینی شرکت پروژه) بدون رضایت سرمایه‌پذیر؛ ۴. عدم موفقیت در بیمه کردن دارایی‌ها/ تجارت پروژه B.O.T طبق نیاز.

کشورهای اروپایی مورد بررسی، اغلب در خصوص نقض قرارداد از جانب شرکت پروژه، از فهرست کردن اقدامات مذکور بهره می‌گیرند، از جمله فرانسه، آلمان، انگلستان، ایتالیا، رومانی، بلغارستان، اسلواکی، جمهوری چک، یونان، لهستان، اسپانیا، مجارستان، پرتغال و ترکیه؛ هرچند در بلژیک، بیشتر قراردادهای B.O.T به تعریف کلی اقدامات مذکور بستگی دارد. فهرست‌های تهیه‌شده، اغلب محرمانه نبوده و دارای قوانین کلی‌اند. جایی که قراردادها به تعریف وسیعی استناد می‌کنند، عبارات قرارداد اغلب به هر گونه نقض اساسی قرارداد اشاره دارد، بنابراین می‌توان مجموعه وسیع‌تری از وقایع را به‌شمار آورد (Ibid: 35-36).

در بخشنامه پیشنهادی چارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی-خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، نیز اتکا بر فهرست کردن اقداماتی که از جانب طرفین موجب نقض قرارداد B.O.T می‌شود، شده است.^۱

به هر رو، دو شیوه تعاریف گسترده و فهرست کردن اقدامات موجب نقض قرارداد B.O.T، اگرچه کاملاً متفاوت‌اند، در عمل هر دو آنها به نتایج کم‌وبیش مشابهی دست خواهند یافت و

۱. برای مطالعه ر.ک: بخشنامه چهارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی-خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، موافقت‌نامه، بندهای ۳ و ۴ ماده ۲۷، بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۴.

دلیلش این است که فهرست‌های تهیه‌شده اغلب قوانین «تعاریف گسترده» را نیز در برمی‌گیرند. به بیان دیگر، معمولاً در انتهای فهرست‌های مذکور عبارت «هر گونه تخطی مادی دیگر» را نیز ذکر می‌کنند (Ibid: 18). در واقع سرمایه‌پذیر می‌خواهد اطمینان حاصل کند که در نهایت حق حذف و قطع پروژه وجود دارد، به‌خصوص در جایی که پروژه‌ای براساس شرایط تکمیل پروژه مدت زیادی از تاریخ آن گذشته و پروژه معوق مانده است، یا جایی که تعهدات در سطح بسیار ضعیفی در دوره‌ای طولانی انجام گرفته و انتخاب دیگری جزء حذف شرکت پروژه وجود نداشته باشد (Harris & Reidy, 2011: 3).

شایان یادآوری است که برعکس حقوق موضوعه ایران که برای فسخ قرارداد ابتدا اجبار متعهد را الزامی می‌داند، در کشورهای اروپایی مورد بررسی، سرمایه‌پذیر پیش از اینکه قرارداد را به لحاظ نقض قرارداد B.O.T از جانب شرکت پروژه، فسخ کند، مختار است اجبار شرکت پروژه را تحت عنوان دوره اصلاح خواستار شود. البته دوره‌های اصلاح تنها در جایی مجازند که نقض مرتکب‌شده، اقداماتی باشد که بتوان جبران کرد و به‌عنوان دوره‌های زمانی ثابت (برای مثال ۳۰ روز) تعریف می‌شوند (Ibid: 36). بر این اساس، سرمایه‌پذیر پس از وقوع نقض قابل اصلاح، به شرکت پروژه اختطاریه و هشدار می‌دهد. هر اختطاریه‌ای باید نوع و ماهیت نقض قابل جبران شرکت پروژه را مشخص کند؛ جزییات معقولی را ارائه دهد و بیان کند که آیا شرکت پروژه می‌تواند جبران کند یا خیر؟ از این رو در صورت قابل جبران بودن، شرکت پروژه باید اولاً؛ یک برنامه اصلاحی را پیش‌روی خود قرار دهد که برای سرمایه‌پذیر در مدتی (برای مثال ۱۵ روز) بعد از تاریخی که شرکت پروژه اختطاریه را دریافت کرده است، قابل قبول باشد و باید این موارد را مشخص کند: ۱. بازه زمانی که نقض شرکت پروژه در آن اصلاح و جبران خواهد شد؛ ۲. برنامه کاری برای اصلاح نقض قابل جبران، طی بازه زمانی مشخص‌شده؛ ۳. هر گونه اقدام موقتی که تأثیرات نقض شرکت پروژه را کاهش دهد؛ ۴. اصلاح و جبران غرامت ناشی از نقض قابل جبران در تطابق با برنامه اصلاحی. ثانیاً جبران نقض قابل اصلاح طی زمانی که مورد توافق سرمایه‌پذیر قرار می‌گیرد، پس از تاریخی که شرکت پروژه اختطاریه را دریافت می‌کند (The treasury new Zealand Government, 2013: 185).

۳.۳. فسخ به دلیل تعذر موقت و دائم قرارداد B.O.T

گاهی بنا به دلایلی که خارج از اراده طرفین قرارداد است (از جمله حادثه قهریه)، امکان اجرای تعهدات برای مدت زمان موقت یا دائم وجود ندارد و متعذر می‌شود. تعذر اجرای تعهد بر دو گونه است: نوع اول که از نظر زمانی همزمان با ایجاد تعهد ایجاد می‌شود، تعذر اصلی نامیده می‌شود. این تعذر از اساس مانع ایجاد تعهد می‌شود. به عبارتی در این حالت، اساساً وقوع تعذر

مانع تشکیل قرارداد می‌شود. در نوع دوم، تعذر طاری یا تعذری که پس از تشکیل قرارداد ایجاد می‌شود، برخلاف تعذر اصلی، تعهد ایجادشده اقتضای استمرار دارد، اما به سبب برخی موانع، اجرای آن امکان‌پذیر نیست. حال اگر تعذر پس از حدوث، برای همیشه اجرای تعهد یا تسلیم را ناممکن سازد، در این وضع، تعذر دائمی است. اما تعذر موقت، هنگامی به وجود می‌آید که مدت زمان تعذر محدود است و از نظر عرفی، امکان اجرای تعهد امکان‌پذیر باشد. بنابراین، محدودیت زمانی تعذر، محدودیت عرفی است و بر همین مبنا، در تعذر طاری از آنجا که احتمال اجرای تعهد یا قدرت بر تسلیم، عرفاً و عقلاً منتفی نیست، به تعذر دائم الحاق نمی‌شود (بنای اسکویی، ۱۳۹۱: ۴۷ - ۴۵). مع‌ذلک، هر گاه تعذر دائمی باشد، سخن از انفساخ مطرح می‌شود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق: ۱۷۵ - ۱۷۰). لکن خیار تعذر، عبارت است از حق فسخ قرارداد در صورتی که اجرای تعهد به دلایلی خارج از اراده طرفین قرارداد، برای مدت زمان محدودی ناممکن می‌شود (بنای اسکویی، ۱۳۹۱: ۴۶).

در فقه، حق فسخ ناشی از تعذر موقت تسلیم به استناد قاعده لاضرر امری مسلم است. برخی فقها معتقدند، تسلیم متمم معاوضه است و به منزله آن است که در عقد شرط شده باشد، لذا در صورت تعذر، طرف دیگر حق دارد معامله را فسخ کند یا اینکه صبر کند تا تعذر برطرف شود و تسلیم انجام گردد؛ به عبارتی حق فسخ در صورت تعذر موقت، مطابق قاعده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۲۸).

خیار تعذر تسلیم، معمولاً در عقد بیع مطرح می‌شود، ولی روشن است که به بیع اختصاص ندارد و باید آن را از قواعد عمومی قراردادها دانست. حتی این خیار مختص قراردادهای تملیکی نیز نیست، بلکه در قراردادهای عهدی هم می‌تواند مصداق داشته باشد (صفایی، ۱۳۸۷: ۳۰۱).

بر این اساس، هر گاه اجرای تعهدات طرفین قرارداد B.O.T بنا به دلایل خارج از اراده آنها (به خصوص به دلیل حادثه قهریه)، به طور موقتی ناممکن شود، برای شخصی که تحت تأثیر این حوادث متضرر شده است، خیار تعذر ثابت می‌شود.

دو رویکرد اساسی از جانب کشورهای اروپایی تحت بررسی برای تعیین و تعریف این وقایع اتخاذ شده است: ۱. حادثه قهریه به طور موسع تعریف می‌شود. برای مثال در فرانسه، رویه قضایی آن را به عنوان هر حادثه پیش‌بینی‌ناپذیر و ماورای کنترل طرفین که اجرای تعهدات به موجب قرارداد را برای طرفین غیرممکن می‌سازد، تعریف می‌کند؛ ۲. حادثه قهریه از طریق فهرست جزء به جزء حوادث تعریف می‌شود. موارد معمولی شامل حوادث طبیعی و سیاسی از جمله جنگ، شورش، اعتصاب، بلایای طبیعی، مسائل نامتعارف اقتصادی و... می‌شود (Allen, Overy, 2013: 55).

در عمل، این دو رویکرد تفاوت چندانی ندارند. در این زمینه، مطابق بند ۲ ماده ۳۳ بخشنامه چارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی-خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، فهرست اقلام‌بندی‌شده حادثه قهریه به‌کار گرفته شده است، هرچند دامنه موارد بیان‌شده به‌حدی وسیع است که در عمل تفاوتی با تعریف موسع حادثه قهریه ندارد. همان‌طور که بیان شد، مسائل نامتعارف اقتصادی نیز از اقسام حوادث قهریه است و موجب تعذر مالی اجرای تعهد می‌شود. به عبارتی، تعذر مالی اجرای قرارداد را باید در صورتی فرض کرد که علل خارجی و غیرقابل انتساب به طرفین قرارداد، سبب ناتوانی مالی متعهد شده، در نتیجه اجرای تعهد برای او ناممکن شود و نباید آن را به‌گونه‌ای تفسیر کرد که بی‌تدبیری و سهل‌انگاری او را در برگیرد و موجب شود که متعهدله تاوان بی‌مبالاتی متعهد را پردازد (بنایی اسکویی، ۱۳۹۲: ۴۸).

در واقع، ناممکن شدن قرارداد در صورت وقوع تعذر مالی متفاوت با سایر اقسام تعذر است که امکان اجرای قرارداد به‌هیچ‌وجه میسر نیست؛ درحالی‌که در تعذر مالی ناممکن شدن اجرای قرارداد به تعبیری نسبی است، یعنی امکان اجرا با نزدیک کردن خواست طرفین به آنچه مبنای تشکیل قرارداد بوده است، از طریق تعدیل قرارداد وجود دارد (همان: ۵۱). برای مثال در قرارداد B.O.T، بندی آورده شود که چنانچه در صورت بالا رفتن بی‌رویه قیمت مصالح و اقلام مصرفی انجام تعهدات ناممکن شود، امکان تعدیل قرارداد وجود داشته باشد. بنابراین در صورت حادث شدن تعذر مالی، می‌توان به متضرر اختیار داد که در انتخاب فسخ یا تعدیل قرارداد، بدون اینکه آنها در طول هم فرض شوند، آزاد باشد. اگر نفعی در بقای قرارداد حتی با ارجاع به قاضی برای متعادل کردن شرایط قرارداد می‌بیند، از این حق خود استفاده کند؛ وگرنه با اعمال حق فسخ، خود را از این بند رها سازد (همان: ۵۹). در فقه امامیه حدوث تعذر مالی، می‌تواند به استناد قاعده لاضرر و لاجرح، موجب تعدیل قرارداد شود. باید توجه داشت که تنها در صورتی می‌توان تعدیل قرارداد را قبول کرد که قرارداد به‌سبب حدوث تعذر مالی قابلیت اجرا نداشته باشد. اما اگر با وجود گزاف شدن هزینه‌های اجراء، هرچند غیرمتعارف، کماکان امکان وفای به عهد ولو با سختی میسر باشد، نمی‌توان سخن از تعدیل به میان آورد (همان: ۵۷).

۴. اعمال شرط فاسخ در قرارداد B.O.T

برای خاتمه دادن به قرارداد B.O.T (به‌خصوص از جانب سرمایه‌پذیر) از جمله راهکارهایی که می‌توان ارائه داد درج شرط فاسخ ضمن قرارداد B.O.T است. معذک، برای بهره‌گیری از این اختیار، ابتدا امر، لازم می‌نماید: صحت چنین شرطی از لحاظ فقهی و حقوقی ثابت شود.

منظور از شرط فاسخ این است که ضمن شرطی در قرارداد، انحلال آن، معلق به امری گردد و پس از تحقق معلق علیه، قرارداد خودبه‌خود منفسخ شود. در منابع فقهی، فقها در مبحث خیار شرط، شرط فاسخ را تحت عنوان «بیع الخیار» بررسی کرده‌اند. شیخ انصاری در تفسیر اصطلاح بیع الخیار می‌فرماید که بیع الخیار این است که شخصی چیزی را بفروشد و برای خود مدتی را شرط کند، یعنی مدتی را برای خود جعل خیار کند، به این صورت که ثمن را در آن مدت برگرداند و مبیع را پس بگیرد. به اعتقاد ایشان در این صورت، رد ثمن نمی‌تواند، قید انفساخ باشد؛ یعنی به مجرد رد ثمن نمی‌توان عقد را منفسخ فرض کرد (انصاری، ۱۳۹۴: ۱۷-۱۶)، چراکه انفساخ بیع به‌خودی‌خود و بدون انشای فعلی یا قولی، شبیه انعقاد بیع به‌صورت خودبه‌خود و بدون سبب، در مخالفت با بیع مشروع است که عبارت است از متوقف بودن مسببات بر سبب‌های شرعی آنها (همان: ۲۱). به نظر ایشان، انفساخ عقد مثل خود عقد از مقوله کسر و انکسار است. همان‌طور که انکسار بدون سبب ممکن نیست، انفساخ هم بدون سبب ممتنع است. به تعبیر دیگر، همان‌گونه که عقد نیازمند سبب شرعی است و بدون انشای قولی یا فعلی محقق نمی‌شود، انفساخ نیز نیازمند سبب قانونی و شرعی است (انصاری، ۱۳۷۴: ۲۵۷). ممکن است در جواب گفته شود، مشروعیت با سبب عام نیز حاصل است و اکتفا به اسباب خاص شرعی ضروری نیست. به بیان دیگر، گاه سببیت شرعی در تحقق ماهیات اعتباری دارند، مثل عقد نکاح که سببیت خاص شرعی برای تحقق زوجیت دارد یا مثل عقد اجاره که سببیت خاص برای تملیک منفعت دارد و گاه نیز اسباب عام سببیت شرعی در تحقق ماهیات اعتباری دارند. عموماً مثل «المؤمنون عند شروطهم» به‌طور عام سببیت شرعی برای تأثیر شروط ضمن عقد دارند. بنابراین درج شرط ضمن عقد خود سبب شرعی است و نه تنها دلیل بر انحصار اسباب شرعی و قانونی بر اسباب خاص در دست نیست، بلکه به اتفاق آرای اندیشمندان فقه و حقوق و با استناد به مقررات متعدد قانونی و ادله فقهی جز در موارد استثنایی، شرط نیز سببیت قانونی و شرعی دارد (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۲۳۰).

در مقام مناقشه به جواب بالا گفته شده، عموم «المؤمنون عند شروطهم» به عدم مخالفت با شرع تخصیص یافته است، به‌طوری‌که شروطی نافذ و معتبرند که مغایرتی با شرع و قانون نداشته باشند. روایت مزبور نیز عمداً به‌همراه استثنای آن نقل شده است، بدین‌صورت که: «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۳۵۳) و استناد به عام بدون لحاظ این تخصیص مانند تمسک به عام در مقام شبهه مصداقیه مخصص آن است^۱،

۱. در مقابل نظر مشهور متأخران که تمسک به عام را در این موارد مجاز نمی‌دانند، بسیاری از قداما اعتقاد به جواز تمسک به عام داشته‌اند. برای بررسی بیشتر رک: مظفر، محمد رضا، (۱۳۸۶). اصول الفقه، چاپ دوم، تهران، انتشارات المعارف

چراکه عموم «المؤمنون عند شروطهم» در غیر استثنا ذیل آن حجیت دارد. این مناقشه در صورتی موجه است که اصلی مبنی بر انتفای عنوان مخصص وجود نداشته باشد، حال آنکه استصحاب عدم ازلی حاکی از عدم مخالفت شرط فاسخ با شرع و قانون است. بنابراین شرط مزبور کماکان مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» باقی خواهد ماند (سعیدی، ۱۳۸۵: ۱۹۰).

آنچه در منابع فقهی بررسی شده است، تعلیق انفساخ قرارداد به امری است که فعل ارادی و اختیاری بایع است؛ یعنی رد ثمن و در مورد وضعیت قرارداد معلقی که زوال آن معلق به یک واقعه خارج از اراده طرفین است، هیچ اشاره‌ای در فقه نشده است. اگرچه در این تعلیق، معلق علیه خارج از اراده طرفین است، این تفاوت موجب اختلاف وضعیت حقوقی این دو گونه قرارداد نمی‌شود و حکم به صحت قرارداد و شرط در این تعلیق نیز، از نظر فقهی خالی از اشکال به نظر می‌رسد، زیرا آنچه در مورد صحت شرط فاسخ، بر امر ارادی یکی از طرفین گفته شد، در مورد تعلیق بر امر خارج از اراده ایشان نیز صادق است و مانعی برای انعقاد و اعتبار چنین قراردادی، استنباط نمی‌شود (ابهری و همکاران، ۱۳۹۰: ۴۰).

همچنین عدم قید مدت در شرط فاسخ، سبب غرری شدن قرارداد و بطلان آن می‌شود، زیرا وجود شرط فاسخ سبب تزلزل همیشگی قرارداد لازم است و این تزلزل در قرارداد لازم تا مدت معینی قابل پذیرش است و تزلزل همیشگی قرارداد با لازم بودن آن منافات دارد (ابهری، انچنگی، ۱۳۸۸: ۱۴).

اثر شرط فاسخ سقوط تعهد و تحقق آن به صورت قهری و ناظر به آینده است و در روابط قراردادی سابق میان طرفین قرارداد اثری ندارد (صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴: ۶۱). هرچند تحقق شرط فاسخ به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات در ماده ۲۶۴ قانون مدنی، نامی از آن برده نشده است، با توجه به استدلالات ارائه شده، تحقق شرط فاسخ را نیز می‌توان از موارد سقوط تعهد به شمار آورد.

حال که صحت شرط فاسخ به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات ثابت شد، کاربرد این شرط ضمن قرارداد B.O.T خالی از اشکال می‌نماید. از این رو طرفین قرارداد می‌توانند انفساخ قرارداد را معلق به وقوع حادثه‌ای (اعم از ارادی و یا خارج از اراده) ظرف مدت معین کنند. محتمل‌ترین مثال می‌تواند معلق بودن انفساخ قرارداد B.O.T بر پرداخت غرامت توافق شده، ظرف مدت معین (برای مثال پنج سال) از جانب سرمایه‌پذیر باشد.

الاسلامیه، ص ۱۵۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۶۸). اجود التقریرات، تقریرات میرزای نائینی، چاپ دوم، قم، مصطفوی، ص ۴۵۷.

۵. میزان و روش پرداخت غرامت در قرارداد B.O.T

یک حق کلی و فاقد شرایط لازم برای فسخ قرارداد به دلیل منافع عمومی از جانب سرمایه‌پذیر یا اعمال خیار شرط و شرط فاسخ از جانب وی برای خاتمه دادن به قرارداد B.O.T، ممکن است ریسک نامعقولی برای شرکت پروژه باشد، بدون اینکه ضمانت کافی وجود داشته باشد. در عمل، پرداخت غرامت بنا به دلایل مذکور، ممکن است مواردی را که در زمان محاسبه غرامت مورد توجه بوده‌اند، بیوشاند که نشان می‌دهند غرامت قابل پرداخت برای فسخ به دلیل نقض جدی توسط سرمایه‌پذیر است. از این رو تضمین مقدار کافی غرامت نکته مهمی برای شرکت پروژه است (Seungwoo Son, 2012: 30).

مقدار غرامت قابل پرداخت به شرکت پروژه در جایی که فسخ در نتیجه نقض قرارداد B.O.T از جانب سرمایه‌پذیر باشد، معمولاً بیشتر از مقدار قابل پرداخت غرامت در صورت فسخ به دلیل تعذر موقت قرارداد B.O.T یا فسخ به دلیل نقض قرارداد B.O.T از جانب شرکت پروژه است. غرامت قابل پرداخت برای نقض قرارداد B.O.T از طرف شرکت پروژه باید به صورت چشمگیری کمتر از پرداخت غرامت خاتمه دادن به قرارداد B.O.T، به هر دلیل دیگری باشد. پرسشی که ممکن است مطرح شود این است که چرا غرامت باید به شرکت پروژه پرداخت شود، زمانی که به تعهدات خود عمل نکرده است. دلیل اینکه غرامت پرداخت می‌شود این است که عدم پرداخت غرامت می‌تواند به صورت ناعادلانه‌ای به سود سرمایه‌پذیر باشد. برای مثال جایی که یک دارایی خاص برای ارائه خدمات ایجاد شده و سرمایه‌پذیر، مجاز به داشتن دارایی که به دنبال فسخ به وی انتقال داده شده است، بدون اینکه لازم باشد به شرکت پروژه برای ارزش آن غرامتی بپردازد (Tahir et al., 2015: 4). با این حال، ممکن است طرفین توافقی خارج از این اصل داشته باشند. دستگاه‌های اجرایی تمایل دارند تا در صورت آمادگی برای کاهش مقدار پرداخت‌های فسخ در مورد عدم ایفای تعهدات شرکت پروژه مذاکره کنند. مع‌ذلک، کاهش در مقدار غرامت فسخ و روش استفاده شده برای محاسبه پرداخت‌ها در حال حاضر به صورت یکنواخت اعمال نمی‌شوند. برای مثال، در مورد پروژه پل میلو، موضع شدیدی توسط دستگاه‌های اجرایی فرانسوی اتخاذ شد که در مورد فسخ به دلیل نقض قرارداد B.O.T از جانب شرکت پروژه، پروژه مجدداً مورد مناقصه قرار می‌گیرد و شرکت پروژه تنها می‌تواند قیمتی را که توسط قیمت‌گذاران مناقصه برای پروژه تعیین می‌شود، بگیرد (Bliss et al., 2005: 14-15).

شایان ذکر است که مطابق پیوست ۱۲ بخشنامه پیشنهادی چارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی - خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، در پی فسخ قرارداد از سوی هر

یک از دو طرف یا وقوع حادثه قهریه، مبلغ «بهای انتقال»^۱ براساس عواملی چون طرف فسخ‌کننده، طرف نقض‌کننده، علت فسخ قرارداد و زمان فسخ قرارداد محاسبه می‌شود و قابل پرداخت خواهد بود. مبلغ بهای انتقال که بدین ترتیب محاسبه می‌شود، از سوی سرمایه‌پذیر به صورت اقساط مساوی متوالی ماهانه و در یک دوره (برای مثال، حدود ۴۸ ماه) از زمان خاتمه قرارداد یا به هر روش دیگری که از سوی دو طرف توافق شود، به شرکت پروژه پرداخت می‌شود.

سرمایه‌پذیر معمولاً از غرامت پرداختی به شرکت پروژه مبلغی را کسر می‌کند، از جمله: ۱. تمامی مانده اعتبارهای حساب‌های بانکی نگه‌داشته‌شده از جانب شرکت پروژه در تاریخ فسخ؛ ۲. مبلغ پرداختی شرکت پروژه به سرمایه‌پذیر در تاریخ فسخ (شامل هر مبلغی که سرمایه‌پذیر حق تهاوت آن را دارد)؛ ۳. درآمدهای ناشی از بیمه پرداخت‌شده یا قابل پرداخت به شرکت پروژه در هر زمانی بین تاریخ فسخ و تاریخ پرداخت غرامت، و درآمدهای بیمه‌ای که پیش از تاریخ فسخ دریافت شده باشند و در برابر جزیی از غرامت اعمال شوند (Infrastructure) (Australian, 2008: 18).

از آنجا که اصل آزادی قراردادها و حکومت اراده در نظام حقوقی ایران به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت قراردادهای ایشان است و آزادی اراده را باید به‌عنوان اصل پذیرفت. بر این اساس، اراده و تراضی طرفین قرارداد B.O.T است که میزان و روش پرداخت غرامت ناشی از اعمال خیار شرط، فسخ بنا به دلایل منافع عمومی، نقض قرارداد و تعذر موقت قرارداد و همچنین اعمال شرط فاسخ را تعیین می‌کند. البته با در نظر گرفتن احکام مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، عامل خارجی که آزادی قراردادها و حکومت اراده را محدود می‌سازد، یکی از این سه عنوان را داراست: قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه (صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴: ۷۱). از این رو در تعیین میزان و روش پرداخت غرامت باید این سه عنوان در نظر گرفته شود و به‌خصوص منافع عمومی لحاظ شود. برای مثال در یک قرارداد B.O.T سرمایه‌پذیر و شرکت پروژه برای میزان و روش پرداخت غرامت می‌توانند توافق کنند که در مرحله ساخت پروژه از آنجا که هنوز از سرمایه‌گذاری شرکت پروژه چیزی عاید سرمایه‌پذیر نشده است، میزان غرامت صفر درصد باشد، هرچند بازگشت سرمایه به شرکت پروژه منفی است. زمانی که پروژه وارد مرحله بهره‌برداری می‌شود، با توجه به میزان سرمایه منتقل‌شده به سرمایه‌پذیر، میزان غرامت مشخص شود. بنابراین هرچه میزان سرمایه منتقل‌شده، بیشتر شود، به میزان غرامت افزوده می‌شود. البته در محاسبه غرامت باید این نکته

۱. در خصوص تعریف بهای انتقال رک: بخشنامه چهارچوب موافقت مشارکت عمومی - خصوصی، شماره ۱۷۲۸۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۶، پیوست ۲۱.

را در نظر گرفت که غرامت متناسب با دلیل فسخ تعیین شود. برای مثال میزان غرامت پرداختی ناشی از اعمال خیار شرط، فسخ به دلایل منافع عمومی، نقض قرارداد از جانب سرمایه‌پذیر و اعمال شرط فاسخ پانزده درصد، فسخ به دلیل نقض قرارداد از جانب شرکت پروژه دو درصد و فسخ به دلیل تعذر موقت قرارداد شش درصد برای هر سال لحاظ شود.

سرمایه‌پذیر و شرکت پروژه می‌توانند ضمن قرارداد B.O.T یا قراردادی مجزا توافق کنند که با خاتمه دادن به قرارداد B.O.T، مصادف یا پیرو پرداخت غرامت، شرکت پروژه حسب مورد ملزم به انجام تعهداتی باشد؛ از جمله واگذاری پروژه در وضعیت سالم، انتقال تکنولوژی، روش مدیریت پروژه و آموزش نیروهای سرمایه‌پذیر به منظور استفاده صحیح از پروژه و ...

۶. نتیجه‌گیری

با عنایت به مباحث مذکور، اعمال خیار شرط در مدت معین برای فسخ یکجانبه قرارداد B.O.T به‌خصوص از جانب سرمایه‌پذیر، می‌تواند راهکار مناسبی باشد. هرچند می‌توان مبدأ خیار را منفک از زمان قرارداد یا ممکن است از زمان قرارداد ضبط کرد. سرمایه‌پذیر می‌تواند اعمال خیار شرط در قرارداد B.O.T را معلق بر پرداخت غرامت در مدت معینی قرار دهد. البته، این موضوع اختلافی است، ولی آنچه ارجح است، ملاک فهم عرف است. فلذا، اگر سرمایه‌پذیر شرط کند در صورت پرداخت غرامت در مدت معینی حق فسخ داشته باشد، مجرد پرداخت غرامت برای تحقق فسخ کفایت نمی‌کند و محتاج به فسخ لفظی است.

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز در ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ به دستگاه‌های اجرایی به‌صراحت اجازه داده است، در صورتی که منافع عمومی ایجاب می‌کند، به موجب فرایند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت غرامت به مأخذ ارزش واقعی، قرارداد B.O.T را به‌صورت یکجانبه فسخ کنند. با وجود این، در قراردادهای B.O.T داخلی حق فسخ ناشی از منافع عمومی مسکوت مانده است.

همچنین بیان شد، در صورت نقض قرارداد از سوی یکی از طرفین قرارداد، در حقوق ایران نظر مشهور با وحدت ملاک از احکام شرط فعل، به تئوری اجبار گرایش دارد و فسخ را جز در فرضی که اجبار ممکن نبوده و تعهد هم با هزینه متعهد به‌وسیله دیگری قابل انجام نیست، نمی‌پذیرد. بنابراین به استناد خیار تخلف شرط ضمنی در صورت نقض قرارداد B.O.T از جانب طرفین، می‌توان برای سرمایه‌پذیر و شرکت پروژه حق فسخ و همچنین پرداخت غرامت قائل شد.

گاهی بنا به دلایلی که خارج از اراده طرفین قرارداد B.O.T است (از جمله حادثه قهریه)، امکان اجرای تعهدات به‌طور دائمی یا برای مدت زمان موقت متعذر می‌شود. در صورت دائمی

بودن تعذر، سخن از انفساخ مطرح می‌شود و در صورت موقت بودن تعذر، برای طرفی که از این تعذر، متضرر شده، خیار تعذر ثابت است. خیار تعذر، بیش از آنکه مبنای حقوقی داشته باشد، متکی به مبانی فقهی است. در فقه امامیه تعذر موقتی اجرای تعهد به استناد قاعده لاضرر موجد حق فسخ است.

با توجه به ادله فقهی صحت شرط فاسخ، درج این شرط ضمن قرارداد B.O.T، و معلق کردن انفساخ قرارداد مذکور به امری (برای مثال پرداخت غرامت) ظرف مدت معین، راهکار دیگری برای خاتمه دادن یکجانبه قرارداد B.O.T به خصوص از جانب سرمایه‌پذیر است. در نهایت باید گفت بنا به اصل آزادی قراردادها و حکومت اراده، اراده و تراضی طرفین قرارداد B.O.T است که میزان و روش پرداخت غرامت ناشی از اعمال خیار شرط، فسخ بنا به دلایل منافع عمومی، نقض قرارداد و تعذر موقت قرارداد و همچنین اعمال شرط فاسخ را تعیین می‌کند. معذک با در نظر گرفتن احکام مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، در تعیین میزان و روش پرداخت غرامت باید قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه در نظر گرفته شود.

منابع

الف) فارسی

۱. ابهری، حمید؛ افچنگی، زینب (۱۳۸۸). «مفهوم، ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال اول، ش ۱، ص ۳۲-۷.
۲. ابهری، حمید؛ محمدی، سام؛ افچنگی، زینب (۱۳۹۰). «اعتبار شرط انفساخ و شرایط تحقق آن در حقوق ایران و فقه امامیه»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال چهل و چهارم، ش ۲، ص ۵۲-۳۳.
۳. اعتضاد، محمد (۱۳۲۷). «خیار شرط»، *مجله کانون وکلاء*، دوره اول، ش ۷، ص ۳۱-۲۸.
۴. بنایی اسکویی، مجید (۱۳۹۱). «انحلال قهری و اختیاری قرارداد متعذر شده»، *دوفصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی*، ش ۲، ص ۵۴-۴۵.
۵. ----- (۱۳۹۲). «تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره چهارم، ش ۱، ص ۶۱-۴۱.
۶. سعیدی، محمدعلی (۱۳۸۵). «بررسی یک پرونده و قرارداد مبنای آن»، *مجله کانون وکلاء دادگستری خراسان*، سال دوم، ش ۲، ص ۲۰۲-۱۸۰.
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). *سقوط تعهدات*، چ نهم، تهران: مجد.
۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷). «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، سال اول، ش اول، ص ۷۱-۴۹.
۹. ----- (۱۳۸۰). «پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال B.O.T»، نامه مفید، ش بیست و ششم، ۵۰-۳۱.
۱۰. صدیقیان، عبدالله؛ جعفری ندوشن، جواد (۱۳۹۴). «قلمرو نفوذ شرط فاسخ»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و نهم، ش ۸۹، ص ۸۲-۵۵.
۱۱. صفایی، سید حسین (۱۳۸۷). *قواعد عمومی قراردادها*، چ ششم، تهران: میزان.
۱۲. طباطبایی، علی محمد (۱۳۳۱). «بطلان، انحلال و فسخ عقد»، *مجله کانون وکلاء*، دوره اول، ش ۲۹، ص ۴۹-۴۲.
۱۳. فتحی‌پور، علی (۱۳۳۳). «فسخ عقود و آثار مترتبه بر آن»، *مجله کانون وکلاء*، دوره اول، ش ۳۸، ص ۲۸-۲۱.

۱۴. فلاحی، آزاد (۱۳۹۳). بررسی تحلیلی ساختار B.O.T. تهران: بهنامی.

ب) عربی

۱۵. انصاری، مرتضی (۱۳۷۴). مکاسب، ج ۲، انتشارات دهاقانی.
۱۶. ----- (۱۳۹۴). کتاب مکاسب، ج ۱۵، تحقیق و تعلیق سید محمد کلانتر، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب.
۱۷. بحرالعلوم طباطبایی، سید محمد (۱۴۰۳ق). *بلغه الفقهیه*، ج ۱، شرح و تعلیق محمد تقی آل بحرالعلوم، ج چهارم، تهران، مؤسسه امام صادق (ع).
۱۸. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۱۲، قم: آل‌البیت (ع).
۱۹. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵). *هدایه الطالب الی تحصیل اسرار مکاسب*، تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۲۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸). *حاشیه مکاسب*، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۶). *اصول الفقه*، ج دوم، تهران: انتشارات المعارف الاسلامیه.
۲۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸). *اجود التقریرات*، تقریرات میرزای نائینی، ج دوم، قم: مصطفوی.

ج) خارجی

23. Allen, Overy, (2013). *Termination and Force majeure Provisions in PPP Contracts, Review of Current European Practice and Guidance*, epec.
24. Bliss, Nicholas, Carver, Alex, Rubinoff, Jeffrey, Stewart, Bobby, Wallace, Patrick, (2005). *PPP in Europe: an overview*, England, Freshfields Bruckhaus Deringer.
25. Foster Infrastructure, (2012). *Comparative Study of Contractual Clauses to Provide for the Smooth Adjustment of Physical Infrastructure and Services through the Lifecycle of a Public-Private Partnership (PPP) Project*.
26. Harris, James, Reidy, Julien, (2011). *PPP Projects in the Sector-Key Principles*, Hogan Lovells Lee & Lee.
27. Infrastructure Australian, (2008). *National Public Private Partnership Policy and Guidelines, Australian*, Vol 3 Commercial Principles for Social Infrastructure.
28. Seungwoo Son, (2012). *Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules, Korea*, Faculty of Law at the Dankook University in Republic of Korea.
29. Tahir, Azeem, Ahmed, Ijaz, Kondo, Noboru, (2015). *Termination Provisions for a BOT Road Project*, Pakistan.
30. The Treasury New Zealand Government, (2013). *Standard Form Public Private Partnership (PPP) Project Agreement: Base Agreement*, New Zealand.